

Tarifas de Empresas de Utilidad Pública

**TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE,
ELECTRICIDAD Y GAS**

FRANCISCO AGÜERO VARGAS

TARIFAS DE EMPRESAS DE UTILIDAD PÚBLICA
TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE, ELECTRICIDAD Y GAS
Obra impresa en octubre de 2003

Es propiedad del autor.

Registro de propiedad intelectual N° 135.458.

LexisNexis Chile

Santiago, Chile

*A mis padres,
Francisca y Oscar*

INDICE.

AGRADECIMIENTOS.....	xii
SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	xiv
INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE: SUJETOS AFECTOS A TARIFAS.....	5
SUJETOS AFECTOS A TARIFAS.....	7
A. Los usuarios: primer grupo afectado.....	7
1. Concepto de usuario.....	9
2. Las empresas como usuarios.....	10
3. ¿Qué obligaciones y derechos tienen los usuarios en materia tarifaria?.....	10
4. El usuario como consumidor.....	15
5. Límites a la aplicación de la legislación del consumidor en materia de servicios públicos.....	17
6. La protección respecto a las tarifas del consumidor.....	18
7. Libre elección del bien o servicio.....	18
8. Elección de una empresa si hay concesiones superpuestas o competencia entre ellas.....	19
9. Libre elección de tarifas.....	19
10. La medición del consumo como etapa previa al pago del servicio.....	20
B. Las empresas prestadoras del suministro: segundo grupo afectado.....	21
1. El servicio público y el servicio público concedido.....	22
1.1. Los servicios públicos.....	22
1.2. Características del servicio público.....	26
1.3. Los servicios públicos concedidos.....	27
1.4. Principios de las concesiones de servicios públicos.....	29
1.5. El servicio público concedido en la legislación y jurisprudencia chilenas.....	31
1.6. Críticas al concepto de servicio público concedido.....	31
1.7. Situaciones de prestación de servicio sin concesión.....	32
1.8 Servicios públicos domiciliarios.....	35
2. Las empresas monopólicas.....	36
3. Empresas concesionarias de servicios públicos que sean monopolios naturales regulados.....	37
4. Servicios de utilidad pública.....	39
5. Empresa de suministros.....	43
5.1. Contrato de suministro.....	43
6. Empresa de prestación de servicios de telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado, gas de redes y electricidad.....	45
C. La necesidad de un nuevo concepto.....	46
1. De lo particular a lo general.....	47
2. El concepto de "empresa de utilidad pública".....	47
3. La empresa de utilidad pública.....	49
4. Características de las empresas de utilidad pública.....	50
5. Tipos de empresas de utilidad pública.....	56
5.1. Industria del transporte público.....	56
5.2. Transmisión y distribución.....	57
5.3. Generación y producción.....	57
6. El concepto como límite.....	58
7. La utilidad pública en la Constitución.....	59
7.1. La expropiación por causa de utilidad pública.....	59

7.2. La función social de la propiedad.....	61
SEGUNDA PARTE: DE LAS TARIFAS.....	65
DE LAS TARIFAS.....	67
A. El control de precios: un antecedente de las tarifas.....	67
B. Orden público económico y tarifas.....	69
C. Concepto y naturaleza jurídica de la tarifa.....	75
1. ¿Tasa o tarifa?.....	77
2. Tarifa y precio.....	80
3. Concepto legal de tarifa.....	81
4. Doble naturaleza jurídica de las tarifas.....	83
5. Consecuencias de ser la tarifa una norma.....	85
6. ¿Qué tipo de norma es la tarifa?.....	86
7. ¿Existen los derechos adquiridos en materia tarifaria para el prestador?.....	87
8. La retroactividad de las tarifas nuevas.....	89
9. El perjuicio causado por las tarifas fijadas.....	91
D. Consecuencias de la tarifa como precio.....	92
1. La tarifa debe consistir en dinero.....	96
2. La tarifa debe ser real.....	96
3. La tarifa debe ser determinada o determinable.....	97
3.1. Casos de determinación libre entre contratantes.....	97
3.2. Determinable mediante un procedimiento entre la empresa y la autoridad, para tarifas fijadas.....	98
3.3. Determinable por la aplicación de índices a la fórmula tarifaria y por la medición del consumo que hace el prestador.....	98
4. La tarifa es periódica.....	99
5. La tarifa debe ser pública.....	99
5.1. Conocimiento y publicidad para los usuarios.....	100
5.2. Información para la autoridad.....	102
5.3. Publicidad, transparencia y divulgación de antecedentes utilizados en el procedimiento de tarificación.....	104
6. La tarifa no debe ser discriminatoria.....	108
7. La tarifa debe ajustarse a derecho.....	109
8. La tarifa regulada es fija.....	109
9. La tarifa regulada es máxima.....	110
9.1. Tarifas mínimas.....	114
10. La tarifa corresponde al servicio regulado.....	114
10.1. Cobertura del servicio que es pagado por la tarifa.....	115
10.2. Subsidios entre servicios.....	116
10.3. Situación de ausencia de servicio.....	118
10.4. Eventuales servicios gratuitos.....	118
11. La tarifa tiene permanencia en el tiempo.....	119
E. Clases de tarifas.....	120
1. Atendiendo la norma que las fija.....	121
1.1. Tarifas fijadas por el decreto de otorgamiento de la concesión.....	121
1.2. Tarifas fijadas por decreto tarifario.....	121
1.3. Tarifas fijadas por resolución judicial.....	121
2. En atención a su regulación.....	122
2.1. Tarifas libres.....	122
2.2.1. Tarifas reguladas por el sólo ministerio de la ley.....	122
2.2.2. Tarifas afectas a fijación previa calificación respecto a las condiciones del mercado a regular.....	123

3. Tarifas en atención al usuario.....	123
3.1. Tarifas para grandes usuarios.	123
3.2. Tarifas entre empresas de utilidad pública	124
3.3. Tarifas para los demás usuarios.....	124
4. En atención al tiempo de su vigencia.....	124
4.1. Generales	124
4. 2. Transitorias.	125
4.2.1. Tarifas transitorias fijadas por organismos antimonopolios.....	125
4.2.2. Tarifas transitorias suspensivas.	126
4.2.3. Tarifas de transición.	126
4.2.4. Tarifas complementarias.....	128
5. En atención a la existencia de subsidios	128
5.1 Tarifas normales	128
5.2 Tarifas especiales	128
6. Tarifas máximas y mínimas.....	129
6.1 Tarifas máximas	129
6.2 Tarifas mínimas.....	129
TERCERA PARTE: TARIFAS Y LIBRE COMPETENCIA.....	131
TARIFAS Y LIBRE COMPETENCIA.....	133
A. Calificación previa del mercado.	133
B. Velar por la libre competencia de los procesos de tarificación.....	134
C. Tutelar la competencia y a los usuarios respecto a los cobros abusivos que puede realizar el prestador, ya sea con precios regulados o no.	134
1. El bien jurídico del DL 211 y las empresas de utilidad pública.....	134
2. Regulación de precios y libre competencia.....	136
2.1. El monopolio, las tarifas y la libre competencia.....	136
2.2. La tarifa fijada, la libre competencia y la competencia subrogada.	153
2.3. Tendencias en materia de tarifas y competencia.	161
3. Concesión y monopolio.....	164
4. Consecuencias de la relación entre concesión y monopolio: supervigilancia de organismos antimonopólicos	166
5. La posición dominante del prestador del servicio.....	168
5.1. El mercado relevante del producto.....	173
5.2. El grado relevante del poder económico: posición dominante.....	175
5.3. Ausencia de rivales actuales o potenciales.....	176
5.4. El mercado relevante geográfico	176
I. Función previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	180
A. Liberalización de precios y fomento de la competencia	181
B. Precios regulados.....	182
C. La competencia como límite	183
D. El procedimiento de calificación de las condiciones de competencia por el TDLC.....	188
1. La calificación del TDLC en la industria de las telecomunicaciones	195
1.1. Resolución 394, de 1993.	196
1.2. Resolución 515, de 1998.....	198
1.3. Resolución 611, de 2001. Petición de descalificación.....	200
1.4. Resolución 686, de 2003.....	202
2. La calificación del TDLC en materia de servicios sanitarios	205
2.1. Resolución 527, de 1998.....	205

2.2. Resolución 694, de 2003	206
3. La calificación del TDLC en materia de servicios eléctricos	207
3.1. Resolución 592, de 2001	208
4. La calificación del TDLC en materia de gas de red	212
5. ¿Cuánta competencia es el límite de la regulación de precios?	213
5.1. El límite en el derecho comparado.....	216
E. Tarifas libres.....	218
1. La libertad para negociar	219
2. Modificaciones al régimen de precios libres en servicios suministrados sin competencia	220
F. ¿A quiénes afecta la determinación de regular el precio de ciertos servicios?	220
 Prácticas contrarias a la libre competencia en materia de tarifas	 222
 II. Prácticas contrarias a la competencia realizadas durante el proceso de tarificación	 223
A. Conductas enunciadas	224
1. Tendiente a distorsionar o encubrir la información de costos de prestación.....	226
2. Finalidad de la conducta.....	227
3. ¿Es sólo aplicable a empresas sanitarias?	230
1. ¿Es posible aplicar la legislación antimonopolios a los procesos de fijación tarifaria?	231
2. Oportunidad de aplicar las normas antimonopolios en materia de procedimientos de fijación de tarifas	235
 III. Prácticas contrarias a la libre competencia mediante tarifas	 237
A. Metodología usada en el análisis de la jurisprudencia.....	238
B. Acuerdos de tarifas y precios.....	239
C. Abuso de posición dominante.....	240
1. Cobros hechos por empresas de utilidad pública sin concesión cuando ella es necesaria para la prestación del servicio	242
1.1. Resolución 150.....	242
Descripción del problema.....	242
Determinación de la ilicitud	243
Concepto de ilicitud	246
2. Tarifas sin fundamento económico ni causa legal.....	246
2.1. Tarifas sin fundamento económico	249
2.1.1. Dictamen 873	249
Descripción del problema.....	249
Determinación de la ilicitud.	250
Concepto de ilicitud.	251
2.2. Tarifas sin fundamento legal	251
2.2.1. Dictamen 396 y Resolución 178.....	251
Descripción del problema.....	251
Determinación de la ilicitud	252
Concepto de ilicitud.	253
3. Tarifas predatorias.....	253
3.1. Resolución 524.....	259
Descripción del problema.....	259
Determinación de la ilicitud.	260
Concepto de ilicitud.	263
3.2. Resolución 547.....	264
Descripción del problema.....	264

<i>Determinación de la ilicitud</i>	265
<i>Concepto de ilicitud</i>	271
<i>4. Discriminación de tarifas</i>	271
4.1. <i>Diferencias y discriminación</i>	273
4.2. <i>Discriminación por volúmenes de tráfico alterando el decreto tarifario</i>	275
4.2.1. <i>Dictamen 1013</i>	275
<i>Descripción del problema</i>	275
<i>Determinación de la ilicitud</i>	275
<i>Concepto de ilicitud</i>	278
4.3. <i>Discriminación de tarifas mediante "descreme de mercado"</i>	278
4.3.1. <i>Dictamen 847</i>	278
<i>Descripción del problema</i>	278
<i>Determinación de la ilicitud</i>	279
<i>Concepto de ilicitud</i>	280
<i>5. Subsidios cruzados</i>	280
5.1. <i>Tipos de subsidios cruzados</i>	286
5.2. <i>Subsidios cruzados</i>	287
5.2.1. <i>Resolución 150</i>	287
<i>Descripción de la conducta</i>	287
<i>Determinación de la ilicitud</i>	287
<i>Concepto de ilicitud</i>	289
5.2.2. <i>Resolución 483</i>	290
<i>Descripción de la conducta</i>	290
<i>Determinación de la ilicitud</i>	290
<i>Concepto de ilicitud</i>	294
<i>D. Casos de ausencia de ilicitud</i>	294
1. <i>Diferencia de tarifas</i>	295
1.1. <i>Dictamen 484 y Resolución 250</i>	295
<i>Descripción del problema</i>	295
<i>Determinación de la ilicitud</i>	296
2. <i>Ausencia de ilicitud por cobros del servicio en épocas que no se utilizan</i>	298
2.1. <i>Dictamen 496</i>	298
<i>Descripción del problema</i>	298
<i>Determinación de la ilicitud</i>	298
3. <i>Alza unilateral de tarifas del monopolio natural de servicios desregulados</i>	299
3.1. <i>Dictamen 484 y Resolución 250</i>	299
<i>Descripción del problema</i>	299
<i>Determinación de la ilicitud</i>	300
 CUARTA PARTE: LA FIJACIÓN DE TARIFAS	 305
LA FIJACIÓN DE TARIFAS	307
A. <i>Justificación de la regulación de las tarifas</i>	307
1. <i>Antecedentes</i>	307
2. <i>Justificación</i>	308
2.1. <i>Monopolio natural</i>	308
2.2. <i>Mercado imperfecto</i>	312
2.3. <i>Externalidades</i>	313
3. <i>¿Es perfecta la regulación?</i>	314

4. La tarificación como aproximación al precio justo.....	315
B. Formas de regulación del precio de las tarifas	316
1. Esquema tradicional de regulación de tarifas	317
2. Un nuevo esquema de tarificación	319
2.1. Eficiencia económica	320
2.2. Autofinanciamiento	321
2.3. Equidad.....	321
2.4. Inteligibilidad	321
3. Tarificación a costo marginal.....	322
4. Esquemas modernos de regulación de tarifas.....	323
4.1. Regulación por tasa de retorno.	324
4.2. Regulación por índice de precios.....	325
4.3. Ajuste de precios de acuerdo al modelo de empresa eficiente	327
4.4. Licitación periódica del derecho de prestar el bien o servicio monopolístico	328
5. El omnipresente problema de la asimetría de la información.....	329
C. El procedimiento de fijación de tarifas	330
1. La tarificación como un procedimiento administrativo	330
1.1. Las bases de los estudios	338
1.2. Los informes y dictámenes en los procesos tarifarios	344
2. La tarificación como una negociación.....	347
3. La participación de consumidores y usuarios en los procesos de fijación de tarifas	350
4. Control, revisión e impugnación del decreto tarifario	352
5. La fiscalización parlamentaria de los procedimientos tarifarios	369
D. Los procedimientos de tarificación en la legislación nacional.....	371
I. Telecomunicaciones.....	372
1. Legislación Aplicable	372
2. Organismos competentes	372
3. Precios regulados	373
3.1. Tarifas reguladas por el sólo ministerio de la ley.....	373
3.2. Tarifas reguladas previa declaración del TDLC	377
4. Precios libres.....	379
4.1. Precios libres por el sólo ministerio de la ley	379
4.2. Precios libres previa calificación del TDLC.....	380
5. Procedimiento de tarificación de servicio público telefónico.	380
6. Duración de las tarifas.....	385
7. Planes alternativos para la empresa concesionaria regulada	386
8. Indexación de las tarifas	387
9. Discriminación de tarifas en la legislación de telecomunicaciones.	387
9.1. Prohibición de discriminación entre telefonía local y portadores de larga distancia.....	388
9.2. Prohibición de discriminar entre portador de larga distancia con tarifas fijadas y demás portadores...389	
9.3. Prohibición de discriminar entre los usuarios.	389
10. Régimen de precios para grandes consumidores.....	390
II. Agua Potable y Alcantarillado.....	390
1. Legislación Aplicable	390
2. Organismos competentes	390
3. Empresas con tarifas reguladas	391

4. Tarifas de otorgamiento	392
5. Tarifas por ampliación de la zona de concesión	394
6. Tarifas por fuerza mayor	394
7. Revisión de tarifas	395
8. Prórroga de tarifas	397
9. Tarifas por nuevas prestaciones o componentes adicionales de una prestación	398
10. Tarifas de interconexión	399
11. Tarifas libres	399
11.1. Tarifas de servicios prestados en condiciones especiales	399
11.2. Servicios no obligatorios	400
11.3. Tarifas a grandes consumidores.....	400
12. Precios regulados	402
13. Tarifas de prestaciones asociadas	403
14. Elementos de las tarifas reguladas	405
15. Tarifas transitorias suspensivas	406
16. Procedimiento de tarificación.....	406
17. Duración de las tarifas.....	412
18. Indexación de las tarifas	412
19. Discriminación de tarifas en la legislación sanitaria	413
III. Electricidad.....	414
1. Legislación Aplicable	414
2. Organismos competentes	414
3. Precios en materia eléctrica	414
3.1. Precios de transferencia entre generadores	415
3.2. Precios de nudo.....	415
4. Procedimiento de tarificación del precio de nudo	417
5. Precios regulados en materia eléctrica	419
6. Peajes de transmisión	421
7. Subdistribución de electricidad.....	421
8. Precios de distribución.....	422
9. Determinación del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) y de los costos de explotación	422
10. Procedimiento de tarificación en materia de distribución.....	424
11. Procedimiento de tarificación de servicios asociados al suministro	428
12. Vigencia de las tarifas y modificación.....	429
13. Indexación de tarifas de distribución	430
14. Tarifas libres en materia eléctrica.	430
15. Situación especial de nuevas empresas distribuidoras o transferencia de la concesión.....	431
16. Régimen de precios para grandes consumidores.....	432
17. Situación especial de las cooperativas eléctricas.	433
18. Tarifas en sistemas eléctricos cuyo tamaño es igual o inferior a 1.500 kilowatts en capacidad instalada de generación.	434
19. Indexación de las tarifas	436
IV. Gas.....	436
1. Legislación Aplicable	436
2. Precios regulados	437
3. Situación especial de las empresas de la XII región.	439
4. Situación de los precios entre empresas de gas.	440

5. Procedimiento de tarificación	441
6. Los diversos intentos para subsanar la ausencia de normas en materias de tarifas de gas.	442
7. Duración de las tarifas.....	443
8. Modificación de tarifas	443
9. Discriminación de tarifas en la legislación de gas	444
QUINTA PARTE: Tarifas y subsidios.....	445
TARIFAS Y SUBSIDIOS.....	447
A. Los subsidios.....	447
1. Privilegio no es subsidio	448
2. Beneficiarios del subsidio.....	449
3. Justificación del subsidio.....	449
B. Subsidios de tarifas.....	450
1. Subsidios en materia de telecomunicaciones.....	451
2. Subsidios al agua potable y alcantarillado	453
2.1. Subsidio mediante tarifas especiales	453
2.2. Subsidio de la Ley 18.778	455
3. Subsidios en materia eléctrica.....	456
CONCLUSIONES.....	459
BIBLIOGRAFIA	463

AGRADECIMIENTOS

Esta obra sólo pudo llevarse a buen puerto con la ayuda generosa, la motivación y colaboración de muchas personas que no puedo omitir, porque ellos, con sus enriquecedoras conversaciones y opiniones aportaron valiosos puntos de vista, información e ideas a este trabajo. De este modo, quiero mencionar especialmente a Horacio Aránguiz, Cristián Arellano, Gabriela Ahumada, Arturo Badilla, Steffen Baetjer, Juan Bartucevic, Brian Blackman, Leslie Bourne, Pilar Bravo, Stephen Breyer, Juan Ricardo Couyoumdjian, Mario Drago, León Ricardo Elizondo, Alexander Galetovic, Ana Carolina González, Evelyn González, Irma Gutiérrez, Tania Hernández, Rodrigo Iglesias, Marco Mancilla, José Mella, Bernardo Reyes, Carlos Reyes, Ximena Rojas, Rita Stagler, Pedro Turina, Domingo Valdés, Mario Vidal, Juan Eduardo Vargas y Víctor Vargas. Ellos hicieron el camino emprendido más llevadero.

También mi gratitud al personal de la Comisión Nacional de Energía, Fiscalía Nacional Económica, Subsecretaría de Telecomunicaciones, Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Superintendencia de Servicios Sanitarios, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Finalmente, mis respetos al profesor Sr. Juan Manuel Baraona, por la corrección de este trabajo como tesis y la libertad que me confió al emprender esta obra, desde un principio.

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

CC	Código Civil
CdC	Código de Comercio
CdPC	Código de Procedimiento Civil
CDEC	Centro de Despacho Económico de Carga
CGR	Contraloría General de la República
CNE	Comisión Nacional de Energía
cons.	Considerando
CPC	Comisión Preventiva Central
CPP	Calling Party Pays
CPR	Constitución Política de la República
CR	Comisión Resolutiva
CS	Corte Suprema
CT	Código del Trabajo
CTC	Compañía de Telecomunicaciones de Chile
D.	Dictamen
D.F.L.	Decreto con fuerza de ley
D.L.	Decreto ley
D.O.	Diario Oficial
D.S.	Decreto Supremo
FNE	Fiscalía Nacional Económica
J. Law & Econ.	Journal of Law & Economics
LBGAE	Ley de Bases Generales de la Administración del Estado
LBPA	Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos
LGC	Ley General de Cooperativas
LGSE	Ley General de Servicios Eléctricos
LGSS	Ley General de Servicios Sanitarios
LGT	Ley General de Telecomunicaciones
LPC	Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
LQ	Ley de Quiebras
LSG	Ley de Servicios de Gas
LTSS	Ley de Fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado
Minecon	Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción
MM	Ministerio de Minería
MOP	Ministerio de Obras Públicas
MTT	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
MW	Megawatt
Ord.	Ordinario
p.	Párrafo
R.	Resolución
RE	Resolución Exenta
RCD	Revista Chilena de Derecho
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
RDP	Revista de Derecho Público
SEC	Superintendencia de Electricidad y Combustibles
SISS	Superintendencia de Servicios Sanitarios

SLM	Servicio Local Medido
Subtel	Subsecretaría de Telecomunicaciones
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
Vol.	Volumen
VNR	Valor Nuevo de Reemplazo

INTRODUCCIÓN

La pretensión de este trabajo es realizar una descripción y análisis de los múltiples elementos que conforman los cobros que se realizan por aquellos servicios esenciales de la vida moderna y civilizada, conocidos como las tarifas de las empresas de utilidad pública.

En el tratamiento del tema, partimos por un estudio general respecto a las tarifas de las empresas de utilidad pública, para luego entrar en detalle a cada sector regulado. Las generalidades las hemos encontrado comparando las diversas leyes, que tienden a criterios comunes, y buscando las semejanzas, intentando una "teoría general de la tarifa".¹ Aspectos comunes también aparecen del resguardo de la libre competencia que han hecho las Comisiones Antimonopolios a través de su jurisprudencia.

Hemos tratado de respetar el carácter jurídico de esta memoria, evitando -dentro de lo posible- los aspectos económicos de las tarifas, que aparecen *de profundis* en las leyes, y tienen un marcado sesgo técnico, con ingredientes de la economía e ingeniería.

¹ "Debe tenerse en cuenta que no sólo los principios orientadores de la acción reguladora deben ser los mismos, sino también, que los criterios que sustentan las prácticas reguladoras en los servicios sanitarios, de telecomunicaciones y de energía son muy similares." En JADRESIC, Alejandro y otros. *Informe Jadresic. Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado, Informe Final, Vol. 2, Defensa de la Libre Competencia, Protección de los Derechos del Consumidor, Provisión de Servicios Básicos*, Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado, Santiago, 1998, pág. 123

La obra se divide en cinco partes, con una etapa de definiciones, para luego desarrollar el tema de las tarifas. La primera parte comienza con la descripción de los sujetos afectados a las tarifas, esto es, usuarios y empresas que prestan dichos servicios de "utilidad pública". Respecto a las empresas que desempeñan la función prestadora, se persigue aclarar la diversidad de conceptos que usa nuestra legislación para denominarlas (servicio público concedido, monopolio natural, etc.), utilizando un concepto de raigambre constitucional y que sirve a la vez para limitar el alcance de las prestaciones de utilidad pública al agua potable y alcantarillado, telefonía, electricidad y gas de redes.

El segundo capítulo define el concepto, naturaleza, características comunes y tipos de tarifas que se presentan en la legislación, comprendida por las leyes, reglamentos y decretos tarifarios.

Como tercera parte de la obra, se realiza un estudio de las tarifas y su relación con la libre competencia, basado principalmente en el carácter monopólico u oligopólico de los mercados estudiados. Este capítulo divide la relación con la competencia en tres etapas: una previa a los procesos de tarifación, al efectuarse la calificación de los mercados a regular. Una segunda etapa discutible sobre la intervención de los tribunales de la competencia en procesos tarifarios si en éstos se infringiera la libre competencia mediante el establecimiento de subsidios cruzados, discriminaciones arbitrarias u otras prácticas contrarias a la competencia. Luego se analizan las prácticas dañinas a la competencia cometidas por empresas de utilidad pública en temas de tarifas, a través de la jurisprudencia administrativa y judicial que ha recaído en la materia por los tribunales establecidos en el DL 211. Finalmente, se revisan los casos donde una aparente práctica monopólica constituye en verdad una situación lícita ante la Ley de Defensa de la Competencia.

En la cuarta parte se realiza una justificación de la tarifación en razón del monopolio natural y carácter esencial que tienen los servicios; para con-

tinuar con a una síntesis de las diversas formas de enfrentar la regulación del precio de los bienes y servicios de utilidad pública. El capítulo concluye con una revisión somera de los diversos procedimientos establecidos en las leyes nacionales para fijar tarifas.

Describir la tarifa obliga a estudiar aquello parecido a una tarifa pero que no es tal, como son los subsidios, aspecto revisado brevemente en la quinta y última parte de este trabajo. Dichos subsidios son recibidos por los usuarios que se encuentran en condiciones de pobreza, ya sea para asegurar el acceso a dichos servicios como para garantizar su uso.

PRIMERA PARTE
SUJETOS AFECTOS A TARIFAS

SUJETOS AFECTOS A TARIFAS

Para determinar que son las tarifas, creemos necesario partir por definir a que personas se les aplica, para delimitar, de algún modo, el campo de aplicación de esta memoria. Abocarse a las tarifas en general sería colosal, porque este concepto no sólo se ocupa respecto a los "servicios básicos", sino también en materia aduanera y de transportes, junto a la sinonimia con el concepto de "precio de servicios".

Es de público conocimiento que las tarifas son aplicables a dos grupos de personas: por una parte, los usuarios, quienes las pagan como contraprestación del servicio recibido; y las empresas que prestan el servicio. Definir que comprende cada categoría es la tarea que a continuación emprendemos.

A. LOS USUARIOS: PRIMER GRUPO AFECTADO

En primer lugar, quienes se ven directamente afectados por las tarifas son los usuarios,² el público en general, que periódicamente tiene

² El Derecho Administrativo, para comprender la diversa gama de servicios públicos, ha hecho una distinción respecto a la forma en que se entrega o presta el servicio a la comunidad. Los servicios públicos son usados *uti singuli* por los particulares cuando cada uno recibe individualmente la prestación, de manera identificable y materialmente. Por otra parte, cuando la colectividad recibe una "prestación general", con cierta imposibilidad de determinar a un usuario específico, se habla de *uti universi*, v.g.: justicia, policía, defensa, etc. En el caso de los servicios *uti singuli*, el pago de gasto y funcionamiento en su totalidad lo realiza el usuario, como ocurre respecto al gas, agua potable, teléfonos, etc. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, Vol. 2, pág. 130

que pagar las tarifas por sus consumos de agua, luz, teléfonos, entre otros. Este grupo, compuesto por millones de personas, es el que primero se ve afecto por las tarifas. En rigor, todo habitante del mundo en su vida está afecto a las tarifas. Ya sea si lleva una vida civilizada (de conexión permanente a estos servicios) o bien una menos civilizada, requiere para su vida, en forma creciente, del uso de telecomunicaciones, energía eléctrica, agua potable, etc. Incluso si carece de conexión a estos servicios, eventualmente debiera utilizarlos en el paso ocasional por ciudades. Un acampador, un ermitaño, una pequeña tribu autárquica o una secta que promueva el "regreso al pasado" dentro de sus creencias, pueden excluir de su vida totalmente el acceso a estos servicios, al menos en forma temporal, pero es poco imaginable actualmente la vida en una ciudad sin estos servicios.

Dentro de los usuarios podemos encontrar desde una familia de extrema pobreza que recibe subvenciones en su consumo domiciliario por el Estado, una pequeña industria, a una empresa con un consumo significativo en el ámbito nacional (empresas mineras, Metro, etc.). Los primeros carecen de algún poder para negociar en igualdad con la empresa proveedora, mientras que las últimas disponen de medios suficientes como para negociar libremente con el proveedor del servicio, por la importante cantidad del servicio que consumen. Todos los usuarios necesitan del servicio, unos para producir, otros para su vida diaria; pero para todos ellos es necesaria la prestación que reciben como usuarios para cumplir sus fines.

Ciertamente podemos distinguir diversos tipos de usuarios, ya sea por su nivel de consumo, capacidad para negociar precios, ubicación geográfica, u otros factores que nos sirva para diferenciar un usuario de otro.

1. CONCEPTO DE USUARIO

¿Quién es usuario? Para la LGSS, es usuario o cliente de un prestador de servicio público "la persona natural o jurídica que habite o resida en el inmueble que recibe el servicio" (Art. 53, j) LGSS). En contraposición, la legislación del gas distingue entre el *cliente* y el *consumidor*. El cliente es aquella persona que acredita el dominio sobre el inmueble o instalaciones que reciben servicio de gas, sobre los cuales quedan radicadas todas las obligaciones futuras que resulten del servicio prestado por la empresa; mientras que el consumidor es la persona natural o jurídica que utiliza el gas para consumirlo (Art. 2, N° 13 y 14 LSG). La LGSE recoge la misma diferencia que la legislación de gas, de cliente y consumidor final (Art. 150, k) y q) LGSE), pero ambos sujetos son usuarios.³

La distinción entre cliente y consumidor obedece a la radicación en el cliente o en su inmueble de las obligaciones que resulten del servicio prestado por la empresa suministradora.

Otra denominación existente en la legislación es la de "suscriptores", propia de la telefonía, como la contraparte contractual de la empresa de telecomunicaciones, concepto más restringido que el de usuario y cubierto por este último.

Poco difieren nuestros conceptos con definiciones de la legislación comparada, así usuario en la ley colombiana es la "persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como

³ La distinción parece irrelevante para Roberto DROMI, porque usuarios, clientes y consumidores son sujetos a los cuales se les presta el servicio. DROMI, Roberto. *Derecho Telefónico*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 35

receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor".⁴

Cualesquiera de estos conceptos resultan suficientes en aquellos servicios que se realicen asociados a un inmueble, como ocurre respecto al agua potable y alcantarillado, gas de redes, electricidad y telefonía fija, mas no cubren al usuario de la telefonía móvil, que por la naturaleza del aparato telefónico es mueble y sin conexión físicamente visible a una red. Pese al reparo, puede advertirse que es común la conexión que existe entre la empresa prestadora y el usuario, ya sea a través de empalmes, cables o tuberías.

2. LAS EMPRESAS COMO USUARIOS

Incluso otra empresa de utilidad pública que preste un servicio puede ser usuario de otra empresa similar, competidora en el mismo mercado o prestadora del mismo servicio en otra zona geográfica, como ocurre respecto a la interconexión entre servicios públicos de telefonía, fija o móvil, concesionarias al igual que la prestadora. Estas empresas constituyen "una única categoría de usuarios" para los efectos del artículo 30 H LGT.⁵

3. ¿QUÉ OBLIGACIONES Y DERECHOS TIENEN LOS USUARIOS EN MATERIA TARIFARIA?

Los derechos y obligaciones de los usuarios surgen esencialmente del contrato de suministro respecto a la prestación continua del servicio y de la calidad de servicio público de la empresa de utilidad pública.

⁴ Art. 14, N° 33 Ley 142 del 11 de julio de 1994, por la Cual se Establece el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y se Dictan Otras Disposiciones, Colombia.

⁵ Declaración hecha por la Subtel en diversos decretos que Fijan Precios o Tarifas por Servicios Provistos a Través de las Interconexiones a Concesionarias de Telefonía Móvil, Art. 8 DS 610 - DS 614, de 1998, MTT, D.O. 21-01-99

Las obligaciones de los usuarios surgen como contraprestación del servicio suministrado por las empresas respectivas. Estas obligaciones son, principalmente, pagar la tarifa periódica y oportunamente (normalmente en la fecha indicada en las boletas o facturas de cobro); frente al derecho del prestador a cobrarla y suspender el suministro del servicio si no se paga de la manera indicada, sin perjuicio de que persiga judicialmente su pago.

Otro derecho de gran relevancia para efectos del pago del consumo del usuario es respecto a la medición y facturación de lo efectivamente suministrado por el prestador. En cuanto a los usuarios, ellos tienen derecho usar el servicio, y que este uso sea uniforme; para que todos los beneficiarios o usuarios puedan utilizar el servicio en las mismas condiciones, siempre que se cumplan las condiciones y regulaciones de las leyes y reglamentos correspondientes.⁶

Respecto al uso del servicio, los consumidores tienen derecho a un uso continuo y en condiciones de calidad técnica, de seguridad y/o sanitarias uniformes, y en la cantidad disponible en forma continua por el prestador, teniendo en cuenta las facilidades e infraestructura disponible para el suministro por el usuario.⁷ Es deber de los órganos fiscalizadores el control de estos aspectos, especialmente respecto a la seguridad de servicios energéticos⁸ y sanidad del agua potable y el alcantarillado. De esta forma, el servicio prestado se realiza no sólo respecto a un precio-tarifa sino también en condiciones de calidad respecto a las tarifas.⁹ Las condiciones de calidad y continuidad que-

⁶ SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág. 265

⁷ Se entiende que es obligación del prestador mantener las redes para suministrar el servicio.

⁸ Arts. 1, N° 6; 48 y 49 LSG

⁹ Art. 2, N° 8 LSG, Arts. 88 y 89 LGSE, Arts. 28 F, 30 A y 30 C LGT, Arts. 34 y 35 LGSS

dan entregadas a la determinación que se haga en reglamentos y leyes o en los decretos de concesión.¹⁰ La calidad de la prestación incluye una continuidad y seguridad del servicio prestado, y la falta de garantía respecto a la continuidad puede significar incluso una declaración de caducidad de la concesión.¹¹

En materia de saneamiento, la contrapartida del derecho del consumidor de usar el servicio se establece reglamentariamente, exigiéndose a la empresa un suministro en condiciones de calidad y continuidad, debiendo "proporcionar agua de buena calidad en cantidad suficiente para abastecer satisfactoriamente a los ocupantes del inmueble conectado" y "asegurar la continuidad del suministro de agua contra interrupciones ocasionadas por fallas de sus instalaciones o de su explotación".¹²

Esta calidad del servicio es recogida por el Reglamento Eléctrico como "el conjunto de propiedades y estándares normales que, conforme a la ley y el reglamento, son inherentes a la actividad de distribución de electricidad concesionada, y constituyen las condiciones bajo las cuales dicha actividad debe desarrollarse".¹³ La calidad del servicio en materia gasífera responde al grado en que se mantienen las condiciones del servicio de gas en cuanto a la seguridad y continuidad del suministro así como el cumplimiento de las especificaciones del gas; una correcta y oportuna medición y facturación de los consumos, y, adecuados sistemas de atención e información para los consumidores y usuarios.¹⁴

¹⁰ Así, por ejemplo, lo dispuesto en el Art. 87 Reglamento LGSS

¹¹ Art. 44 LSG, Arts. 40 y 89 LGSE

¹² Art. 15, N° 1 y 2 Reglamento de Prestación de Servicios Domiciliarios de Agua Potable y Alcantarillado

¹³ Art. 222 Reglamento LGSE.

¹⁴ Art. 2, N° 12 LSG

En materia de regulación de precios, nuestra legislación tarifaria exige la obligación de mantener la calidad en un nuevo proceso de tarificación, o de no exigir calidades superiores a la fijada en las tarifas que están vigentes.¹⁵

Ante la legislación sanitaria, un cambio en el estándar de calidad previo a un procedimiento de tarificación demanda un nuevo estudio tarifario, y sólo cuando el nuevo decreto tarifario haya entrado en vigor, será exigible el nuevo índice de calidad,¹⁶ debiendo establecer en las bases de tarificación los niveles de calidad del agua, del servicio y de la atención a los usuarios.¹⁷ Así, será necesario que se conozca la calidad requerida del servicio antes de la tarificación. También respecto a la prestación de servicios sanitarios, una alteración en la continuidad o calidad puede forzar al ente normativo -la SISS- a que exija la interconexión entre prestadores del servicio (Art. 47 LGSS). La facultad de la Superintendencia en materia de agua potable y alcantarillado le permite fiscalizar incluso la calidad y continuidad respecto a servicios contratados a precio libre para grandes consumidores.

Naturalmente, y en aplicación de las normas de derecho común, aquellas condiciones óptimas y garantizadas de calidad y continuidad de la prestación resisten las situaciones excepcionales de racionamiento o un caso fortuito o fuerza mayor, donde dicha discontinuidad o alteración a la calidad no sea imputable a las empresa prestadora.¹⁸ Ahora bien, la calificación de estas situaciones extraordinarias que interrump-

¹⁵ Arts. 30 A y 30 C LGT, Art. 79 LGSE

¹⁶ Art. 36 bis LGSS

¹⁷ Art. 13 LTSS, SISS, *Bases de Tarificación de Emos S.A.*, Santiago, 1999, pág. 23 y sgtes; y SISS, *Bases de Tarificación de Esval S.A.*, Santiago, 1999, pág. 24 y sgtes.

¹⁸ Art. 83 LGSE, Art. 35 LGSS, Arts. 27 y 28 LGT, Arts. 19 y 45 LSG

pen el servicio pueden quedar entregada al ente normativo correspondiente.¹⁹

Ante la interrupción del servicio, los usuarios no deben pagar por un servicio que no consumen ni se les presta, pero tras la dictación de la Ley 19.613 se introdujo la obligación de los concesionarios distribuidores de electricidad de compensar a los usuarios sujetos a regulación de precios ante interrupciones o suspensiones del servicio no autorizadas, al contravenir la obligación de suministrar un servicio continuo e ininterrumpido, si está vigente un decreto de racionamiento;²⁰ o de responder por las interrupciones, si no estuviere vigente dicho acto excepcional de la Administración.²¹

Y dado que la calidad que se ofrece del servicio es normalmente una estándar para todos los usuarios, pueden ser contratadas por los usuarios calidades especiales o distintas de la prestación en forma libre con el prestador.²²

La infracción a los niveles de calidad y continuidad establecidos en leyes, reglamentos y decretos de concesión conlleva la sanción administrativa de entes fiscalizadores, desde multas hasta la caducidad de la concesión, dependiendo de la gravedad y duración de la infracción.

El ordenamiento reconoce también otros derechos a los usuarios, como son facilitar el acceso libre y no discriminatorio al servicio, con la obligación de prestar el servicio a quien lo solicite en el área de la concesión;²³ y el derecho a reclamar ante las superintendencias, em-

¹⁹ Art. 88 Reglamento LGSS, Art. 3, N° 11 Ley SEC

²⁰ Art. 99 bis LGSE

²¹ Art. 16 B Ley SEC

²² Art. 90 LGSE, Art. 1 LTSS

²³ Art. 33 LGSS, Art. 24 B LGT, Art. 74 LGSE, Art. 105 Reglamento LGSE, Art. 23 LSG

presas, o ambas, por los cobros y demás acciones que estimen ilegales o abusivas, reclamaciones que deben ser resueltas conformes los procedimientos establecidos en las leyes y reglamentos.²⁴

4. EL USUARIO COMO CONSUMIDOR

El usuario no sólo se rige por las leyes que regulan el servicio que recibe del prestador, sino que, como usuario, también es *consumidor*.

Pese a la legislación de protección a los consumidores, que podría amparar a los usuarios; en su inciso 3, el artículo 2 LPC dispone expresamente que "las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean."

No obstante la prohibición, se establece la aplicación de dichas normas de tutela del consumidor respecto a las materias que dichas leyes especiales no dispongan. En este sentido, debemos entender como legislación supletoria la LPC en los que las leyes que regulan los sectores sanitario, eléctrico, telecomunicaciones y gasífero no comprendan respecto a los derechos del usuario. En este punto, Enrique Aimone al respecto opina que la aplicación de una ley especial no ahuyenta la vigencia, aún parcial, de la otra ley, correspondiendo a la jurisprudencia analizar cada caso y descubrir cuando se producen lagunas normativas, respecto a servicios públicos regulados, y la determinación de la competencia de los Juzgados de Policía Local para

²⁴ Art. 84 LGSE, Art. 3 Ley 18.410; Arts. 4, 5 y 11 Ley SISS; Art. 15, i) Reglamento de Prestación de Servicios Domiciliarios de Agua Potable y Alcantarillado; Arts. 66, 82 y sgtes. Reglamento LGSS, Arts. 36, 48 y 52 LSG

conocer de los hechos que infringen la LPC cuando afectan a empresas regidas por leyes especiales.^{25 26}

²⁵ Así, por ejemplo, se ha resuelto la competencia para conocer de las denuncias formuladas por el SERNAC en contra de una empresa generadora eléctrica, regida por la LGSE: "Que, si bien es cierto que conforme al inciso final del artículo 2º [LPC], las disposiciones de esta ley "no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestaciones de servicios reguladas por leyes especiales", no es menos cierto que la lección completa del inciso final del artículo 2º instruye que las normas de la [LPC] no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestaciones de servicios reguladas por leyes especiales, "salvo en las materias que estas últimas no prevean", cual es el caso de la especie. En efecto, ni [la LGSE, Ley 18.410 o Reglamento LGSE] consagran norma legal alguna que posibilite a los consumidores finales el ejercicio de las acciones destinadas a perseguir la responsabilidad que les asiste en orden a resarcir los perjuicios causados por hechos derivados del suministro de energía que éstos otorgan. En consecuencia (...) la infracción prevista en el artículo 46 [LPC], el tribunal de primer grado es competente para el conocimiento del asunto.", apelación de sentencia definitiva, "*SERNAC con Empresa Eléctrica Colbún Machicura S.A.*", Corte de Apelaciones de Santiago, rol 206-1999, Cons. 4º. En un sentido distinto, enfrentada la LPC con la LSG y la 18.410, se ha resuelto "Que en el caso de las empresas distribuidoras de gas, su actividad se encuentra regulada por las normas contenidas en [la LSG], de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 1º. Dada la materia que se discute en esta causa es útil advertir además que el artículo 42 de este estatuto entrega a las empresas distribuidoras de gas la facultad para cambiar las especificaciones del suministro por su propia iniciativa. En cuanto a la fiscalización de estas empresas, infracciones en que incurran, procedimiento aplicable e imposición de sanciones, las normas aplicables se contiene en la Ley N° 18.410 (...) contemplando y regulando todo un procedimiento especial - que incluye su competencia para resolver y aplicar sanciones - para conocer de los reclamos (entre otros) que los particulares formulen en contra de las empresas sujetas a la fiscalización de esa Superintendencia y que se refieran a cualquier gestión derivada de los cuerpos legales o reglamentarios cuyo cumplimiento le corresponde fiscalizar 6º) (...) teniendo en especial consideración que el fundamento de la acción intentada dice relación con la negativa a postergar en forma particular para el actor el proceso de conversión del suministro energético de gas que se ha ido verificando (...) o a restituirle, siempre en particular a este usuario, el tipo de gas suministrado en la ciudad de Santiago con anterioridad a la conversión, debe necesariamente concluirse que la materia debatida corresponde a una de aquéllas reguladas en la normativa especial analizada precedentemente, y por ende la misma debe ser resuelta por la autoridad legalmente competente, en el procedimiento respectivo contemplado para ella, y no en el que da cuenta el que es objeto del presente recurso.", "*José Silva Contreras con Metrogas S.A.*", apelación de sentencia definitiva de Juzgado de Policía Local, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4956-2001

5. LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

La primera restricción a la aplicación de la LPC es su artículo 2, inciso 1, que aleja de su ámbito a todo acto jurídico que según el CdC u otras disposiciones legales, tenga para el proveedor el carácter de mercantil, y para el consumidor, el carácter de civil. De tal modo, quedan excluidos los revendedores y subdistribuidores de servicios, como aquellas empresas de utilidad pública que se interconecten entre sí para entregar el servicio a sus usuarios finales, cuando compren el servicio con el ánimo de transferir el bien y con ánimo de lucro. Respecto al servicio telefónico, siendo éste un acto de comercio, aparece como relevante para este fin determinar si el usuario es o no un "consumidor"; correspondiendo a éste el que no cargue como costo de dicho servicio a una contabilidad.²⁷

El segundo límite a la aplicación de la legislación de protección al consumidor es el concepto de "consumidor" que hace la LPC, el cual no abarca ni comprende el concepto de "usuario" que hacen las leyes especiales.²⁸

²⁶ AIMONE GIBSON, Enrique. *Derecho de Protección al Consumidor*, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998, pág. 24 y sgtes.

²⁷ *Idem*, pág. 33

²⁸ A la fecha de edición, existe un proyecto de ley que modifica la LPC, ampliando el ámbito de su aplicación, convirtiéndola en la norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales relacionadas con la protección de los aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: a) en las materias que estas últimas no prevean; b) en lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo derechos de los consumidores. Se propuso el siguiente artículo 2º: "Las normas de la presente ley no serán o difuso de los consumidores, y c) en lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir, conforme a las disposiciones de la presente ley, ante el Juzgado de Policía Local correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales." Asimismo, se propone un concepto de consumidor que incluye al "usuario". MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que Modifica la ley*

6. LA PROTECCIÓN RESPECTO A LAS TARIFAS DEL CONSUMIDOR

En la materia que nos compete, pese a la regulación tarifaria de los diversos cuerpos legales, es posible aplicar la LPC tratándose de servicios a consumidores, cuando la fijación de tarifas no cubra todas las prestaciones de servicios suministrados.²⁹ Tendremos así que la ley precitada cubre para el consumidor situaciones tales como los precios libres de servicios que se entregan en condiciones de competencia, precios sin regulación en mercados monopólicos,³⁰ y otros casos.

7. LIBRE ELECCIÓN DEL BIEN O SERVICIO

Dentro de los derechos irrenunciables de los consumidores, se les reconoce la libre elección del bien o servicio, a no ser discriminados arbitrariamente por proveedores de bienes o servicios y a la información

Nº 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, 11 de septiembre de 2001, Boletín Nº 2787-03

²⁹ AIMONE, *op. cit.*, pág. 46

³⁰ Cfr. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, "Cobros Injustificados en Cuentas Eléctricas", en *Revista Consumo y Calidad de Vida*, Santiago, junio 1997

veraz y oportuna sobre el precio, condiciones de contratación y otras características de relevancia de los bienes y servicios provistos.³¹

8. ELECCIÓN DE UNA EMPRESA SI HAY CONCESIONES SUPERPUESTAS O COMPETENCIA ENTRE ELLAS

En un mercado monopólico o poco competitivo como es el de las empresas de utilidad pública, la posibilidad para escoger el bien o servicio que se desea se ve disminuida a la única opción que existe una vez conectado a la red del prestador. En otras oportunidades, el usuario puede optar por algunos de los servicios de uno de los prestadores, si hay en el mercado superposición de concesiones. Normalmente esta libertad se ejerce a través de conexiones onerosas, por lo que esta libertad de elección también se ve disminuida. Técnicamente limitada a casos de superposición o de multiportadores, la libertad de elección del usuario alcanza niveles mínimos.

9. LIBRE ELECCIÓN DE TARIFAS

En materia tarifaria, la libertad de elección debe permitir al usuario escoger distintas modalidades de tarifas, si ellas existen, diferenciando por consumo.

Pueden escoger diversas tarifas si hay varios oferentes del servicio (multiportador) o bien de las distintas opciones tarifarias que ofrece una misma empresa, con las limitaciones y condiciones que se establezcan, como ocurre respecto a la electricidad.³²

³¹ Art. 3, literal b) y c) LPC. En materia eléctrica se reconoce el derecho del usuario de escoger diversas opciones tarifarias (Art. 117 Reglamento LGSE)

³² Art. 1, N° 2.2 DS 300, Minecon, 1997

La libertad de elección comprende también que aquellos consumidores de consumos de magnitudes relevantes, cuando la ley les permite negociar libremente las tarifas dado su tamaño, puedan optar si se someten a dicho régimen o no (Art. 47 G LGSS).

10. LA MEDICIÓN DEL CONSUMO COMO ETAPA PREVIA AL PAGO DEL SERVICIO

Un elemento esencial para el pago del servicio que debe hacer el usuario lo constituye la medición del consumo del bien o servicio prestado. La medición que efectúa el prestador del consumo, queda por lo usual entregada a aparatos o medios técnicos de su propiedad, mantenimiento y lectura. Esta medición se hace por medios que no necesariamente están bajo la tenencia del usuario, y ausente el control, puede prestarse a abusos del prestador, sus trabajadores o quienes tengan acceso a dichos aparatos o similares, verificables por el usuario sólo cuando son manifiestos.³³

La medición del consumo debe ser *de lo consumido realmente por el usuario*. Como veremos, la tarifa cubre el servicio prestado, por lo que la adecuada medición de lo consumido es indispensable.

Siendo posible instaurar métodos de medición exacta del consumo, deben usarse y preferirse, desechándose sistemas de *renta plana*, que representan un cobro único e idéntico para todos los usuarios de ese servicio. Este sistema de "medición", no permite medir el consumo, sino más bien favorecer a usuarios derrochadores y perjudicará a quie-

³³El abuso puede producirse tanto respecto a la medición (recuérdese la situación de llamadas de larga distancia no efectuadas por los usuarios y a ellos cobradas, habiendo sido realizadas por trabajadores de las empresas telefónicas o de contratistas) como respecto al valor del servicio de medición, mantención y conservación del medidor.

nes tienen un comportamiento ahorrativo. Con este sistema de tarificación de renta plana, los subsidios entre aquellos usuarios estoicos y quienes no valoran lo que cuesta el servicio benefician a estos últimos.³⁴

Delimitado este campo de aplicación, debemos procurar demarcarlo en el otro sentido, a la empresa proveedora del bien o servicio al público usuario.

B. LAS EMPRESAS PRESTADORAS DEL SUMINISTRO: SEGUNDO GRUPO AFECTADO

Respecto al concepto que utilizamos, podría haber sido más fácil indicar simplemente que las empresas son los servicios públicos concedidos a quienes se les aplican las tarifas, recogiendo las múltiples menciones hechas por las leyes que rigen en el campo de las telecomunicaciones, agua potable, electricidad y gas. De escoger esta opción, habríamos pecado de torpeza al omitir una profunda confusión existente en nuestra legislación, que con profusión de términos usados - incluso contradictorios- en épocas recientes se han referido al tema.

Los conceptos en discusión son el de "servicio público concedido", "servicio de utilidad pública", las "empresas monopólicas", entre otros. Todos estos términos son usados por nuestra legislación e identifican grupos de empresas con características muy similares. Nuestra propuesta es reemplazar todos ellos y agruparlos en un término *ad hoc*: la "empresa de utilidad pública".

De las diversas maneras de llamarlas, estudiaremos las principales de nuestra legislación:

³⁴ *Vid infra* y *cfr.* R. N° 300, Cons. 5° a 7°

1. Servicios públicos concedidos
2. Empresas monopólicas
3. Empresas concesionarias de servicios públicos que sean monopolios naturales
4. Servicios de utilidad pública
5. Empresas de suministros
6. Empresas prestadoras de servicios

1. EL SERVICIO PÚBLICO Y EL SERVICIO PÚBLICO CONCEDIDO

Pocas dudas pueden haber respecto a que el concepto de "servicio público concedido" es aquel que tiene más respaldo, sobre todo por el Derecho Administrativo, rama del derecho que lo estudia con profundidad al referirse a aquellas empresas a las cuales se les aplican tarifas.

1.1. Los servicios públicos

Los servicios públicos concedidos surgen de la teoría de los servicios públicos. En consecuencia, es indispensable remitirnos a la definición legal que nos entrega la LBGAE, que en su artículo 28 señala:

Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 22, inciso tercero, y 30.

Recordemos también que el artículo 62, N° 2 CPR dispone como materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República la creación de nuevos servicios públicos, sean fiscales, semifiscales, autó-

nomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones. Al decir de Enrique Silva Cimma, los servicios públicos son "órganos integrantes del cuerpo estatal que desempeña un cometido de administrar".³⁵ Este cometido de administrar no sería otro que obtener el bienestar general o bien común. Este autor reconoce también que la divergencia de regímenes económicos ha traído consigo una diversidad de definiciones de servicio público, cada vez más fragmentarias y menos uniformes, pero siempre estando presente la calidad de ser una actividad de interés general, sea cual fuere el órgano, ora público, ora privado, que la satisfaga. En la determinación del órgano que presta el servicio, cada vez tiene más influencia en el concepto escogido el régimen económico del país.

Por cierto, no es lo mismo el concepto y el estudio de los servicios públicos en países con economías liberales que en países con mayor intervención del Estado en la economía.³⁶ De manera innegable, Chile tuvo un profundo cambio en el sentido de liberalizar nuestra economía en el último cuarto de siglo, que influyó también en el Derecho. Así, muchas funciones que otrora estaban en manos del Estado como servicios públicos, hoy están en manos de particulares; como son la previsión, la salud, obras públicas, etc. Tal vez sea la hora crítica del servicio público en manos estatales. Se habla del fracaso del *Welfare State* y de una redefinición del Estado surgida en el plano económico por el principio de subsidiariedad.³⁷ Es por ello que nos parece exagerada la afirmación que se hace, indicando que:

³⁵ SILVA CIMMA, *op.cit.*, pág. 14

³⁶ *Idem*, pág. 11 y sgtes.

³⁷ ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "Transferencia de Funciones Estatales al Sector Privado en Tres Contratos Administrativos: Concesión de Servicio Público, Externalización y Sociedad", en *RDP*, N° 55/56, 1994, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, pág. 144

*es indispensable tener presente que el nacimiento del servicio público concedido arranca siempre de la voluntad unipersonal del Estado, que resuelve desprenderse de la obligación de cumplir directamente su cometido para entregarlo a un particular que toma el nombre de concesionario y que acepta someterse en sus relaciones con el Estado al procedimiento de Derecho Público*³⁸

No puede olvidarse que fue el Estado quien *privatizó* las empresas públicas, pero debemos recordar que en un comienzo los servicios públicos eran satisfechos por empresas privadas (sobre todo en telecomunicaciones y electricidad), las cuales paulatinamente fueron viendo regulado su actuar por leyes, hasta alcanzar la estatización pasada y actual privatización y desregulación -o "*re-regulación*"- de las empresas de servicio público.

Además, creemos imprecisa la aseveración, ya que pese a la obligatoriedad del servicio público, si tomamos como ejemplo el servicio público telefónico, éste ha alcanzado justamente su mayor cobertura y crecimiento tras la privatización de las empresas telefónicas en la década de 1980,³⁹ aunque siempre bajo en control del Estado.

Con otra opinión, Eduardo Soto Kloss señala que la concesión de servicios públicos en la cual el funcionamiento mismo del servicio es entregado a una persona, es una manifestación típica de la contratación administrativa; no obstante las declaraciones unilaterales de voluntad estatal que contiene; con derechos y obligaciones para ambas partes. En este contrato prima el bien común dentro de las prerrogativas que puede utilizar la administración para asegurar la regularidad,

³⁸ SILVA CIMMA, *op.cit.*, pág. 253

³⁹ Este dinamismo ha significado que en el período comprendido entre los años 1985 a 1998, el número de líneas telefónicas de CTC haya aumentado de 700.000 a 2,4 millones.

continuidad y permanencia del servicio público. Como contrato administrativo que es, se regula por el principio del contrato "que es una ley para las partes y que ha de asegurarse un equilibrio financiero al concesionario, sin lo cual es impensable que el servicio pueda subsistir".⁴⁰

Sobre el concepto de concesión de servicio, para la distribución de gas natural, se ha sentenciado que son "actos administrativos que deben formalizarse, en definitiva, a través de un contrato entre el Estado y el Concesionario, que contenga las relaciones a que dan lugar la adjudicación de esas concesiones, los que se rigen por reglas de derecho u orden público".⁴¹

Ahora bien, para Bernstein, las concesiones de la LGSE se contemplan para el establecimiento, operación y explotación de las redes de distribución de servicio público, y no es, como se la concibe tradicionalmente, como una delegación de la actividad privativa del Estado en una empresa. Lo que se persigue es "facilitar la realización de una actividad que beneficia a un gran número de personas, a través de concederle a una empresa (privada o estatal) el uso de bienes nacionales de uso público o de franjas de propiedades para el tendido de líneas. No se trata de conceder una actividad, sino conceder espacios para la realización de una actividad de beneficio general".⁴²

En 1985, profundizando el proceso de modernización y privatización iniciado a mediados de los 70, comenzó un proceso sistemático de privatización y reforma de las empresas públicas que dependían del

⁴⁰ R. N° 236, Voto disidente de Eduardo Soto Kloss

⁴¹ R. N° 448, Cons. 5°

⁴² BERNSTEIN, Sebastián. "Sector Eléctrico", en LARROULET, Cristián (editor). *Soluciones Privadas a Problemas Públicos*, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 1991, pág. 196

Estado⁴³ (empresas eléctricas y de telecomunicaciones) y la transformación en empresas separadas de la Administración del Estado de las sanitarias, a través de la Ley 18.777 y Ley 18.885. Esta nueva realidad trajo consigo nueva legislación en el área de la electricidad, telecomunicaciones, gas de redes, agua potable y alcantarillado que sobrepasó el concepto de servicio público en comento.

1.2. Características del servicio público

En todo caso, el concepto de servicio público es útil dentro del tipo de empresa que intentamos esbozar. Más aun lo son sus características que, a diferencia de su concepto, están más acordes por la doctrina. Estas serían la continuidad, regularidad, uniformidad, obligatoriedad y permanencia del servicio.

La continuidad es entendida como la imposibilidad de interrupción del servicio, ya que esta eventual suspensión puede causar serios perjuicios y daños para la colectividad.⁴⁴

La regularidad dice relación con la sujeción del servicio público a leyes y reglamentos que rigen su actuar de manera especial.

Respecto a la uniformidad, ésta se manifiesta en la necesidad de suministrar el servicio o bienes a todo aquel que se encuentre en un mismo orden, una misma categoría, de solicitar los servicios.

El servicio público es obligatorio porque no puede dejar de cumplirse, no pudiendo negarse a unos y favoreciendo a otros de forma discriminatoria.

⁴³ GALETOVIC, Alexander. *Reformas Microeconómicas en Chile 1973-1989: Síntesis y Evaluación*, Serie Economía N° 14, Centro de Economía Aplicada, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 1997, pág. 10

⁴⁴ En tal sentido, Art. 32, N° 22 CPR

Luego, es permanente en la medida en que subsisten las necesidades públicas para satisfacer aquellas para las cuales fue creado. Entonces, al desaparecer las necesidades, debiera desaparecer el servicio.⁴⁵

Se agrega también que el Estado y los entes públicos competentes en cada sector regulado están en una posición de supremacía general y especial frente a los concesionarios y a los administrados. La primera, originada por entender al Estado como un sistema de potestades, dirigido hacia la obtención del bien común; la segunda, derivada de estatutos de sujeción y especiales, en virtud de los cuales el Estado goza de prerrogativas respecto a los concesionarios, pues la concesión no modifica el estatuto de Derecho Público de la actividad económica.⁴⁶

1.3. Los servicios públicos concedidos

Antes de tratar con detenimiento esta clasificación, debemos precisar que no se trata de los "*servicios públicos de monopolio*".⁴⁷ Este equívoco podría resultar de combinar el concepto de servicio público con la general situación de monopolio que se da en el área de concesión, que no son otros que los servicios públicos que satisfacen los cometidos esenciales que el Estado satisface por sus propios órganos integra-

⁴⁵ Cuesta imaginar que la necesidad pública que origina un servicio público de los que estudiamos acá vaya a desaparecer si desaparecen las necesidades. Primero, ¿desaparecen las necesidades? Más bien puede decirse que las necesidades son reemplazadas por otras, como aquellas de tipo técnico (del telégrafo a la telefonía móvil, por ejemplo). Segundo, ¿cree el lector que pueda desaparecer la necesidad de agua potable y saneamiento y de energía? Si puede haber algún reemplazo del gas de tuberías por sus sustituto de gas de cilindros y la comunicación mediante telefonía local por la comunicación móvil.

⁴⁶ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Marco Regulatorio de los Servicios Eléctricos y Tarifas, Informe en Derecho*, 1997

⁴⁷ SILVA CIMMA, *op.cit.*, pág. 16, citando a DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, 1952, pág. 536

ntes de la Administración. Estos cometidos corresponderían exclusivamente a la Administración y sería imposible entregarlos a los particulares. Tales servicios serían la defensa nacional, la justicia y la fiscalización, entre otros.

Surge así la necesidad de esta categoría de "servicios públicos concedidos", que serán aquellos servicios públicos que sean entregados en concesión a particulares por el Estado, y que los habilita a desarrollar una actividad económica, sin que sean funciones jurisdiccionales o de autoridad las ejercidas por el concesionario. Se les conocen en doctrina también como "servicios públicos de gestión privada", los cuales están sometidos a una regulación de derecho público.

Tras un extenso período de debate por la doctrina, hoy se acepta casi uniformemente que la naturaleza jurídica de la concesión es la de un contrato.⁴⁸

⁴⁸ Existen al menos tres opiniones: contrato de derecho privado, acto unilateral del Estado y acto mixto de doble configuración jurídica. La tesis del contrato de Derecho Privado se basa en la antigua distinción entre "actos de autoridad" y "actos de gestión", que hoy ha sido superada. Por ello la concesión se regiría plenamente por normas de Derecho Público. Esta teoría permite la caducidad de la concesión en cualquier momento (por requerirlo el interés público), y sostiene que el concesionario gozaría de un "derecho público subjetivo", en R. N° 236, Cons. 7°. La posición de acto mixto postula que es por un lado un acto de poder público en cuanto a su otorgamiento y regulación a la que se encuentra sometido el concesionario. Es también un contrato administrativo, al fijarse las partes derechos y deberes recíprocos. VERGARA BLANCO, Alejandro. "La Concesión Eléctrica: Procedimiento, Servidumbres y Ocupación del Suelo Privado y Público. Propositiones Concretas de Cambios Legislativos", en *RCD*, Vol. 21, N° 3, 1994, pág. 468. Para conocer el estado actual del debate, *cfr.* CEA EGAÑA, José Luis. "Variaciones del Estatuto del Dominio sobre Concesiones de Radiodifusión Televisiva", en *RCD*, Vol. 18, N° 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1991, pág. 479 y sgtes. Un antiguo estudio al respecto en CLARO VELASCO, Samuel. *Naturaleza Jurídica de las Concesiones*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Imprenta Nacional, Santiago, 1928, pág. 76 y sgtes.

La concesión de servicio público ha sido definida como aquel acuerdo de voluntades en que convergen, de un lado, un ente público integrante de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado (concedente) y, por otra parte, una determinada persona privada, natural o jurídica (concesionario), cuyo objeto consiste en que aquel transfiera a éste la ejecución de las prestaciones necesarias para la satisfacción de una necesidad pública.^{49 50}

Destacando su duración, se ha dicho también que es el acto de Derecho Público mediante el cual el Estado encomienda temporalmente a una persona la organización y el funcionamiento de un servicio público, que prestará por su cuenta y riesgo, pero siempre con miras al interés público y bajo contralor del concedente, a cambio de una retribución pagadera por los usuarios o por medio de subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o por ambas a la vez.⁵¹

1.4. Principios de las concesiones de servicios públicos

Los servicios públicos concedidos tienen dos principios fundamentales: la concesión no cambia la naturaleza jurídica del servicio, que sigue siendo público; y se le aplica al servicio concedido -al concesionario- el régimen legal especial del servicio público.⁵²

⁴⁹ Para ver el tratamiento de la concesión de servicio público como "contrato", *cfr. Sociedad de Transportes Intermodales Punto a Punto S.A.*, Cons. N° 7, en GJ, N° 124 (1990), pág. 119 a 123; *Compañía Telefónica Manquehue Ltda.*, en RDJ, t. 88 (1991) 2.5, pág. 47 a 58; *Empresa de Residuos Resiter y Cía. Ltda.*, RDJ, t. 88 (1991), pág. 164 a 171; *Sociedad Ferré y Grau Ltda.*, en *Fallos del Mes*, N° 396, pág. 663 a 667; *Empresa Eléctrica Pehuenche S.A.*, en Informe Constitucional 217 (1991); y *Denham y Cía. Ltda.*, en GJ, N° 169 (1994), pág. 57 a 59. ARÓSTICA, *op.cit.*, pág. 144

⁵⁰ ARÓSTICA, *op.cit.*, pág. 146

⁵¹ FERNÁNDEZ VASQUEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 121

⁵² SILVA CIMMA, *op.cit.*, pág. 257 y sgtes.

El primer principio está manifiesto en "*Testart con Fisco*" al establecerse que "la concesión no cambia la naturaleza del servicio concedido, que continúa siendo un 'servicio público' y como tal estará siempre subordinado, en su marcha y desenvolvimiento, a las necesidades públicas que tratar de satisfacer"⁵³ debiendo tener claro que predomina el interés público por sobre el interés particular del concesionario. Como consecuencia de este principio, las normas que se aplican al servicio concedido son de Derecho Público. El segundo principio se ve manifiesto en los diversos cuerpos legales que rigen las materias que son objeto de este estudio.

Consecuencia de los dos principios aludidos, se desprende el poder de las autoridades para modificar el régimen de las concesiones, sin oposición posible del concesionario.

La autoridad concedente tiene dentro de sus prerrogativas el poder de control sobre el concesionario, a través de superintendencias; la intervención económica en la gestión del servicio, como fijar tarifas y subsidiar servicios deficitarios; poder de sustitución (en casos excepcionales); poder de reglamentación y modificación de las condiciones del servicio y el poder de terminar la concesión o caducidad.

A su vez, el concesionario del servicio tiene derecho a tarifas que lo autofinancien y le den utilidad razonable, denominado "principio de equilibrio financiero" o de "equidad";⁵⁴ constreñir al concedente a modificarlas, aceptando la teoría de la imprevisión;⁵⁵ indemnización en caso de término anticipado de la concesión y el de solicitar amparo a la autoridad para el ejercicio tranquilo del servicio concedido (derecho a no ser perturbado).

⁵³ *RDJ*, t. XLIV, 1947, pág. 513 y sgtes.

⁵⁴ Arts. 93 y 108 LGSE, Art. 32 LSG

⁵⁵ QUINZIO y ZÚNIGA, *op.cit.*

Los usuarios del servicio tienen el derecho a un uso uniforme del servicio (evitar discriminaciones), a una acción directa contra el servicio concedido por incumplimiento y a una acción indirecta ante la autoridad en subsidio de la acción ante el concesionario.

1.5. El servicio público concedido en la legislación y jurisprudencia chilenas

El reconocimiento en la legislación respecto al servicio público concedido aparece expresa y uniformemente en la legislación sobre sectores regulados y libre competencia.⁵⁶

Aparte de "*Testart con Fisco*", la jurisprudencia antimonopolio ha aceptado en diversos fallos la expresión en estudio.⁵⁷ La CPC se refirió a estas empresas como el "servicio público concedido por la autoridad pública para ser operado por particulares como monopolio",⁵⁸ pudiendo colegirse que la concesión opera como una barrera de entrada, más aún en mercados en los cuales por motivos técnicos o legales no se permite la competencia.

1.6. Críticas al concepto de servicio público concedido

Sería un *suicidio* jurídico adoptar un comportamiento de crítica a un concepto con profundo asidero en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina nacional como es el "servicio público concedido"; pero el estudio comparativo de las leyes nos obliga a precisar áreas donde el concepto se ve sobrepasado por la misma legislación nacional.

⁵⁶ Art. 3, b) LGT, Art. 5 LGSS, Art. 1, N° 1 LSG y Art. 2, N° 2 LGSE

⁵⁷ *Vid.* R. N° 190, 280 y 368

⁵⁸ D. N° 908, CPC

1.7. Situaciones de prestación de servicio sin concesión

El término objetado de "servicio público concedido" no puede aplicarse en varias situaciones donde hay prestación de servicios por una empresa pero no exista concesión otorgada. Esta situación de "prestación sin concesión" ocurre respecto a las cooperativas eléctricas; empresas distribuidoras de gas de la XII Región, que operen sin concesión pero con precios fijados;⁵⁹ y a empresas que entreguen el suministro eléctrico en áreas privadas (ej.: en loteos).

También hay otra categoría de empresas en las que no hay servicio público, como es el caso empresas proveedoras del servicio que vendan con tarifas o precios libres de grandes usuarios en materia de agua potable y electricidad.

Una situación singular se presenta en la LGSE, respecto a la fijación de precios de servicios asociados al suministro eléctrico, que puede proceder en caso que el TDLC califique que su prestación, por las condiciones existentes en el mercado, no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria. Es la misma ley, en su artículo 90, N° 4, se prescribe que la fijación procede tanto para las empresas concesionarias de servicio público como aquellas que no lo sean, dando pie a una regulación de tarifas a empresas ajenas al concepto de servicio público.

Aún más, la R. 592 dispuso que la fijación de precios, con ocasión del cumplimiento de dicha resolución, se realizará respecto de los servicios prestados por las empresas de distribución eléctrica, sean o no concesionarias, y *también* por sus empresas filiales o relacionadas o por empresas sobre cuya administración las empresas de distribución eléctrica o sus socios controladores tengan influencia decisiva.⁶⁰

⁵⁹ Art. 34 LSG

⁶⁰ R. N° 592, declaración 4ª

La CPC ilustra esta situación con claridad, al reconocer que la regla general es que la exigencia sea la existencia previa de concesiones otorgadas por la autoridad a la empresa que prestan servicios de utilidad pública, salvo aquellos casos de excepción donde la propia ley autoriza el suministro de dichos productos sin la necesidad de concesiones administrativas.⁶¹

No obstante las críticas (que más parecen omisiones o excepciones al concepto general), parece evidente que los servicios públicos concedidos son empresas de utilidad pública, pero muchas veces - aunque las menos- hay empresas que no son concesionarias, pero proveen una *utilidad pública*.

Surge también de la jurisprudencia un nuevo elemento, como son actividades que se caracterizan por ser servicios públicos, aún sin concesión, en la industria eléctrica. La característica de servicio público que tienen la actividad de suministro efectuado por concesionarias distribuidoras, y que excluye los suministros efectuados desde instalaciones de generación y transporte eléctrico,⁶² ha sido ampliada por la Corte Suprema también a la actividad de generación y transmisión eléctrica, cuando en el recurso de protección "*Norgener S.A. con Presidente de la República*", señaló que:

la empresa recurrente olvida que la actividad económica de generación es regulada por ley, concepto lato que engloba al reglamento y también en

⁶¹ D. N° 434, 3.3, CPC

⁶² Arts. 7 y 8 LGSE. Nótese que la LGSE alude a "suministros", y la sentencia comentada a la "actividad económica". Por otra parte, el Tribunal Arbitral integrado por los Sres. Renato Agurto, Alejandro Gómez y Rodrigo Alliende, que conoció de una disputa de peajes eléctricos, dispuso que "cabe señalar que en el caso de generación no existe obligatoriedad de servicio; en transmisión, en cambio, el propietario del sistema está obligado a permitir el uso de sus instalaciones", *Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Empresa Eléctrica Colbún Machicura S.A.*, 18 de octubre de 1991, Cons. 10, en RCD, Vol. 25, 2, pág. 508

*servicio público material de generación, transporte y distribución de electricidad; por lo que no estamos en presencia de dirigismo contractual, sino en la fijación de reglas uniformes de calidad de servicio y estándares de calidad del suministro para empresas concesionarias de distribución y de generación, que mantienen contratos de suministro de energía y potencia.*⁶³

Aún más, el Tribunal Constitucional, al conocer de la constitucionalidad del proyecto de ley de la Ley N°19.613 y, en particular del artículo 19 de ese proyecto de ley, que exige a los afectados por los efectos de una resolución de la SEC, una consignación para reclamar, ratificó la cualidad de servicio público de las empresas eléctricas, especialmente de aquellas que operan en forma coordinada en el sistema eléctrico, tanto generadoras como transmisoras, a las cuales no se les exige concesión:

*por cuanto dicha norma no impide el acceso a la justicia de los afectados por la multa, sino solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido funcionamiento del servicio público que prestan. La exigencia constituye un incentivo efectivo para que las empresas mejoren la coordinación y la seguridad del sistema. En suma, la sanción administrativa y especialmente la consignación respectiva, lejos de tratar de impedir el acceso a la justicia, busca restablecer el orden previamente quebrantado en aras del bien común*⁶⁴

⁶³ Rol 3857-98, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Respecto a esta sentencia, *vid.* PALUMBO OSSA, Blanca. "Comentario del Fallo Recaído en Recurso de Protección sobre Efectos de Reglamentación Eléctrica Sobrevenida a Contratos de Suministro de Energía Pactados con Clientes No Regulados" y CARMONA SANTANDER, Carlos. "Comentario Fallo Norgener", ambos en *RDP*, Vol. 62, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000, pag. 301 y sgtes.

⁶⁴ Rol 287, Cons. 7º, Tribunal Constitucional. Para un comentario sobre esta sentencia, EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio. "Sanciones Administrativas y Acceso a la Justicia. Apuntes sobre una Sentencia del Tribunal Constitucional", en *RCD*, Vol. 26, 2, 1999, pág. 517 y sgtes.

Aparece de esta forma que la jurisprudencia judicial y constitucional han ido desarrollando un concepto extensivo de servicio público, reconociendo la relevancia esencial de asegurar el suministro, la necesidad pública, de manera regular y continua. Lo anterior, da pie para sostener que el concepto de "servicio público eléctrico", del artículo 7 LGSE, ha sido superado con creces, dado sus límites intrínsecos.⁶⁵

No por eso consideramos la clasificación estéril, sino que la preferimos para estudiar un área olvidada, en cierto sentido una "tierra de nadie", ya que no es objeto de estudio del Derecho Administrativo, al no ser servicio público, concedido o no. Así, las empresas que no son servicio público y tienen tarifas que deben ser estudiadas.

El tema tarifario es un todo, que traspasa las barreras y límites del servicio público concedido.

1.8 Servicios públicos domiciliarios

Una variación del concepto de servicio público es la de los "servicios públicos domiciliarios", recogida en la legislación colombiana y, más cerca de nosotros, por Dromi.⁶⁶

⁶⁵ La tendencia parece ser ésta, de "caracterizar" o "declarar" ciertas actividades económicas como propias de servicio público. Así, el Proyecto de Ley que modifica la legislación eléctrica dispone que se declare la actividad de transmisión troncal y subtransmisión como servicio público, lo cual implica definir los grados de obligatoriedad para proporcionar el servicio de transporte. Mensaje 102-346, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que Regula Sistemas de Transporte de Energía Eléctrica, Establece un Nuevo Régimen de Tarifas Para Sistemas Eléctricos Medianos e Introduce las Adecuaciones Que Indica a la Ley General de Servicios Eléctricos*, 6 de mayo de 2002, De manera similar, el artículo 1º de la Ley 24.065, sobre el Marco Regulatorio Eléctrico Nacional de Argentina caracteriza como servicio público al transporte y distribución de electricidad.

⁶⁶ Ley 142, del 11 de julio de 1994, Por la Cual se Establece el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y se Dictan Otras Disposiciones (Colombia) y DROMI, *Derecho Telefónico*, pág. 45

Junto a las objeciones ya indicadas respecto a los servicios públicos en general; este concepto restringe la prestación del servicio a aquellos que se realizan directamente al domicilio del usuario, como son los que acá estudiamos: gas de redes, teléfonos, etc. Este mismo umbral limita el concepto, ya que crecientemente en materia de telecomunicaciones se observa un concepto más difuso frente a un usuario móvil, carente de domicilio pero que utiliza servicio público de telefonía móvil.

2. LAS EMPRESAS MONOPÓLICAS

Encontramos la denominación de "empresas monopólicas" en el artículo 414 CT, al referirse a la negociación colectiva. Dicha norma señala:

En el caso de las empresas monopólicas, calificadas así por la Comisión Resolutiva establecida en el decreto ley N° 211, de 1973, si la autoridad fijare precios de venta de sus productos o servicios, lo hará considerando como costos las remuneraciones vigentes en el mercado, tomando en cuenta los niveles de especialización y experiencia de los trabajadores en las labores que desempeñan y no aquellas que rijan en la respectiva empresa.

Extraña disposición, que parece estar destinada a cualquier regulador, de cualquier área de tarifas reguladas. Tenemos aquí una norma de carácter general respecto al costo de la mano de obra a considerar por la autoridad en un proceso de tarificación, aunque son los costos de la empresa modelo. La norma exige copulativamente dos requisitos: por un lado el carácter de empresa monopólica (entregada a calificación del TDLC), y por otro, que la autoridad fije precios de sus productos o servicios.

Parece evidente que el Legislador quiso hacer sinónimas o intercambiables a las empresas monopólicas con los servicios públicos concedi-

dos, pero tal supuesto no puede ser cierto porque las empresas tendrán que poseer la cualidad de monopolios en el área de concesión, y como la ley permite tanto en materia telefónica como eléctrica la superposición de concesionarios en un área geográfica determinada (otra forma de decir que se permite la competencia y que no hay monopolio legal) como la de competencia, esta interpretación gramatical queda descartada.

Esta calificación quedará entregada finalmente a al TDLC, pero ya aparecen dudas al respecto. No obstante, si aplicáramos en un sentido gramatical el término "monopolio" como "un solo vendedor",⁶⁷ los alcances de la norma serían mínimos. Es por ello que la CR ha preferido darle el alcance de "*empresa dominante en un mercado*",⁶⁸ más apropiado a la realidad de superposición de concesiones o mercados con alguna competencia pero insuficiente como para que sea un mercado competitivo.

Creemos que en la calificación que haga el TDLC no sólo debe limitarse posibilidad legal de entrar competidores al mercado, sino también a las eventuales barreras a la entrada que existan en el territorio de la concesión.

3. EMPRESAS CONCESIONARIAS DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE SEAN MONOPOLIOS NATURALES REGULADOS

Esta denominación aparece tras una modificación en 1998 al artículo 65 LGSS y parece tener como antecedente el tipo de empresa la norma del artículo 414 CT. Dicha reforma se realizó para impedir que empresas prestadoras, ya sea de electricidad, telefonía o gas de redes,

⁶⁷ Monopolio, del griego *monopolion*; de *mono* (uno) y *poleo* (yo vendo). COROMINAS, Joan. *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª Edición, Ed. Gredos, Madrid, 1976, pág. 401

⁶⁸ Entrevista del autor con Carlos Reyes, FNE, enero de 1999.

adquieran empresas de agua potable, impidiendo la superposición de empresas prestadoras en una misma área geográfica. El legislador agrupó a estas empresas bajo el rótulo de *servicios públicos concedidos que sean monopolios naturales*. Este nombre tiene la virtud de combinar dos elementos que ya hemos revisado más arriba: las empresas concesionarias de servicios públicos y los monopolios naturales. La combinación de ambos nos entrega este concepto ecléctico.

Aun considerando útil este concepto, el mismo artículo 65 lo descubre como limitado, y crea un grupo aparte: el de los servicios de distribución de gas de redes, reconociendo que no se requiere necesariamente de una concesión para entregar dicho servicio de gas.

Corresponde al TDLC la declaración si estas empresas de gas, electricidad y teléfonos son monopolios naturales, regulados o no.

Nacido excluyendo, el concepto del artículo 65, nos es útil al indicar que industrias son las que se consideran dentro del tipo de servicio que estudiamos: la distribución de gas de redes, de agua potable y alcantarillado, eléctrica y la telefonía fija.

La primera aplicación de este artículo fue a través de la R. N° 537, en la cual la CR, junto con describir el aspecto teórico de los monopolios naturales, puso énfasis en analizar "las características particulares que presenta este segmento del mercado [de distribución eléctrica]" al determinar si es un monopolio natural regulado, haciendo uso de su propia jurisprudencia, vertida en las resoluciones 372 y 488, las que son "plenamente vigentes y aplicables a la fecha".⁶⁹

La ley establece una excepción a la prohibición respecto a la superposición aquí señalada, para el caso en que la SISS autorice la adqui-

⁶⁹ R. N° 537, Cons. 8°. Una posterior aplicación, en R. N° 586

sición de prestadores con menos de 25 mil arranques de agua potable, "siempre que las economías derivadas de la prestación conjunta de los servicios den lugar a menores tarifas para los usuarios" (Art. 65 LGSS).

4. SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA

Esta expresión podría aparecer en el horizonte como una expresión de consenso, que lograrse combinar el servicio -eventualmente- público, concedido o no, y la *utilidad pública*.

En primer término, la CPR establece el concepto de "corporaciones o empresas que atiendan servicios de utilidad pública", privándolas del derecho a huelga en un proceso de negociación colectiva:

La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades.

Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.⁷⁰

⁷⁰ Art. 19, N° 16 CPR

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo las definió con bastante precisión como *aquellas empresas que desarrollan actividades colectivas mediante prestaciones directas al público usuario, tales como agua, luz, gas, etc.*⁷¹ Esta definición se fundamenta en el artículo 405 del CT de 1948,⁷² que regulaba la participación en las utilidades de los trabajadores de estas empresas. Posteriormente, el actual CT prohibió la declaración de huelga de los trabajadores de empresas que atiendan "servicios de utilidad pública", recogiendo la norma del artículo 19, N° 16 CPR.⁷³ La resolución triministerial que resuelve respecto a los servicios que pueden someterse a arbitraje

⁷¹ "Servicios de utilidad pública son aquellas empresas que desarrollan actividades colectivas mediante prestaciones directas al público usuario, tales como agua, luz, gas, etc." Ord. 07199, Dirección del Trabajo (14-12-1972). En un sentido parecido, agregando que la concesión del servicio se realice bajo normas especiales de regulación, en resguardo de los intereses de la colectividad, el Ord. 13378, Dirección del Trabajo (22.12.1971). Más recientemente, la Dirección del Trabajo definió a las empresas de provisiones o suministros como "la constituida para facultar periódica o continuamente en el mercado, en dominio o en uso y goce, la utilización de bienes, servicios, gestiones o informaciones mediante un precio fijado de antemano y que permanecerá invariable durante cierto tiempo (...) servicios que por lo general interesan a toda la colectividad, por ejemplo; gas, agua potable, electricidad, teléfonos, diarios, revistas" D. N° 2908/72, en *Boletín de la Dirección del Trabajo*, N° 54, 1993, pág. 16

⁷² Art. 405, inciso 3° del antiguo CT enuncia que "Las empresas que por su giro principal exploten servicios de utilidad pública mediante concesiones o contratos con el Fisco o las municipalidades, que estén sujetas al cobro de tarifas por dichos servicios y que tenga un capital pagado superior a ochenta millones de pesos, estarán obligadas a pagar a sus obreros, en todo caso, la bonificación indicada en el inciso 2°. Esta participación será percibida directamente por los obreros"

⁷³ El Art. 384 CT establece que: "No podrán declararse la huelga los trabajadores de aquellas empresas que: (a) Atiendan servicios de utilidad pública, o (b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, el abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. // Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra (b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población. // En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en esta ley. // La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro

forzoso ha incluido a empresas o establecimientos de ferrocarriles internacionales; oleoductos, distribución de electricidad, gas y agua potable; Empresa de Correos de Chile, al Banco Central y puertos.⁷⁴ Aun así, esta resolución no ha comprendido dentro de los servicios sujetos al arbitraje forzoso a los de las empresas que de telefonía local o de larga distancia.

La doctrina nacional admite el término respecto a aquellos casos de concesión de servicios públicos como son el agua potable, energía eléctrica, gas, movilización colectiva, teléfonos, servicios municipales de aseo, mataderos, y otros.⁷⁵ Inclusive en la sentencia *Testart con Fisco*, la Corte Suprema incluyó dentro de los servicios de utilidad pública la aeronavegación de pasajeros y correspondencia, debido a la satisfacción de un interés general de la colectividad.⁷⁶ Recientemente, la CR usó el término en cuestión para referirse a las empresas que proveen servicios de agua, luz y telecomunicaciones en general.⁷⁷

del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministerios del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción."

⁷⁴ En la resolución anual que establecen cuales son las empresas o establecimientos señalados: RE 52, Minecon, que Establece Empresas o Establecimientos que se Encuentran en Alguna de las Situaciones del Artículo 384 del Código del Trabajo, D.O. 30-07-2002

⁷⁵ SILVA CIMMA, *op.cit.*, pág. 257

⁷⁶ RDJ, t. XLIV, mayo a diciembre de 1947, pág. 513 y sgtes. Usando este concepto, también ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "De Espaldas al Estatismo: El Derecho de los Particulares a Desarrollar Cualquier Actividad Económica", en *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, Santiago, N° 1, 1998, pág. 109, nota a pie N° 11

⁷⁷ R. N° 531, Cons. 5°, número 6.

En el artículo 132 LQ se establece un sistema especial para la verificación de créditos que hagan los "servicios de utilidad pública". De la redacción del artículo y en especial de la sanción que se haga al servicio de utilidad pública por suspender la prestación al fallido - considerado como un acto contrario al DL 211- nos dan a entender que se trata de las empresas de servicios básicos que recibe el usuario en su casa o establecimiento comercial (agua, energía y teléfonos).

También el artículo 6 Ley de Seguridad del Estado establece como constitutivo de delito contrario al orden público la incitación, promoción o fomento; ya sea de hecho o por cualquier medio, la destrucción, paralización y otras conductas relativas a las instalaciones utilizadas en el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública.⁷⁸

Por su parte, el artículo 9 LGT, se refiere a la preferencia que deben tener para las autorizaciones y renovaciones de permisos ante la Subtel, los "*Cuerpos de Bomberos y demás servicios de utilidad pública existentes en la localidad*". No se sabe si la normativa de telecomunicaciones asimila a los Bomberos aquellos servicios que usan equipos de telecomunicaciones en su funcionamiento, con lo que suponemos que ambulancias de servicios hospitalarios, públicos o privados; Carabineros e Investigaciones de Chile; Cruz Roja; etc., gozan también de este privilegio, al referírseles como "*demás servicios de utilidad pública*". En tal caso, el concepto que agrupa a las empresas señalado por la LQ y CT pierde fuerza por el de una ley que versa sobre telecomunicaciones, reafirmandose como concepto errático.

Es tal vez la acepción de la LGT la que parece natural y obvia para el concepto de "servicios de utilidad pública": incluiría tanto a las empresas que prestan servicios esenciales como a Bomberos, Carabineros, Investigaciones, Servicios de Ambulancia, etc.

⁷⁸ Art. 6, c) DS 890, que fija el Texto Actualizado de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado.

Además, debe recordarse que frecuentemente en radioemisoras y canales de televisión se hacen peticiones "por su servicio de utilidad pública" en beneficio de personas con necesidades de salud y personales.

El concepto en estudio parece más confuso de lo que parece en un comienzo, a la luz de las normas constitucionales y laborales (que excluyen a los servicios de telecomunicaciones), las de la LQ y la norma especial de la LGT.

5. EMPRESA DE SUMINISTROS

Dentro de las posibles maneras de agrupar a estas empresas, podría denominárselas como "empresas de suministros" (Art. 90 y 91 LGSE), fruto del contrato de suministro entre usuario y prestador. Sin adentrarnos, este concepto se aboca a la naturaleza contractual de las partes. Si merece un párrafo respecto al contrato que rige la relación entre ambas partes afectas a la tarifa.

5.1. Contrato de suministro

En el estudio de las tarifas no puede omitirse que ellas son la prestación de lo debido en un contrato en particular. Acertadamente, Puelma Accorsi señala que las legislaciones especiales, como la de servicios eléctricos y servicios sanitarios, que se refieren al suministro, "no establecen reglas que normen los derechos y obligaciones de las partes, sino que más bien versan sobre el carácter de contrato dirigido por el Estado de estas clases de suministro",⁷⁹ motivado en la situación monopólica del prestador, regulando la intervención estatal en

⁷⁹ PUELMA ACCORSI, Alvaro. *Contratación Comercial Moderna*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 89

materia de tarifas y calidad de servicio, más que la relación al contrato de suministro.

Pese a ser análogos a un precio de compraventa, la tarifa no corresponde a un contrato de prestación única, sino a uno de prestación continua y sucesiva de obligaciones derivadas de un contrato de suministro.⁸⁰

En este contrato, definido como uno "por el cual una parte se obliga a ejecutar o cumplir prestaciones duraderas por un precio determinado o determinable",⁸¹ es de interés de las partes que la provisión del servicio sea permanente y sucesiva. La doctrina nacional lo define como el "contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a efectuar prestaciones periódicas o continuadas de cosas materiales a favor de otra persona, para su consumo o a título traslativo, por una retribución".⁸² Para Puelma Accorsi, es un contrato distinto al de compraventa, es atípico, consensual, pudiendo nacer como unilateral y normativo, para en su ejecución devenir en bilateral y conmutativo. El artículo 2, N° 11 LSG define al suministro de gas como la "entrega de gas que hace una empresa de gas a los clientes o consumidores, y la que se efectúa conforme a especificaciones relativas a las propiedades físicas y químicas del gas y a las condiciones físicas en que éste es entregado", con lo que confirma al carácter traslativo del dominio del gas entre la empresa y

⁸⁰ Sobre el contrato de suministro de electricidad, *vid.* CLARO SOLAR; Luis. "Los Contratos sobre Suministros de Electricidad y Dos Fallos de la Corte Suprema", en *RDJ*, t. XIX, 1922, en el cual se critica la calificación de "arrendamiento de servicios" al suministro eléctrico

⁸¹ DE MARINI Y BORREGÓ, Rubén. *El Suministro. Teoría General*, Acta Salmaticencia, tomo IV, N° 2, Salamanca, 1959, pág. 32; citado por ALHUCEMA ARIAS, Carla. *Normativa Protectora de los Consumidores de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, de Servicio Público Telefónico, Cable e Internet, y Eventual Aplicación de la Nueva Ley de Protección al Consumidor*, Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1998, pág. 13

⁸² PUELMA ACCORSI, *op.cit.*, pág. 93 y sgtes.

el consumidor por efecto del suministro, al efectuarse la tradición del gas, como cosa corporal mueble que es.

La prestación, como en el contrato de arrendamiento, es de tracto sucesivo. Es de interés de ambas partes, usuario y prestador, que la prestación del servicio tenga permanencia en el tiempo.⁸³ El prestador mantiene así a un usuario conectado a su red y el usuario obtiene un servicio continuo.

De dicho contrato de suministro, deviene que dichas empresas están obligadas a prestar por tiempo indefinido el suministro del servicio, mientras que el usuario debe pagar periódicamente el precio de dichos servicios.⁸⁴

Se colige entonces del concepto aludido de contrato de suministro que aquellas empresas que ejecutan o se obligan a prestaciones duraderas de un servicio son empresas de suministro. Esta definición nos obliga a considerar empresas de este tipo a aquellas que presten a empresas a las cuales se está permanentemente conectado, como son las de televisión por cable, Internet, redes de telecomunicación de datos, etc., respecto a las cuales difícilmente puede señalarse que sean esenciales para el hombre.

6. EMPRESA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO, GAS DE REDES Y ELECTRICIDAD

Pareciera más fácil señalar que el objeto de estudio son las precios de las empresas que se ven afectas por las tarifas. En tal caso, serían "tarifas de empresas de telecomunicaciones, de agua potable y al-

⁸³ LOPEZ SANTAMARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pág. 101

⁸⁴ ALHUCEMA, *loc.cit.*

cantarillado, de gas de redes y de energía eléctrica".⁸⁵ Mas esa denominación, dada por el rubro a que se dedica la empresa regulada, es pobre, ya que no sabremos si hay otras empresas, similares a éstas, que tengan las mismas características. Además, ¿es empresa de telecomunicaciones o de electricidad una empresa de cableado o de postes? Sí, claro que lo es; pero no está afecta a regulación de precios o tarifas, por lo que se acaba la posibilidad de utilizar este concepto en el ámbito de nuestro estudio.

C. LA NECESIDAD DE UN NUEVO CONCEPTO

Como se expresó en las críticas hechas a los conceptos precitados, resulta necesario establecer una expresión que abarque lo que estos conceptos omiten. Vale decir, todo tipo de empresa que preste servicios de agua potable y alcantarillado, gas de redes, telecomunicaciones y electricidad, con o sin concesión, sea que tenga o no precios fijados. No solamente debe ser un concepto más comprensivo, sino también de imponer cierta unidad, dada la imprecisión de las leyes nacionales.

La "empresa de utilidad pública" no es desconocida en las ciencias económicas, que indudablemente influyen la materia en estudio. Incluso nuestra legislación usa un concepto similar, al referirse a los *servicios de utilidad pública*.

Este concepto perseguido debe ser capaz de comprender la diversidad de situaciones reguladas que no se limitan a los servicios públicos concedidos, aunque generalmente son casos de concesiones de servicio público las estudiadas por sus tarifas.

Esta expresión ha de ser capaz de comprender tanto los servicios públicos concedidos como las empresas que no tienen este carácter de

⁸⁵ Art. 1, N° 2 LPC, Art. 65 LGSS

"concesiones de servicios públicos", pero que prestan a la comunidad un servicio público. Estas empresas, por cierto, no son servicios públicos, dentro de su concepto jurídico.

1. DE LO PARTICULAR A LO GENERAL

De todos los conceptos que hemos utilizado hasta el momento, ninguno puede desecharse respecto a la regulación de precios que puede someterse dicho tipo de empresas, pero también hemos demostrado que no son completos y describen sólo parte del espectro de las empresas reguladas. Erráticos algunos, incompletos otros, dentro de cada uno debemos reconocer una especie dentro del género. Tal como los inmuebles y muebles forman parte de un todo conocido como bienes; los servicios públicos concedidos, los monopolios naturales, etc., forman parte de un género que denominamos "empresas de utilidad pública", que comprende todo tipo de empresas, ya sea con concesión de servicio público o sin ella, monopólicas o partícipes de un mercado con alguna competencia.

2. EL CONCEPTO DE "EMPRESA DE UTILIDAD PÚBLICA"

Sin duda hablar de "empresas de utilidad pública" no es nuevo en el lenguaje de economistas, e incluso es un concepto muy conocido -o al menos comprensible- para la generalidad de las personas. Pero también es una expresión que tiene bastantes dificultades en ser acabadamente definida. Esta situación de indefinición no es sólo propia de Chile (por las escasas obras jurídicas que hayan tratado la materia) sino también del extranjero.⁸⁶

⁸⁶ BONBRIGHT, James; DANIELSEN, Albert y KAMERSCHEN, David. *Principles of Public Utility Rates*, 2ª Edición, 1988, Public Utility Rates, Inc., pág. 6

La elección que hacemos en esta obra para usar una nueva expresión no es baladí, ya que los diversos cuerpos legales y la jurisprudencia que se refieren al tema de las tarifas lo han hecho con gran imprecisión y de forma errática, utilizando distintas expresiones.

Para la doctrina económica, la empresa de utilidad pública ha sido definida como "una empresa que es la única oferente de un bien o servicio esencial en un área y que es controlada por el Estado".⁸⁷ De esta definición se observan varios elementos que nos serán de utilidad para caracterizarlas: el monopolio, las características de ser oferente de bienes o servicios en sectores esenciales y el control o regulación del Estado.

Al indagar en las leyes respecto a algún concepto que abarque el de "utilidad pública" nos permite identificar varios, como son las "*empresas monopolísticas*", los "*servicios públicos*" que pueden ser concedidos (LGT, LGSE, LGSS y LSG) y los "*servicios de utilidad pública*". Esta diversidad de términos que ha tenido el Legislador nos hace ver como necesario un concepto único, más claro y amplio que los precitados. La diferencia de criterios no ha sido fruto del tiempo, ya que se presenta en textos contemporáneos y a veces de manera contradictoria. Quizá debiéramos escoger el concepto más usado por nuestro prolífico legislador y por la jurisprudencia,⁸⁸ el servicio público, pero omitiríamos una parte relevante de empresas que no son *servicio público*. Por otra parte, es distintivo el rasgo empresarial de los servicios de utilidad pública.

Un reconocimiento a la calidad empresarial de los servicios de utilidad pública puede verse en el concepto de la LBGAE, de *empresas*

⁸⁷ WONNACOTT, Paul y WONNACOTT, Ronald. *Economía*, 3ª Edición, McGraw-Hill, 1986, pág. 826

⁸⁸ Pese a todo, la jurisprudencia ha reconocido la expresión "empresas de utilidad pública" en el D. N° 248, N° 9, CPC

privadas que presten servicios de utilidad pública, en su artículo 13, lo que introduce un distingo respecto a la propiedad de la empresa –lo privado– lo que, en nuestra opinión, resulta relevante sólo para efectos de la reserva de los antecedentes de dichas empresas por parte de fiscalizadores, en el ámbito de esa ley. Así, esta disposición separa aguas con aquellas empresas “a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas”, en las cuales el Estado o sus organismos son accionistas en una sociedad anónima, en un porcentaje que les permita nombrar uno o más directores, como también las empresas del Estado que en virtud de leyes especiales se encuentren sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas.

3. LA EMPRESA DE UTILIDAD PÚBLICA

El término empresa de *utilidad pública*, pese a su uso, puede aparecer como impreciso, y sin asidero legal en nuestra cultura jurídica. Esta imprecisión puede deberse a su traducción del término "*public utility*" -o simplemente "utility"- existente en Estados Unidos. El concepto de *public utility* tiene una gran vaguedad derivada del fallo de *Nebbia v. New York* que estableció que era utilidad pública cualquier empresa o sector "que estuviera afecto al interés público".⁸⁹ ⁹⁰ Como puede verse, este concepto abarca muchos tipos de empresas, sobretodo de telecomunicaciones, energía, transporte y servicios urbanos. Te-

⁸⁹ 291 U.S. 502 (1934). También en *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877). En la legislación, "Public-utility holding companies and their subsidiary companies are affected with a national public interest in that, among other things" 15 U.S.C. Sec. 79 a, Public Utility Holding Company Act. Más limitada se encuentra la expresión de public utility en *Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations of Kansas*, 262 U.S. 522 (1923), donde se distingue tres tipos de empresas "vestidas con un interés público"

⁹⁰ *Nebbia* tiene la virtud de declarar como facultad legal la regulación de precios no sólo en atención de la utilidad pública, sino también en sus consideraciones de política económica y social.

nemos utilidad pública en *comunicaciones* (telefonía local, telefonía de larga distancia, radiodifusión⁹¹ y televisión, correos, televisión por cable), *energía* (distribución eléctrica y de gas natural, transmisión eléctrica), *transporte* (ferrocarriles, aerolíneas, puertos, microbuses urbanos), hospitales y agua y alcantarillado, entre otros.⁹² Es quizá consecuencia de esta pluralidad de utilidades públicas lo que ha originado el múltiple uso de la expresión "tarifas", sobre todo en el área del transporte aéreo y terrestre.

4. CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS DE UTILIDAD PÚBLICA

Se ha afirmado que las empresas de utilidad pública son "*una constelación de características, ninguna de las cuales es totalmente única*".⁹³ Esta prevención sobre su diversidad obliga a acercarnos con cautela a una definición y al esbozo de sus características.⁹⁴

Como hemos visto, la mayor o menor regulación de la actividad de la empresa de utilidad pública por la ley nos hace determinar el primer

⁹¹ DIEZ, Manuel María. *Servicio Público de la Radiodifusión*, Ed. Valerio Abeledo, Bs. Aires, 1950, pág. 31 citado por SILVA CIMMA, *op.cit.*, pág. 36 "Fuera de toda duda, la radiodifusión es un servicio público, por cuanto satisface una necesidad general en forma regular y continua y bajo el control regulador del Estado."

⁹² SHEPERD, William. *Public Policies Toward Business*, 1985, Richard Irwin, Inc., pág. 330; citado por BONBRIGHT y otros. *op.cit.*, pág. 8

⁹³ HOWE, Keith y RASMUSSEN, Eugene. *Public Utility Economics and Finance*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, Inc., 1982, Cap. 1º; citado por BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 8

⁹⁴ Una síntesis de Richard A. POSNER sobre la regulación de las *public utilities* y la regulación de portadores comunes (common carrier) basado en su capítulo homónimo de *Economic Analysis of Law*, en LANGLOIS MARGOZZINI, Juan Ignacio. *Integración Vertical en el Mercado de las Telecomunicaciones*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1993, pág. 359 y sgtes.

elemento común. Para el caso en particular, es la regulación en la determinación del precio de venta del bien o servicio de una empresa. Asumiendo la regulación de precio como un elemento común, tendremos empresas que pasaran del *status* de empresa de utilidad pública a empresa sin regulación de precios, quedando fuera de esta clasificación. Esta exclusión de la categoría ocurrirá esencialmente cuando el mercado presente una situación de competencia tal que se haga innecesaria la participación del Estado como regulador. Entonces, la calidad de empresa de utilidad pública no es permanente, sino de una naturaleza temporal.

Aun así, no basta con la regulación de precios o control de precios por el Estado para darle el carácter de empresa de utilidad pública a una industria o empresa.⁹⁵ Si fuere así, todo control de precios sería a empresas de utilidad pública, situación que no es tal.

Ahora bien, del estudio de sus características podremos terminar con la pluralidad de términos y decidírnos por uno, unívoco. Este concepto recoge tanto elementos económicos como legales, con lo cual acotamos la posible vastedad que nos daría a la aplicación como criterio delimitador de la definición de la jurisprudencia de *Nebbia*.

A continuación revisamos los principales elementos para distinguir a una empresa de utilidad pública:⁹⁶

1. Las empresas de utilidad pública son generalmente descritas por unas condiciones de producción tales, junto a un mercado tal, que las empresas constituyen monopolios naturales, ya sea por razones económicas o de restricciones legales. Las ventajas en los costos pueden deberse a economías de escala. El monopolio natural podrá

⁹⁵ BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 10

⁹⁶ *Idem*, pág. 8

proveer el servicio a todo el mercado a un costo menor que dos o más empresas prestándolo en la misma área geográfica; por ende, ante la presencia de barreras de entrada, la competencia debe ser vista como un aumento de costos sociales e indeseable;

2. Los servicios prestados son caracterizados generalmente como "vitales", "esenciales", "básicos" o "necesarios" para las personas; pudiendo expresarse que no se es parte de la *civilización* o de la modernidad, si se carece de estos bienes o servicios. Económicamente hablando, significa que la elasticidad directa de precio de la demanda y la elasticidad cruzada de la oferta es baja o inelástica;

3. La mayoría de estas empresas hacen uso intensivo del capital. La inversión que hacen es enorme y extensa, generalmente en redes y maquinaria, lo que trae aparejado grandes costos fijos;

4. Muchas empresas de utilidad pública prestan servicios o bienes que normalmente no pueden ser almacenados fácilmente por el usuario en condiciones de seguridad o higiene adecuadas (piénsese en el gas de cañería o el agua potable). De la dificultad para almacenarlos se deriva que no pueda conservarse (para una acumulación) y revenderse. Como la producción y consumo del bien o servicio es casi inmediata (si deseamos mantener una calidad idéntica), las empresas proveedoras deben tener una capacidad suficiente para satisfacer el *peak* de la demanda de todos los consumidores.⁹⁷ Esto, junto a que las redes que conectan al comprador con el distribuidor dificultan la posibilidad de escoger otros proveedores, permiten la discriminación de precios por las empresas;

⁹⁷ Esta capacidad para satisfacer las mayores demandas (que son temporales, pero conocidas por consumos de períodos anteriores) explica la situación de tarifas de empresas proveedoras en el área del "Litoral Central de la Quinta Región" (Algarrobo a Cartagena) en época de verano y la "extensión" de los consumos a los usuarios-veraneantes durante el resto del año.

5. Los costos varían por el tiempo de uso, y los usuarios o beneficiarios tienen demandas variables y estacionales (v.g.: diurnas y nocturnas, estivales e invernales, etc.); y

6. Finalmente, las empresas de utilidad pública están normalmente sujetas a concesiones que les garantizan exclusividad -o escasa competencia- en territorios o zonas geográficas determinadas. Se requieren autorizaciones de la autoridad para comenzar a proveer los servicios; como para su modificación. Y ellas deben proveer el servicio a todos aquellos que lo soliciten a los precios fijados.

Respecto a cada una de estas características, una empresa de utilidad pública no necesariamente debe tener todos y cada uno de estos elementos. Más bien, se presentan generalmente en las empresas la mayoría de las características. Algunas sí, son indispensables para aglutinar el grupo de empresas, siendo la "*necesidad y el monopolio casi prerequisites del status de empresa de utilidad pública*".⁹⁸

Aunque estos elementos pueden usarse para describir a una "empresa de utilidad pública", la condición de monopolio, bajo ciertas circunstancias, es una condición necesaria para su descripción. De este modo, la condición de monopolio natural pese a estar crecientemente puesta en duda por la realidad, que permite la competencia entre empresas en áreas geográficas coincidentes, como es el caso de la telefonía local y de larga distancia y permitiéndole a estos competidores *sobrevivir*, encontrando un *nicho*⁹⁹ en el mercado.

⁹⁸ CLEMENS, Eli. *Economics and Public Utilities*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1950, pág. 25; citado por BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 15

⁹⁹ Usado este término no en el sentido necrológico sino en el de una concavidad en un muro, como para colocar un jarrón o estatua. Aquí el *nicho* es la empresa competidora en un *muro*, compuesto por un mercado acostumbrado a un monopolio.

La necesidad pública de los servicios prestados por las *public utilities* ha sido reconocida por nuestra Carta (Art. 32, N° 22 CPR¹⁰⁰), en el sentido que de su paralización puede producirse un serio perjuicio para la nación, y que debe ser evitada incluso con pagos *ilegales*, no autorizados por la Ley de Presupuestos, pero sí por la Ley Fundamental, conocidos como "decretos de emergencia económica". Estos pagos pueden ser ordenados por el Presidente de la República al sobrevenir acontecimientos urgentes, imprevisibles o trascendentales, cuya especial naturaleza ha hecho imposible que el legislador consulte fondos para hacerles frente. Los "servicios" que puedan paralizarse no comprenden solamente aquellos integrantes de la Administración Pública, sino todo órgano que satisface una necesidad pública.¹⁰¹ La facultad que se entrega al Presidente de la República es la única mención expresa de la CPR en materia de tarifas, siendo bastante exigua en comparación con otras Constituciones de países americanos, que le dan un tratamiento más extenso por regla general.¹⁰²

Este daño es verificable recurrentemente en la realidad, frente a los cortes de energía eléctrica y racionamientos de agua potable en épo-

¹⁰⁰ "Art. 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...) 22.º Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no pueden paralizarse sin serio perjuicio para el país."

¹⁰¹ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Manual de Derecho Constitucional*, Ediar Conosur Ltda., Santiago, 1990, Vol. 2 pág. 78,

¹⁰² Normas expresas sobre monopolios naturales o servicios públicos concedidos en constituciones americanas; *cfr.* Art. 42, CPR Argentina; Art. 134, CPR Bolivia; Art. 61, CPR Perú; Art. 46, CPR Costa Rica; Art. 61, N° 1, CPR Ecuador; Art. 339, CPR Honduras y Art. 97, CPR Venezuela. Respecto al tratamiento constitucional de las tarifas, *cfr.* Art. 175, CPR Brasil; Art. 256, 279 - 281 y 290 CPR Panamá; Art. 51 y 65, CPR Uruguay; Art. 110, CPR El Salvador. El tratamiento más abundante de la materia en Art. 333, 334, 336, 365 - 370 CPR Colombia.

cas de sequía o colapsos de las redes, cuando la población valora la prestación continua de estos bienes y servicios. La necesidad colectiva y pública es también la razón para que generalmente estos servicios sean entregados a la población mediante servicios públicos concedidos. Esta *necesidad* se ve acentuada especialmente en las ciudades, donde la posibilidad de proveerse de agua a través de pozos o vertientes, contar con un sistema de letrinas con fosas sépticas, cocinar a leña e iluminarse por velas, no existen, y más bien parecen irrisorias, dadas las dimensiones de una gran ciudad y las consecuencias sanitarias (epidemias y smog) y medioambientales (destrucción de bosques y erosión) que ello conllevaría. Podemos decir tal vez que estas condiciones de vida son "premodernas", y nadie quiere quedar abajo del carro de la modernidad.

La necesidad del servicio no se aprecia habitualmente, y un sistema de agua potable o de electricidad que funcione bien no es causa de preocupación, pero el sólo hecho de estar en situaciones de desabastecimiento de ellos por breves horas o un día ya nos pone alertas y preocupados por el desastre que se viene, ya que tras reemplazar los medios premodernos, es casi imposible la vuelta atrás. Bien señala nuestra Norma Fundamental que la paralización de dichos servicios debe ser evitada, procurando el Estado "mantener servicios que no pueden paralizarse sin serio perjuicio para el país".¹⁰³ Claro que puede señalarse, y con razón, que la alimentación, ropa y habitación son tanto o más necesarios que estos servicios. Aunque esto también es cierto, los precios de estos bienes no están regulados en tiempo de paz. En tal caso, la necesidad no sólo sería por los bienes y servicios regulados, sino también por las turbinas, cañerías, cables, etc. que se utilizan para producir y distribuir el servicio. Asimismo, serían indispensables derechos de agua, represas, minas de carbón,

¹⁰³ Art. 32, N° 22, CPR

etc., con lo cual se produce el bien o servicio. Con lo aquí expresado, puede creerse que la regulación de precios de empresas públicas sería poco seria, cubriendo una enormidad de elementos y bienes. Pues no. La necesidad pública, como dijimos antes, es sólo un elemento.

5. TIPOS DE EMPRESAS DE UTILIDAD PÚBLICA

Como vimos, dentro de la clasificación de empresas de utilidad pública es posible subsumir un gran número de actividades económicas. Pero puede distinguirse dos grandes grupos de empresas de utilidad pública que han sido reconocidos históricamente: "la industria del transporte público" y la "transmisión y distribución".

5.1. Industria del transporte público

Aunque antaño fue considerada una actividad de utilidad pública, es creciente la desregulación del sector del transporte, con la privatización de ferrocarriles, aerolíneas y puertos.

No obstante, se debe reconocer la regulación del Estado en el transporte urbano, a través de licitaciones.

Pero la industria del transporte no goza de exclusividad o escasa competencia en el mercado asignado y se aleja del monopolio natural, enfrentándose a múltiples competidores.

Estimamos necesario limitar el concepto de utilidad pública estudiado acá, por lo que excluirémos a la Industria del Transporte de nuestra investigación, por la general ausencia de monopolios naturales y la tradición de regular los precios de empresas de utilidad pública a costo marginal.

5.2. Transmisión y distribución

A pesar de la exclusión del "transporte" de nuestro estudio, esta exclusión no puede ser tan grande como para excluir la transmisión de electricidad, agua potable y servida, señales de telecomunicación y gas. Lo mismo ocurre con la distribución de los bienes y servicios. Dentro de este concepto de distribución y transmisión, incluimos a las empresas que proveen, directa o indirectamente, servicios en forma continua o repetida a través de conexiones físicas más o menos permanentes, entre la planta del proveedor y el domicilio del consumidor.¹⁰⁴

No obstante, materias como los peajes de transmisión eléctrica, por ser materia de una reforma a la LGSE; o el mecanismo de fijación de indemnizaciones de la LSG respecto a los gasoductos, por ser una materia cuyo tratamiento no corresponde a la naturaleza y contratos del mercado de gas natural, las hemos dejado ajenas a este trabajo.

En el derecho español se utilizan las expresiones *canon* y *peaje* respecto a las prestaciones patrimoniales que deben pagar los nuevos operadores a los titulares de las redes o infraestructuras necesarias para la prestación efectiva de los servicios por su utilización; como son los precios de interconexión de redes y los precios de acceso a las redes públicas.¹⁰⁵

5.3. Generación y producción

Se excluye de nuestro estudio la generación y producción del servicio o bien prestado por la empresa de utilidad pública, ya que pese aunque haya empresas que junto a distribuir, producen lo que entre-

¹⁰⁴ BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 11

¹⁰⁵ VILLAR ROJAS, Francisco José. *Tarifas, Tasas, Peajes y Precios Administrativos*, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 69

gan al usuario, el mayor componente del negocio es la transmisión-distribución, que comprende la mayor parte del sistema de empresas de utilidad pública.

Aún ante esta limitación doctrinaria, estudiaremos los casos en que respecto a la generación o producción coincide la calidad de productor y distribuidor, como ocurre respecto al agua potable.

6. EL CONCEPTO COMO LÍMITE

Siguiendo a Bonbright, quien define a las empresas de utilidad pública como "cualquier empresa sujeta a regulación -incluida la regulación de precios- de un tipo diseñada en su oportunidad para imponer límites a su oportunidad de obtener utilidades mayor que la que una empresa competitiva y sin regulación espere obtener".¹⁰⁶ Limitando esta definición, podemos agregar que la restricción a las ganancias es de largo plazo, con lo cual descartamos a las empresas con una regulación resultante de una economía de tiempos de guerra u otro estado de excepción.

Definidas las empresas de utilidad pública como "cualquier persona, agencia estatal o federal que venda energía eléctrica"¹⁰⁷ en la ley norteamericana, para nuestro derecho creemos que son "aquellas empresas, concesionarias o no de servicio público, con o sin regulación de precios, que proveen de servicios y bienes necesarios a los usuarios en condiciones de monopolio natural o escasa competencia".

¹⁰⁶ BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 13. La traducción es nuestra.

¹⁰⁷ "The term 'electric utility' means any person, State agency, or Federal agency, which sells electric energy." 16 U.S.C. Sec. 2602, 4. En sentido similar, "The term 'gas utility' means any person, State agency, or Federal agency, engaged in the local distribution of natural gas, and the sale of natural gas to any ultimate consumer of natural gas.", 15 U.S.C. Sec. 3202, 2, Retail Policies for Natural Gas Utilities Act

Junto con señalar las características de las empresas de utilidad pública, que agrupa diversas formas de entregar el servicio, este concepto también nos sirve para limitar el alcance. Como género que reúne diversas especies, también es un filtro excluyente de algunos servicios públicos concedidos con tarifas que no son objeto de nuestro estudio.

7. LA UTILIDAD PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN

Pese a la ausencia generalizada del término "utilidad pública" en nuestra legislación (con la excepción respecto a los servicios de utilidad pública) y algunas escasas menciones en la jurisprudencia; este concepto aparece en nuestra Carta, precisamente en uno de los pilares de nuestro derecho y libertad: el derecho de propiedad, regulado en el artículo 19, N° 24 CPR.

La propiedad reconoce como límites los que la ley establezca, y respecto a la ablación misma de dicho derecho, la CPR ha regulado la expropiación. Tanto la regulación del dominio como su expropiación reconocen la utilidad pública como elementos, ya sea dentro de la función social de la propiedad o dentro de las causales de expropiación.

7.1. La expropiación por causa de utilidad pública

Respecto a la expropiación, ésta puede ser por causa de utilidad pública, como lo señala la Constitución en el artículo 19, N° 24, inciso tercero:

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés general, calificada por el legislador.

Al respecto, la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, DL 2186, que regula la materia no indica que debe entenderse por "utilidad pública". Del mismo precepto constitucional se desprende que la causal de utilidad pública es un requisito, antecedente o presupuesto de la declaración de utilidad pública, que corresponde al legislador hacer, calificándola y formulándola.¹⁰⁸ En sí, corresponde a la ley por mandato constitucional satisfacer tales requisitos, debiendo declarar la utilidad pública, y en razón de dicha declaración, autorizar la expropiación. Esta calificación legal debe ser *previa* a la expropiación, y no es una fase del procedimiento expropiatorio. En la determinación de utilidad pública, al decir de Alejandro Silva Bascuñán, el legislador sería *soberano* en su calificación.

Del texto constitucional, se colige que la expropiación, sin margen de duda, es el único modo constitucional para privar el dominio.

Dejando de lado esta calificación soberana, no queda muy claro que debemos entender por causal de utilidad pública. Pero es preclaro que de poco nos sirve esta acepción expropiatoria, dado que la fijación de tarifas, más que una privación al dominio del empresario, es una regulación del mismo.

La mención a la utilidad pública envuelta en las empresas que satisficieran las "necesidades imperiosas de las subsistencias del pueblo" aparece ya en el DL 520, de 1932, que autorizaba al Presidente de la República expropiar este tipo de establecimientos, previa declaración de su utilidad pública.¹⁰⁹

La *utilidad pública* también puede apreciarse respecto a bienes expropiables en materias de servicios de gas: "Decláranse de utilidad

¹⁰⁸ CEA EGAÑA, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pág. 249 y sgtes.

¹⁰⁹ Art. 4 DL 520, de 1932

pública, sujetos a expropiación (...), los bienes de la concesión de servicio público de distribución de gas que hubiere sido caducada en conformidad a esta ley",¹¹⁰ como la utilidad pública de la concesión en sí misma para la comunidad.¹¹¹

7.2. La función social de la propiedad

La comprensión de la utilidad pública dentro de la función social de la propiedad no es nueva: ya en la Constitución de 1925 se la incluye junto a los intereses generales del Estado, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la comunidad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.¹¹²

La Constitución vigente mantuvo el elemento de la utilidad pública dentro de la función social de la propiedad en el artículo 19, N° 24 CPR:

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

La ley establecería el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad de los bienes y servicios producidos por estas empresas, regulando sus precios *por causa de utilidad pública*. Entonces, al estar regulada la forma de fijar el precio por causal de utilidad pública, bien puede concluirse que estas empresas son *de utilidad pública*.

¹¹⁰ Art. 20 LSG

¹¹¹ VERGARA BLANCO, *op.cit.*, pág. 506

¹¹² Art. 10 CPR 1925 (texto actualizado al 16 de julio de 1971)

Como el contenido del concepto es por su naturaleza difuso e indeterminado, no creemos que la limitación que se hace a la libertad de precios de las empresas complete totalmente el contenido de la causal de utilidad pública.

Teniendo presente que las limitaciones y obligaciones del derecho de propiedad tienen por objeto preciso asegurar la función social del dominio, ninguna otra causal puede ser esgrimida para justificar la intervención del legislador. La función social se vería acentuada -a decir de Novoa Monreal- cuando se trata de bienes que por su finalidad están ligados a satisfacción de toda la población, como pueden ser aquellos que producen los artículos de primera necesidad o que facilitan su distribución.¹¹³

Nuestro Constituyente se encargó de no definir la función social de la propiedad, sino de señalar que elementos la componen.¹¹⁴ Por ende, el ejercicio de la facultad del legislador para limitar el dominio puede realizarse en razón de uno de los elementos de dicha función social. Creemos que el Constituyente ha reservado a las empresas que estudiamos dicha denominación, limitadas en su derecho de dominio y goce por comprenderlo la *utilidad pública*. De este antecedente, podemos decir que la definición tiene entonces un carácter constitucional.

En materia de servicio de agua potable y alcantarillado, dada la importancia que tiene la provisión del *vital elemento líquido* y su posterior recolección como agua servida para el hombre, siendo de suma trascendencia su calidad y cantidad, bien puede indicarse este tipo de empresas es regulada en función de la salubridad pública, elemento de la función social de la propiedad. Siendo esta razón efectiva, como empresa de salubridad pública,

¹¹³ NOVOA MONREAL, Eduardo. *El Derecho de Propiedad Privada*, citado por STREETER, Jorge. *Régimen Económico y Propiedad*, Separata, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1986, pág. 40

¹¹⁴ CEA EGAÑA, *op.cit.*, pág. 192

tiene las mismas características que una empresa de "utilidad pública", por lo que bien podemos agruparlas en una misma definición, pero remarcando el carácter de vital de la provisión y disposición del agua.

La CR recogió el carácter restrictivo de la legislación tarifaria y su vínculo con la función social de la propiedad al indicar que:

esta Comisión tiene presente que la libre disposición de los bienes, incluyendo el precio de los mismos, es un atributo esencial del dominio, por lo que la facultad de fijar precios o tarifas a los bienes y servicios debe ser otorgada al Estado por ley, en particular, debe ser la ley la que establezca las limitaciones y obligaciones que derivan de la función social de la propiedad, conforme a las disposiciones constitucionales que rigen la materia¹¹⁵

Derivando entonces la limitación a la propiedad en atención a la función social de la propiedad, en especial respecto a la utilidad pública, podemos afirmar, finalmente, que el objeto de nuestro estudio es las tarifas de las empresas de utilidad pública.

¹¹⁵ R. N° 531, Cons. 5°, N° 5.

SEGUNDA PARTE
DE LAS TARIFAS

DE LAS TARIFAS

A. EL CONTROL DE PRECIOS: UN ANTECEDENTE DE LAS TARIFAS

En nuestra historia, aparece el control de precios respecto a ciertos bienes desde la época de la Colonia, siendo el Cabildo de Santiago quien ejercía esta función ya desde 1543. En este siglo, el control de precios fue realizado principalmente a través de la legislación que deriva del DL 520, de 1932. Este cuerpo legal fue utilizado ampliamente por los diversos gobiernos, con mayor o menor libertad de precios de una variada gama de productos.¹¹⁶ De esta época de intervención, son ejemplos de regulación las siguientes normas:

Corresponde a los consejos departamentales de precios fijar periódicamente los precios máximos de venta al consumidor de los artículos de primera necesidad y fiscalizar los precios de venta de los artículos de uso o consumo habitual¹¹⁷

Quedarán sujetos al control directo del comisariato general de subsistencias y precios, la producción, manufactura, importación, distribución y transporte de los artículos que el Presidente de la República declare de primera necesidad o de uso o consumo habitual, a propuesta del Comisario General.¹¹⁸

¹¹⁶ ARAMAYO, Oscar. *Régimen Legal del Comercio Interno Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1964, pág. 37 y sgtes.

¹¹⁷ Ley 5125

¹¹⁸ DL 520

Esta legislación de control de precios estaba destinada a regular el precio de aquellos bienes y servicios "de primera necesidad" y congelarlos en el tiempo. ¿Cuáles eran estos artículos indispensables? Ciertamente algunos como el agua potable, trigo y pan; pero también otros como la pólvora sin humo, delantales colegiales y una larga lista de bienes y servicios que dudosamente pueden considerarse "esenciales".¹¹⁹

Detrás de esta legislación está el desconocer al mercado como eficiente asignador de recursos, que conllevó una distorsión de precios bastante fuerte e inflación en el tiempo. Muchos de estos precios estaban sujetos a variaciones de precios por motivaciones de orden político, más que por criterios de costos.

A partir del Decreto 522, de 1973 se inicia un proceso de liberalización de los precios,¹²⁰ conservando la regulación para un número significativamente menor de bienes y servicios, dentro de los cuales estaban el agua, el gas, la electricidad y tarifas telefónicas.¹²¹ La reducción de productos regulados no fue menor: de una cantidad cercana a los 3000 bienes y servicios sujetos a control de precios se pasó a la treintena de precios regulados, disminuyendo posteriormente aún más.

¹¹⁹ La utilización del DL 520 es parte de los muy debatidos "resquicios legales", concepto nacido en el gobierno de Salvador Allende, y que, como podría creerse, su vigencia no terminó inmediatamente con la llegada del régimen militar. En NOVOA MONREAL, Eduardo. *Los Resquicios Legales*, Ediciones BAT, Santiago, 1992

¹²⁰ Aunque la recomendación de eliminar los controles de precios ya había sido propuesta por la Misión Klein-Sachs en 1958 (páginas 29-30 y 124-125, del Informe Final de la Misión), para ser controlados por la ley de defensa de la competencia, en PAREDES, Ricardo. "Políticas de Competencia en Países sin Tradición de Mercado: el Caso de Chile", en *Revista Perspectivas*, N° 1, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, Santiago, 1997, pág. 48

¹²¹ Art. 2 DS 522, de 1973, Minecon, D.O. 15-10-1973

Los precios que quedaron bajo este régimen, si no quedaron entregados a la regulación tarifaria de las leyes, se sometieron al régimen de precios informados, establecido por R. 100, de 1982, Minecon. Estos precios debían ser comunicados a DIRINCO, junto con el respectivo estudio de costos, organismos que podía pasarlos a la lista de precios fijados si los estimaba abusivos. En diciembre de 1989 se derogó el D.S. 522, de 1973 y sus modificaciones, quedando muchos precios de empresas de utilidad pública libres de cualquier control, salvo el ejercido por los órganos de defensa de la competencia.

La medida de desregulación de precios, que pudo ser revertida, sólo alcanza madurez con la llegada de la CPR, que limitó la fijación de precios a la ley. De este modo se limitó la fijación de precios a aquellos bienes y servicios en cuyos mercados no se dieran en condiciones de competencia -como los servicios públicos concedidos- permitiendo así la competencia de precios.¹²²

B. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y TARIFAS

Al inquirir la naturaleza, concepto y ámbito de las tarifas, podemos afirmar que la regulación de precios máximos forma parte del orden público económico, aquel *conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad formulados en la Constitución*.¹²³ Como se vio, la facultad presidencial de mantener servicios y la regulación de la propiedad de ciertas empresas, basada en la función social de la propiedad, son principios que la CPR ha optado por resguardar.

¹²² PAREDES, *op.cit.*, pág. 49 y sgtes.

¹²³ CEA EGAÑA, *Tratado de...*, pág. 158

El reconocimiento del carácter de orden público de la regulación tarifaria, por ende, una limitación a la autonomía privada, fue reconocido por la CR, indicando:

Que de las resoluciones [que fijan precios máximos en materia de gas] y de la intención o espíritu con que fueron dictadas, cabe concluir que ellas forman parte del orden público económico, esto es, que organizan las relaciones económicas imperativamente, de suerte que no pueden ser derogadas ni desconocidas por los particulares. Constituyen, así, una limitación a la libertad contractual y al principio de la autonomía de la voluntad.¹²⁴

Por lo mismo, tal como los particulares no pueden ignorar las normas sobre tarifas, menos aún podría la autoridad pública derogar o desconocer las normas que integran el orden público económico, porque a ella se dirigen y limitan su actuar, debiendo someterse a las normas dictadas conforme a la CPR. La regulación de las empresas efectuada conforme a la función social de la propiedad respecto de la fijación de tarifas, afecta directamente la libertad del dueño del bien o servicio para fijar el precio de venta del mismo. Es así como la regulación de tarifas altera la facultad de disposición del prestador, limitando su libertad de determinación del precio del bien o servicio que suministra, obedeciendo a razones de utilidad pública.

De esta forma, la limitación del derecho de disponer del bien o servicio que significa la fijación de una tarifa por la autoridad, mediante normas de orden público, es una limitación al derecho de propiedad, motivo para que ésta deba ser realizada por ley.

A más, las tarifas se vinculan al derecho dominical en un sentido de límite distinto al ya mencionado, toda vez que los costos de la prestación del servicio, más un beneficio razonable, no puede suponer una

¹²⁴ R. N° 218, Cons. 16°

privación patrimonial injustificada contraria al derecho de propiedad, toda vez que sería una suerte de enriquecimiento injusto, un despojo patrimonial sin causa. Esto por cuanto la tarifa, al ser una contraprestación patrimonial coactiva, no debe generar ingresos superiores a los que le cuesta al prestador, lo anterior sin perjuicio de los eventuales subsidios que puedan existir.¹²⁵

Asimismo, se trata de la regulación de la forma de desarrollo de una actividad económica lícita (Art. 19, N° 21 CPR), la cual, en principio, se rige por el principio de libertad tarifaria, y su procedimiento de determinación requiere la fijación de las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública como regulador de tarifas (Art. 60, N° 18 CPR) y las bases esenciales del ordenamiento jurídico relativo a los precios de la utilidad pública (Art. 60, N° 20 CPR).

Que el cálculo de precios máximos, sea por la afectación al derecho de propiedad, sea materia de ley, resulta también un problema de seguridad jurídica para las empresas y los ciudadanos, siendo necesario determinar con exactitud en el texto de la ley los criterios, principios y bases en los que se asienta el cálculo de tarifas; y resulta indispensable establecer en un nivel reglamentario las normas detalladas y los criterios técnicos en base a los cuales se fijarán las fórmulas, coeficientes, índices que permitan determinar matemáticamente las tarifas.¹²⁶ La reserva legal de las tarifas, significa que corresponde a ella decidir su establecimiento y delimitar sus elementos esenciales, como son, al menos, señalar los supuestos de hecho del que nace la obligación, los criterios que la determinan, los criterios de financiamiento y los sujetos pasivos y activos.¹²⁷ Sobre los sujetos, las leyes sectoria-

¹²⁵ VILLAR ROJAS; *op.cit.*, pág. 122 y sgtes.

¹²⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 531

¹²⁷ VILLAR ROJAS; *op.cit.*, pág. 98

les se encargan de señalar a quienes se les aplican los precios máximos, esto es, a cuales empresas prestadores y a que usuarios.

Respecto al derecho a la libertad económica y la fijación de tarifas, al conocer de una acción de amparo económico, la Corte de Apelaciones expuso que la regulación de precios máximos en materia eléctrica no constituía un gravamen o limitación de dicha garantía, sino más bien un fomento de la actividad económica, por parte de la autoridad:

la Comisión Nacional de Energía, según se infiere de los antecedentes, no ha impuesto nuevos gravámenes ni regulaciones respecto de la empresa CMET, por el contrario, es dable concluir que con el proceso de fijación de precios de servicios asociados al suministro eléctrico, que nace con la calificación de H. Comisión Resolutiva y prosigue con las tareas encomendadas en la Resolución N° 592, se busca facilitar la contratación entre empresas de telecomunicaciones y empresas eléctricas respecto al apoyo de postes, de todo lo cual se puede inferir un fomento de la actividad económica de la empresa CMET.¹²⁸

Las tarifas, como contraprestación de un contrato oneroso, se conmutan con el servicio prestado, por lo que las tarifas son propiedad del prestador. El dominio sobre la tarifa debe confrontarse con el carácter modificable de la misma por el proceso de fijación de tarifas, realizado periódicamente y que representa una revisión regular de ellas como sistema o estructura de precios máximos.¹²⁹

Un fallo de la CR reconoce que, dentro de las facultades del Legislador, está la de "establecer, dentro del concepto de orden público

¹²⁸ "Castellón Rauch con Blanlot Soza", Amparo Económico, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 294-2003, de 11 de abril de 2003, confirmada por la Corte Suprema, rol 1546-2003

¹²⁹ DROMI, *op.cit.*, pág. 308 y sgtes.

económico, disposiciones que permiten a la autoridad la fijación de un único precio a los bienes y servicios".¹³⁰ Esta facultad legal ha sido tradicional en nuestro derecho, dado que siempre la potestad de fijar precio a los bienes y servicios fue otorgada al Estado por ley;¹³¹ y la eliminación de dicha facultad también ha sido mediante una ley (DL 3.529, de 1980); no pudiendo ser de otro modo al constituir la facultad para fijar precios una limitación al derecho de propiedad.¹³²

Las potestades públicas, dentro de las cuales está la potestad tarifaria, consisten en obligar a terceros mediante declaraciones unilaterales de voluntad, las que, para el Estado, son iguales a funciones, en este caso, administrativa, pudiendo dar órdenes obligatorias a los administrados a través de los órganos de la Administración, quienes son terceros extraños.¹³³ Entonces, la potestad tarifaria es aquella que goza la Administración titular de un servicio público, en razón de la cual puede establecer, y en su caso, exigir de los usuarios una contraprestación económica por la utilización de aquél. En sentido estricto, como señala Villar Rojas, es una potestad unilateral que encuentra su fundamento en la titularidad pública de la actividad declarada servicio público. La función de esta potestad es asegurar la viabilidad económica del servicio, teniendo así una relación directa entre el prestador y con la garantía de equilibrio económico-financiero de éste.¹³⁴ Además, el carácter excepcional de la regulación de precios por vía de la autoridad, mediante tarifas, debe ser realizada por mandato

¹³⁰ R. N° 218, Cons. 16°

¹³¹ Por ejemplo: DL 520, de 1932; Art. 24 Ley 8.198, D.F.L. 88, de 1953; DL 2.224, de 1978, *et al.*

¹³² D. N° 866, p. 5°, CPC

¹³³ AYLWIN AZOCAR, Patricio y AZOCAR BRUNNER, Eduardo. *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996, pág. 205

¹³⁴ VILLAR ROJAS, *op.cit.*, pág. 20

constitucional a través de una ley, como también el servicio mismo que será objeto de dicho procedimiento.¹³⁵

De la clasificación que hace Farjat,¹³⁶ una de orden público económico de protección y otra de un orden público de dirección, subsumir la regulación de tarifas de empresas de utilidad pública a un u otro puede resultar conflictivo, más aún si dicha clasificación no resulta suficiente.

El orden público de dirección busca permitir al poder público la obtención de ciertos objetivos económicos, eliminando de la contratación privada todo lo que pueda contrariar esa orientación, pudiendo variar según el sistema económico imperante. El ya citado Farjat, entre otros,¹³⁷ incluye en esta categoría la reglamentación económica de la competencia y la regulación de precios.

El orden público de protección tiene como objetivos *tutelar al contratante más débil*, al existir un desequilibrio económico entre los contratantes. La forma clásica de protección del contratante más débil es a través de las incapacidades.

Reguladas las empresas por la ausencia de competencia y por el carácter monopólico de las mismas, en la especie, la forma de determinar el precio a aquellos contratantes que por su desequilibrio no pueden negociar libremente con el prestador, tenemos aquí un orden público económico con ambas características, de protección y de dirección.

¹³⁵ EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio. "Fijación de Tarifas de Distribución Eléctrica y Potestades Discrecionales de la Administración", en *RCD*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Vol. 25, N° 1, 1998, pág. 218

¹³⁶ FARJAT, Gerard. *Droit Économique*, Presses Universitaires de France, Thémis, París, 1971, pág. 43 y sgtes.

¹³⁷ En Chile, Enrique BARROS, *Acto Jurídico*, Separata, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, s/f, pág. 74

Cualquiera sea la clasificación que se adopte, la técnica utilizada por la autoridad en la fijación de tarifas es la del procedimiento de determinación del contenido del contrato, sobre todo aquella de la determinación del valor cuantitativo de la prestación de una de las partes, porque en ella la autoridad ya no confía en las partes para la determinación del precio como les convenga.¹³⁸ Reconozcamos que entre el prestador y un usuario anónimo existe un desequilibrio enorme de poder, y además, la negociación caso a caso, sería excesivamente costosa para la empresa.¹³⁹

C. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA TARIFA

Tal como el concepto de "empresa de utilidad pública" posee cierta dificultad en su determinación; el concepto de tarifa es relativamente impreciso. Más bien, su significado es equívoco y múltiple, encontrándose al menos tres usos distintos, todos con relevancia jurídica.

La primera acepción de la palabra la encontramos en el transporte, tanto aéreo, marítimo como terrestre, refiriéndose a los precios que se cobran por el transporte de personas o mercaderías. Al respecto, es explicable este uso, atendiendo lo que comentamos respecto a las empresas de utilidad pública en el área del "transporte".

El segundo uso de la expresión es en lenguaje aduanero, al entendiéndose como "una extensa tabla donde figuran clasificados millares de productos con el impuesto que deben tributar".¹⁴⁰

¹³⁸ STREETER, Jorge. *El Orden Público Económico*, Separata, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1985, pág. 44

¹³⁹ Sería prohibitiva este tipo de discriminación de "primer grado" o perfecta, cuando se negocia con cada uno de los usuarios. Se cobra a cada cliente, el precio máximo que éste está dispuesto a pagar (Precio de Reserva). POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 5ª Ed., Aspen Law & Business, Nueva York, 1998, pág. 305

¹⁴⁰ FERNANDEZ VAZQUEZ, *op.cit.*, pág. 741

Finalmente, tenemos el significado que corresponde a este trabajo, cuyo significado normal es el de *precio o lista de precios de ciertos bienes y servicios*.¹⁴¹ La doctrina ha elaborado un concepto más restringido, siendo "los importes entregados por los particulares que utilizan un servicio público a los concesionarios que los prestan".¹⁴² Por cierto, dicho autor restringe el concepto a los servicios públicos concedidos, con lo que omite a las empresas que no sean servicios públicos. Cabanellas, utilizando el antiguo concepto de la Real Academia Española introduce como la finalidad de las tarifas el evitar abusos del más necesitado en la relación jurídica por el más poderoso, "cuando no, fomentarlos en épocas demagógicas".¹⁴³

Quizás la tarifa sea la expresión más completa del mecanismo, el procedimiento, para determinar el precio de bienes y servicios de manera exhaustiva. Se puede conocer con cierta certeza la duración y los costos involucrados de ese precio. Eso sí, no puede olvidarse que la participación de los usuarios se ve seriamente limitada -inexistente en la práctica- por la representación que hace el Estado en la negociación del precio máximo.¹⁴⁴

¹⁴¹ La Real Academia la define como la "tabla de precios, derechos o impuestos", el "precio unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo" o el "montante que se paga por este mismo servicio". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª Ed., Ed. Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1992, Vol. II, pág. 1945. En similares términos, ARGERI, Saúl. *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 374

¹⁴² FERNANDEZ VAZQUEZ, *loc.cit.*

¹⁴³ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, Vol. III, pág. 657. El autor demuestra conocer la realidad de cada tarifación. Por una parte, evitar abusos, y por otra, controlar los precios por motivos políticos más que de costos.

¹⁴⁴ Así, el *Informe Jadresic* señala que "La participación de los usuarios organizados en la regulación es un aspecto deficitario en todos los servicios de utilidad pública". JADRESIC y otros, *op.cit.*, pág. 110

1. ¿TASA O TARIFA?

Es común ver en textos extranjeros el uso de la expresión "tasa", como análoga a la tarifa. ¿Acaso es lo mismo? Si nos atenemos a su significado natural y obvio como aquel precio máximo o mínimo a que por disposición de la autoridad puede venderse una cosa,¹⁴⁵ encontramos muchas similitudes en los conceptos, y su diferencia es más bien etimológica que respecto a su significado.¹⁴⁶ Aunque tasa es más preciso, al destacar la importancia de ser un precio determinado "por disposición de la autoridad", sin admitir otras acepciones ni equívocos, ha de tenerse presente que el uso uniforme y unívoco en la legislación chilena es respecto al término de tarifa. Esto no obsta a su uso en la doctrina nacional, equiparándose los conceptos de tasa con el de tarifa.¹⁴⁷

No puede desconocerse que el término tasa tiene también un significado financiero, la "tasa de interés", que tal como se producía con la tarifa, induce a usos múltiples. Esta situación no sólo es exclusiva del castellano, sino también del inglés, donde *rate* tiene los mismos significados aludidos: como precio de bienes o servicios de *utilities*; impuesto y como tasa (valor medido en función de otra cantidad) financiera. Lo mismo ocurre con *tariff*, que es indistintamente aran-

¹⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 18ª Ed., Ed. Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1956, pág. 1243. La Real Academia eliminó dicha acepción -en la que podría basarse la legislación argentina-, siendo actualmente el "tributo que se exige con motivo del uso ocasional de ciertos servicios generales" REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op.cit.*, 21ª Ed., Vol. II, pág. 1947

¹⁴⁶ "Tarifa" proviene del árabe *ta'rifa*, definición o determinación. También significa informar, dar a conocer. "Tasa" viene del latín *taxare*, apreciar, valorar; como también estimar, evaluar. COROMINAS, *op.cit.*, pág. 558 y 559.

¹⁴⁷ SILVA CIMMA, *op.cit.*, pág. 262. Análogamente, la polémica entre el concepto de tasa o tarifa y el *impuesto de afectación*, puede verse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 247. Para el caso del *peaje vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 183

cel y precio de bienes o servicios de empresas de utilidad pública. El concepto preferido en el derecho anglosajón es el de *rate*, sin desechar el uso de *tariff*.¹⁴⁸

El concepto legal de *rate* en el derecho norteamericano es "cualquier precio, tarifa o cargo; o clasificación hecha, demandada, observada o recibida [con respecto a la venta de gas natural a un consumidor de gas]".¹⁴⁹ Asimismo, se puede utilizar el concepto de *tariff*, como "una lista pública de servicios, tarifas, cobros y reglas de una empresa de utilidad pública".¹⁵⁰

Puede sostenerse que la tasa sea una especie de tarifa. Así, mientras la tarifa señala los diversos precios que puede cobrar la empresa de utilidad pública: la tasa es el precio, máximo o mínimo, en que se vende la cosa al usuario. En un sentido similar, Bielsa

¹⁴⁸ *Black's Law Dictionary*, 6^a Ed., West Publishing Co., 1990, pág. 1261. La confusión también ocurre en Italia, existiendo tanto el concepto de *tariffa* como el de *tassa*. ENCICLOPEDIA DEL DIRITO, Giufré Editore, Varese, t. XLIV, 1992, pág. 1 y sgtes.

¹⁴⁹ The term 'rate' means any (A) price, rate, charge, or classification made, demanded, observed, or received with respect to sale of natural gas to a gas consumer, (B) any rule, regulation or practice respecting any such rate, charge or classification, and (C) any contract pertaining to the sale of natural gas to a gas consumer", 15 U.S.C. Sec. 3202, N° 5. Similar es la definición dada para 'tarifa eléctrica' en la Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA), en 16 U.S.C. Sec. 2602, N° 10. La jurisprudencia norteamericana ha definido *rate* como "price stated or fixed for some commodity or service of general need or utility supplied to the public measured by specific unit or standard" [precio determinado o regulado para algún bien o servicio de necesidad o utilidad general proveído al público por unidad o estándar] en *Bird v. Chesapeake & Potomac Tel. Co.*, D.C. Mun. App., 185 A. 2d 917, 918. *Black's Law Dictionary*, *loc. cit.*

¹⁵⁰ 1. An import tax or a list of articles and the import tax that must be paid on items on that list. A protective tariff is meant to protect local businesses from foreign competition; a retaliatory tariff is in response to a foreign country's tax on goods from your country; and an antidumping tariff is to prevent foreign countries from selling their goods in the U.S. at a lower price than the goods sell for in the foreign country or at a price lower than manufacturing cost. 2. A public list of services, rates, charges, and rules of a public utility, such as an electric company. *Oran's Legal Dictionary*. La traducción es nuestra.

distingue a la tasa por su carácter de contribución fiscal, en oposición a la tarifa como precio.¹⁵¹ Dromi diferencia una de otra en función a la obligatoriedad legal de servicios como agua y servicios sanitarios (tasa); mientras que el precio correspondería a la retribución a un servicio de uso facultativo, como es el servicio público telefónico.¹⁵²

La confusión de términos parece originarse en un trabajo de García de Enterría, al hacer equivalentes ambos términos. El concepto de tasa, como tributo local, se referiría genéricamente respecto a los servicios públicos integrados a la administración, pero no de los concesibles, como ocurre respecto a las tarifas, que tienen una naturaleza administrativa sólo al momento de su aprobación, pero que alcanza naturaleza contractual entre las partes.¹⁵³

Otro autor, Joaquín Tornos Mas,¹⁵⁴ expresa que el concepto de tarifa se reserva al ejercicio de la potestad tarifaria que se asume en el momento de convertir una actividad económica en servicio público, “permitiendo fijar el precio de remuneración del concesionario o de la entidad que prestará el servicio”, siendo la tarifa el resultado de la potestad unilateral, pero no la potestad tributaria, siendo la tarifa “el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régi-

¹⁵¹ BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª Ed., Ed. De Palma, Buenos Aires, 1963, pág. 169.

¹⁵² DROMI, *op.cit.*, pág. 256 y sgtes.

¹⁵³ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *El Servicio Público del Gas. Producción, Transporte y Suministro*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, pág. 264. El artículo del profesor García de Enterría es “Sobre la Naturaleza de la Tasa y las Tarifas de los Servicios Públicos”, en *Revista de Administración Pública*, N° 12, 1953

¹⁵⁴ TORNOS MAS, Joaquín. “Potestad Tarifaria y Política de Precios”, en *Revista de Administración Pública*, N° 135, Madrid, 1994, citado por RUFÍAN LIZANA, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, pág. 146

men de Derecho Privado, presta un servicio, sin que la tarifa se convierta en ingreso público”.

En esta obra, zanjando la discusión, utilizaremos exclusivamente el concepto con asidero legal en el país, más aún que la distinción realizada entre la tasa y la tarifa parece inoficiosa para nuestros efectos, salvo el uso equivalente que realiza la Ley del Banco Central, equiparando tasa con tarifa respecto a las menciones de tipo de cambio que publique este organismo.¹⁵⁵

Finalmente, la distinción entre tasa y tarifa aparece resuelta ya por la Real Academia, diferenciando el carácter de tributo de aquella y de precio de ésta.

2. TARIFA Y PRECIO

¿Son acaso estos términos equivalentes? En España se hace la distinción, respecto a ambos conceptos. La tarifa respondería a la contraprestación del suministro a los usuarios en los supuestos de concesión, mientras que el precio sería para aquella contraprestación sin concesión.¹⁵⁶ Para Ariño Ortiz, la tarifa de un servicio público no es tasa, ni es un impuesto, sino un precio, aunque sea un precio público, fijado administrativamente.¹⁵⁷ En términos más sencillos, y desde el ámbito del derecho económico, Luis Ferney Moreno señala que el precio de los servicios públicos domiciliarios “es el punto donde se cruzan la oferta que realizan las personas prestadoras de servicios públicos y la demanda que hacen las personas usuarias”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Art. 87, inc. 2º Ley Orgánica Constitucional del Banco Central

¹⁵⁶ DEL GUAYO, *op.cit.*, pág. 239

¹⁵⁷ ARIÑO ORTIZ, *op.cit.*, pág. 529

¹⁵⁸ MORENO, Luis Ferney. *Servicios Públicos Domiciliarios, Perspectivas del Derecho Económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pág. 180

3. CONCEPTO LEGAL DE TARIFA

A través de las leyes que regulan las empresas de utilidad pública, encontramos uniformemente el uso de la expresión tarifa. Tal situación ocurre en materia de telecomunicaciones en el artículo 29 LGT: "Los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y de los servicios intermedios (...)" y en materia de gas de cañería, el artículo 30 LSG, señala que "Las empresas de gas que realicen suministro de este producto a consumidores o entre sí, fijarán los precios o tarifas del suministro de gas (...)".

La Ley Eléctrica, bajo el epígrafe "de las tarifas", establece que "estarán sujetos a fijación de precios los siguientes suministros" (Art. 90 LGSE); con lo que da a entender que las tarifas son precios fijados de suministros. En materia de agua potable, en su artículo 2 LTSS dispone que "Las tarifas de que trata este Título tendrán el carácter de precios máximos", refiriéndose a los precios fijados en dicho título, y a los demás cobros en otro título de la ley.

En este caso, creemos que las leyes hacen el distingo debido a que las tarifas pueden ser libres ("precios") o reguladas ("precios máximos"), con lo que se reconoce que pueden haber tarifas libres y reguladas en empresas de utilidad pública. Esta característica es importante de realzar, ya que normalmente aparecen como máximas, cuando la posibilidad que sean libres está también recogida en nuestro derecho tarifario, al liberalizarse precios que se entreguen en condiciones competitivas.

El artículo 1 LTSS expresa que las tarifas son "[precios máximos de] los servicios de agua potable y alcantarillado de aguas servidas, prestados por servicios públicos y empresas de servicio público, en adelante prestadores tanto a usuarios finales, como a otros que actúen como intermediarios respecto de ellos". De esta norma se colige que

las tarifas son prestadas por servicios públicos y empresas de servicio público (para nuestros efectos, empresa de utilidad pública), ya como un servicio a un usuario final o consumidor, ya como un servicio a otra empresa que actúa como subdistribuidor ante el usuario. En ambos casos hay tarifa.

Normalmente, las leyes equiparan la tarifa como "*precios máximos*", situación recogida en nuestra legislación abundantemente.¹⁵⁹

Un concepto más acabado de la tarifa lo hallamos en el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que para estos efectos puede sernos útil, el cual establece que la tarifa es el "*precio del servicio básico prestado por el concesionario, regulada en el contrato de concesión*".¹⁶⁰ Con la consideración de que la concesión de obra pública establece la tarifa por el lapso que ella dure, dicho precio responde como contraprestación del servicio prestado.

Como normalmente estos precios regulados tienen la cualidad de ser máximos -pudiendo cobrarse menos-, y que su determinación se ajusta a un procedimiento determinado en la ley, es dable afirmar que la tarifa es el "*precio máximo que puede cobrar la empresa de utilidad pública por sus servicios prestados al usuario, conforme un procedimiento establecido en las leyes*".

El concepto de tarifa que damos se refiere a situaciones donde no haya competencia, porque en tales casos, la regla es que los precios o tarifas sean libres. Es por eso que creemos que las leyes tarifarias lo hacen tanto a tarifas reguladas como a aquellas libres. Esto se ve ratificado por los epígrafes de los títulos que versan sobre tarifas en la ley de telecomunicaciones, agua y alcantarillado y electricidad; to-

¹⁵⁹ Art. 2 LTSS y Art. 92 LGSE

¹⁶⁰ Art. 3º, literal m) DS MOP N° 240, de 1991

dos se refieren como "De las tarifas", salvo en materia de gas que es "De las tarifas y de los pagos".¹⁶¹ En cualquier caso, dentro del concepto de tarifas se comprenden los precios libres.

En esencia la tarifa es un precio, pero la tarifa no puede separarse de su origen, cual es la fórmula tarifaria que será fijada y publicada en el régimen de tarifas fijadas.

4. DOBLE NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TARIFAS

Dada la dualidad de la aplicación de las tarifas para usuarios y empresas de utilidad pública, las tarifas tienen una doble naturaleza jurídica:

1. La tarifa como tal es, para quien las paga, una contraprestación pecuniaria, un precio. Como retribución, deben ser pagadas a la empresa prestadora. De este modo, el pago no sería la causa del servicio público sino el interés general; como necesidad colectiva que requiere el control y la atención administrativa;¹⁶² y

2. Pese al debate si es una norma general o una resolución reconducible a una oferta de contrato, para la parte que suministra el servicio regulado la tarifa como disposición administrativa, es una norma de carácter general, materializada a través de un decreto tarifario. Como norma, es unilateral (no contractual), y requiere para su eficacia jurídica de publicidad, pues no interesa tanto al ente regulador, sino más a los terceros, los usuarios, que son quienes en definitiva, las pagan.¹⁶³

¹⁶¹ Título V LGT, Título I LGSS, Título IV LGSE, Título V, p. 2º LSG

¹⁶² LORO CHICO, Francisco J. *Las Telecomunicaciones como Servicio Público*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Colección Estudios Nº 18, Madrid, 1977, pág. 219

¹⁶³ MARIENHOFF, *op.cit.*, pág. 151

Para el tratadista Cassagne, la tarifa no configura un reglamento administrativo, pues el acto no integra el ordenamiento jurídico, no prescribiendo reglas de derecho. Ahora bien, el mismo autor, la tarifa tampoco es un acto administrativo concreto que cree situaciones jurídicas subjetivas, por cuanto establece la base objetiva y general en cuyo marco se desarrolla diversos actos singulares que se someten, generalmente, al Derecho Privado; por lo que su forma es más cercana a los actos de alcance general, rigiéndose por los principios y normas aplicables a los reglamentos.¹⁶⁴ Este debate, en palabras de Villar Rojas, no es inútil, sino que determina el alcance del control judicial de las tarifas, que varía según se considere que la decisión que las establece es acto o reglamento. Aún más, se inclina por que la tarifa, peaje o tasa, dentro del marco que establecen las leyes, constituye un acto administrativo normativo, de naturaleza reglamentaria.¹⁶⁵ Pues bien, la distinción del acto administrativo reglamento y norma singular (simple acto administrativo), no es útil en nuestro ordenamiento, toda vez que ambos son susceptibles de impugnaciones jurisdiccionales, siendo ambos decretos supremos.

El doble carácter de precio y norma, será tal si la tarifa es regulada. Evidentemente que si ella es libre, no habrá dualidad, siendo únicamente la tarifa un precio, tanto para el prestador como para el usuario.

Este carácter dual hace que como norma, las tarifas tengan ciertas características; y como contraprestación pecuniaria del usuario, otras. Extraídos muchos de dichos elementos de dictámenes y sentencias, la mayoría obedece a la naturaleza de precio, y escasos a la naturaleza de norma.

¹⁶⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Ed. Lexis-Nexis, Séptima Edición, Buenos Aires, 2002, t. II, pág. 313

¹⁶⁵ VILLAR ROJAS, *op.cit.*, pág. 195 y sgtes.

Respecto a la tarifa como norma, ella es establecida periódicamente, ya que por su naturaleza no puede ser inmutable, sino variable. Las tarifas están sujetas a las modificaciones que impongan las condiciones en que se presten los servicios, siendo necesaria su revisión, que en nuestro derecho ocurre periódicamente cada 4 ó 5 años.¹⁶⁶

Desde el momento de la publicación del decreto tarifario, o cada vez que son indexadas las tarifas, son los precios que el usuario debe considerar respecto al consumo que haga *desde entonces*. Sin necesidad de formalizar un nuevo contrato entre usuario y empresa de utilidad pública, el precio del servicio queda integrado en la relación jurídica existente entre ambas partes del contrato de suministro.¹⁶⁷

5. CONSECUENCIAS DE SER LA TARIFA UNA NORMA

Dentro de los elementos del decreto tarifario, deben mencionarse que las tarifas allí establecidas deben ser ciertas, en el sentido de determinadas o determinables. Desde luego, deben estar legalmente autorizadas y publicadas, habiendo sido fijadas por los procedimientos que la ley y reglamentos establecen.

Otro elemento que tradicionalmente se agregan a la tarifa como norma es la *equidad* en su determinación, expresando así su modicidad, justicia y razonabilidad; y la igualdad y uniformidad de las mismas.¹⁶⁸ Muchas de estas características son propias de servicios públicos estatales, de empresas que eran subvencionadas, que no recogen la

¹⁶⁶ DROMI, *op.cit.*, pág. 90

¹⁶⁷ SALAS HERNÁNDEZ, Javier. "Energía" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (editor). *Derecho Administrativo Económico*, Distribuciones de La Ley, Madrid, 1988 (impresión de 1991), Vol. 2, pág. 946

¹⁶⁸ BIELSA, *loc.cit.*

tarificación a costo marginal ni el marcado carácter privado que tiene hoy la propiedad de estas empresas prestadoras.

6. ¿QUÉ TIPO DE NORMA ES LA TARIFA?

Las tarifas de servicios afectos a regulación normalmente son fijadas a través de un decreto tarifario, un decreto supremo. La fijación de las fórmulas tarifarias se realizará mediante decreto de Minecon, expedido bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República",¹⁶⁹ salvo en el caso de las tarifas de telecomunicaciones, en cuyo caso es un decreto conjunto de Minecon y MTT, bajo idéntica fórmula.

Como decreto que es, debe cumplir con sus exigencias propias, esto es, el control de legalidad realizado a través de la toma de razón por parte de la CGR.

Excepcionalmente, las tarifas van incluidas en el mismo decreto de otorgamiento de la concesión, como ocurre en materia sanitaria (Art. 18, N° 6 LGSS) y de telecomunicaciones respecto a subsidios (Art. 17 Reglamento del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones).

En el derecho comparado, la tarifa históricamente ha sido establecida por ley, y posteriormente por la vía reglamentaria,¹⁷⁰ considerándosela también un derecho.¹⁷¹

¹⁶⁹ Art. 2 LTSS, Art. 30 J LGT, Art. 92 LGSE

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "Régimen Jurídico del Servicio Público y de la Empresa Pública en el Sector de la Energía", en UNAM/ SECRETARÍA DE ENERGÍA, *Regulación del Sector Energético*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Núm. 85, México, 1997, pág. 359; y MARIENHOFF, *op.cit.*, pág. 147

¹⁷¹ GÓMEZ GORDILLO, Ismael. "El Régimen de Precios y Tarifas en el Sector Público de la Energía", en UNAM/ SECRETARÍA DE ENERGÍA, *op.cit.*, pág. 257 y sgtes.

7. ¿EXISTEN LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA TARIFARIA PARA EL PRESTADOR?

Aplicando el distingo entre *tarifa-norma* y *tarifa-precio*, resulta dudoso afirmar que se pueda reconocer la existencia de derechos adquiridos respecto a tarifas antiguas (norma) y procedimientos de tarificación pasados, dada la naturaleza esencialmente temporal del acto jurídico que fija las tarifas son conforme el plazo establecido en las leyes.

Como precio, ingresa al patrimonio individual del prestador una vez creado el derecho por el decreto tarifario.¹⁷² Como consecuencia de ser una norma (decreto supremo), ella es de derecho objetivo, constituyendo la pauta, regla o escala de la que derivan derechos y deberes para los sujetos.¹⁷³

En sentencia de la Corte Suprema, conociendo de la apelación de un recurso de protección interpuesto por las empresas distribuidoras de electricidad de Santiago en contra de la CNE, indicó la Corte que "resulta necesario precisar que cada proceso de formulación de tarifas, tendrá una validez de cuatro años [según las normas de la LGSE], en la especie desde 1996 al año 2000, de suerte que no es posible alegar en esta sede proteccional, derechos adquiridos respecto de fórmulas tarifarias anteriores".¹⁷⁴

¹⁷² SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, Vol. 2º, pág. 211 y sgtes.

¹⁷³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Las Tarifas de los Servicios Públicos. Poder Tarifario, Poder de Tasación y Control Judicial*, IGO, Sevilla, 1976, pág. 124; citado por DEL GUAYO, *op.cit.*, pág. 236

¹⁷⁴ *Empresa Eléctrica Puente Alto, Compañía Eléctrica Río Maipo y Chilectra S.A. con Comisión Nacional de Energía*. Apelación de Protección, Cons. 4º, en RCD, Vol. 25, N° 1, pág. 219

Empresa Eléctrica Puente Alto S.A., una de las distribuidoras de electricidad, alegaba que en los procesos tarifarios de 1984, 1988 y 1992 ella había sido clasificada en el "área típica de distribución eléctrica 2", situación que responde a una cantidad de habitantes determinada y el cambio de la CNE de área por la de "área 1A" era arbitrario e ilegal al vulnerar su derecho de propiedad respecto a utilidades menores a las esperadas. La Corte Suprema acogió la defensa del ente regulador, que había sido rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago.¹⁷⁵

Por otra parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, estableció que la actuación administrativa del regulador durante un proceso de tarifación no alcanza a vulnerar el derecho de dominio de la empresa reclamante, por cuanto el "precio o tarifa que aún no ha sido fijado por la autoridad que es competente para ello, y que nace sólo con el decreto que expide el Señor Ministro de Economía al pronunciarse sobre el informe técnico definitivo".¹⁷⁶ Por lo tanto, del derecho tiene como fecha de nacimiento la de publicación en el DO, y es la fecha desde la cual puede impugnarse el acto terminal, pues sólo a partir de esa data se puede vulnerar el derecho de propiedad y materializarse la eventual lesión patrimonial.

Más recientemente, al pronunciarse la CGR respecto a la petición de los Ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción y Transportes y Telecomunicaciones, respecto a la eventual rectificación del decreto tarifario de una empresa concesionaria de servicio público de telefonía, se dictaminó con prístina claridad la situación de los derechos adquiridos y la certeza jurídica que rodean un proceso tarifario, en el sentido de que:

¹⁷⁵ *Idem*, Cons. 6° a 10°

¹⁷⁶ *Compañía Nacional de Transmisión Eléctrica S.A. con Comisión Nacional de Energía*, Cons. 7°, Recurso de Protección, I. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1888-1999

Asimismo, cabe tener en cuenta que, en armonía con lo señalado por la jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora, entre otros, en los dictámenes N°s. 22.221, de 1967; 10.230 de 1983 y 3.688, de 1992, los efectos de una eventual rectificación del referido decreto no pueden afectar los derechos que se hayan incorporado inequívocamente con anterioridad al patrimonio de terceros de buena fe, toda vez que la potestad de invalidación que tiene la autoridad que dictó la medida que se pretende invalidar o rectificar, se encuentra limitada por la necesidad de garantizar la certeza o seguridad de las situaciones jurídicas constituidas al amparo del respectivo acto administrativo.

Como consecuencia de la culminación del proceso tarifario en las condiciones señaladas, se ha producido una situación de certeza jurídica, que es especialmente necesaria en este caso, dadas la naturaleza y extensión de los efectos de la fijación de tarifas. La aludida certeza jurídica no puede ser alterada, sin que ello signifique un menoscabo de los derechos de las personas a quienes alcancen sus efectos, durante el período de vigencia de las tarifas.

Concluye el señero dictamen señalando que:

En armonía con lo anterior, cabe precisar que los actos administrativos que afinan un procedimiento reglado por ley, no procede que sean revocados o modificados por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.¹⁷⁷

De este modo, creemos que es dable afirmar que hay propiedad sobre la tarifa como retribución, y no hay tal dominio respecto a la tarifa como norma, esencialmente temporal.

8. LA RETROACTIVIDAD DE LAS TARIFAS NUEVAS

Aunque las fórmulas tarifarias se establecen por un lapso determinado de 4 ó 5 años, mientras no se dicten las nuevas tarifas, se establece

¹⁷⁷ D. N° 46234/01, CGR

que las antiguas perviven.¹⁷⁸ Con esta disposición se permite que las empresas que se sientan perjudicadas por las nuevas tarifas que aún no se han publicado, puedan interponer acciones, dilatando su duración. Ahora bien, mientras no se resuelven los recursos, los usuarios deben seguir pagando las tarifas antiguas. Con esta situación, las empresas obtienen utilidades más allá de lo previstas por la duración original del decreto tarifario anterior. No cabe duda que las empresas de utilidad pública están en su derecho al ejercer acciones, pero el conflicto surge respecto al uso de este procedimiento para alargar la duración de las fórmulas antiguas y postergar la vigencia de las nuevas.

El conflicto se ha planteó por los pagos excesivos que debían hacer los usuarios por la supervivencia de las tarifas, que no estaba contemplada en un comienzo en el decreto tarifario.

Los recursos interpuestos (como ocurrió en 1994 respecto al decreto que establecía nuevas tarifas para la CTC¹⁷⁹) aparecieron como un incentivo a los prestatarios para obtener mayores utilidades, dilatando su aplicación y castigando a los usuarios, que normalmente no van a interponer acciones para exigir la restitución del pago de lo no debido.

Como consecuencia de estos recursos dilatorios, en sendas modificaciones a las leyes sanitarias, eléctrica y de telecomunicaciones se alteró esta situación, estableciendo que las tarifas nuevas son retroactivas. Esta retroactividad entiende que las nuevas tarifas entrarán en vigencia a contar del vencimiento de las tarifas anteriores. Sin perjuicio de que las tarifas antiguas y sus cláusulas de indexación mantienen su vigencia mientras no se publique el nuevo decreto tarifario;

¹⁷⁸ Art. 115 LGSE, Art. 30 J LGT, Art. 12 LTSS

¹⁷⁹ El recurso interpuesto por la CTC en mayo de 1999 no puede verse como un incentivo para dilatar las tarifas, beneficiándose de la demora de su vigencia, sino como un medio para corregir ilegalidades en el procedimiento, en razón de que ya se había modificado la LGT en la fecha del recurso.

las empresas concesionarias deberán abonar o cargar a la cuenta o factura respectiva las diferencias producidas entre lo efectivamente facturado y lo que corresponda acorde a las tarifas que en definitiva se establezcan, por todo el período transcurrido entre el día de terminación de vigencia de las tarifas a que se y la fecha de publicación de las nuevas tarifas, o de aplicación efectiva de las mismas, según sea el caso.

Las reliquidaciones que sean procedentes serán reajustadas, vigentes a la fecha de publicación de las nuevas tarifas, por todo el período que medie entre la publicación de las tarifas nuevas y la fecha de término de vigencia de las antiguas. Estas devoluciones deben abonarse o cargarse en las boletas y facturas emitidas con posterioridad a la publicación de las tarifas, en el plazo, forma y condiciones que al respecto determine el Ministerio de Economía o la Superintendencia que corresponda.¹⁸⁰

Con lo aquí expuesto, cabe concluir que las tarifas rigen *ex tunc*, con vigencia para el pasado en los casos que la ley expresamente lo señale, y una retroactividad limitada al lapso que va desde la fecha de término de vigencia de las tarifas anteriores hasta la de publicación del nuevo decreto tarifario.¹⁸¹ Una vez publicada, obliga tanto a usuarios como a prestadores regulados.

9. EL PERJUICIO CAUSADO POR LAS TARIFAS FIJADAS

Como consecuencia de la tarifación de un servicio regulado, puede producirse para el prestador un perjuicio pecuniario que afecte su patrimonio. En esta situación se han colocado las leyes eléctrica y gasífera al disponer que en caso de que la empresa concesionaria con-

¹⁸⁰ Art. 12 LTSS, Art. 115 LGSE, Art. 310 Reglamento LGSE y Art. 30 J LGT

¹⁸¹ En una opinión diversa, MARIENHOFF, *op.cit.*, pág. 147

sidere que las tarifas fijadas por la autoridad causan perjuicio a sus legítimos derechos o intereses, puede recurrir ante la Justicia Ordinaria reclamando la indemnización correspondiente, sin perjuicio de los demás recursos que establece la ley.¹⁸²

Estas normas derivan de la obligación de responder por el daño causado, general del derecho, y que no puede marginarse del ámbito tarifario.¹⁸³

Sin perjuicio de lo señalado, los Tribunales han dejado sin efecto un acto administrativo que rechazó la solicitud de modificación tarifaria por la existencia de componentes adicionales en la prestación de tramitación de aguas servidas, disponiéndose que el Ente Regulador iniciará el procedimiento para la modificación tarifaria respectiva, por cuanto se impedía “de modo improcedente que por la vía tarifaria se puedan cubrir costos de explotación y otorgar rentabilidad a las inversiones de la reclamante, afectando ilegitimamente su patrimonio”.¹⁸⁴

D. CONSECUENCIAS DE LA TARIFA COMO PRECIO

Siendo la tarifa un "precio", podemos entenderla como *el dinero que el comprador da por la cosa vendida* (Art. 1793 CC).

¹⁸² Art. 94 LGSE y Art. 35 LSG

¹⁸³ Junto a la demanda de indemnización de perjuicios deducida por la empresa Telefónica CTC, en 2002, en contra del Fisco de Chile, ante el 3er. Juzgado Civil de Santiago, rol 720-02, pidiendo la reparación del daño que aquella estima en US\$ 274 millones por el decreto tarifario DS 187/99; tenemos conocimiento de dos juicios persiguen la reparación de perjuicios por decretos tarifarios, como son el juicio caratulado "*Chilgener c. Fisco*", rol 1044-96, ante el 27º Juzgado Civil de Santiago, apelación de sentencia definitiva rol 1223-2002, por un decreto que fija precios de nudo en octubre de 1996 y el juicio caratulado "*Codiner c. Fisco*", rol 58.212, ante el Segundo Juzgado Civil de Temuco

¹⁸⁴ *Empresa de Servicios Sanitarios del Libertador S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios*, Recurso de Reclamación, rol 5.575-99, RDJ, t. XCVII, 2000, Cons. 9º

Para nuestros fines, y adecuando los conceptos acá propuestos, sería *el dinero que el usuario da a la empresa de utilidad pública por el servicio prestado*. Pero este esbozo de definición es pobre al describir en forma mínima lo que es la tarifa, *precio* que puede llegar a cobrarse a millones de usuarios.

Como precio que es, a la tarifa debiera aplicársele supletoriamente las normas relativas al precio del CC y CdC en su caso,¹⁸⁵ reconociendo el tracto sucesivo envuelto en el contrato, junto a la legislación de defensa de la competencia y protección del consumidor.

Siendo los requisitos del precio en la compraventa tres; ellas son las características de la tarifa como precio, a saber:

1. Que consista en dinero;
2. Que sea real; y
3. Que sea determinada o determinable.

La CPC ha sido clara respecto al precio y sus condiciones, debiendo ellos ser "precisos, claros y públicos, debiendo estar por escrito a disposición de todos los interesados en comprar dichos productos".¹⁸⁶

Frente a la ausencia de alguno de estos tres elementos, que no hacen sino caracterizar al precio, su omisión acarrea la ausencia de precio, y por ende, la nulidad absoluta o inexistencia del contrato de compraventa. De igual forma, si no hay *tarifa-precio*, no hay contrato entre usuario y prestador.

¹⁸⁵ Arts. 1793 y sgtes., 1808 y 1809 CC; Arts. 139 y sgtes. CdC

¹⁸⁶ D. N° 467, CPC

Atendamos que el contrato ante el cual estamos presentes no es propiamente uno de compraventa, sino que uno distinto. El contrato entre usuario y empresa prestadora es conocido como un contrato de suministro,¹⁸⁷ aunque la doctrina lo denomine indistintamente contrato "de provisión de servicios públicos",¹⁸⁸ "de prestación de servicio público"¹⁸⁹ o "privado de suministro".¹⁹⁰ Este contrato presenta características distintas al de compraventa que es de una sola ejecución, presentándose por regla general como uno de tracto sucesivo o ejecución sucesiva en el tiempo,¹⁹¹ con las conocidas que produce la terminación de dichos contratos, vale decir, no siendo posible borrar los efectos ya producidos por el contrato, la nulidad y resolución de tal acto jurídico produce la terminación del mismo, a partir de la fecha que quede ejecutoriada la sentencia declarativa.¹⁹² Dado el número de personas que contratan el servicio con los prestadores, además es un contrato de adhesión, debiendo sujetarse a las leyes y reglamentos que rigen cada industria regulada.

Junto a los requisitos de la tarifa como precio, ya señalados, se considera que la tarifa fijada por la autoridad debe cumplir con las características del precio en un mercado competitivo; en palabras de la CPC: realidad, publicidad, no discriminación y ajustado a derecho:

¹⁸⁷ Arts. 10, 11, 25, 26 *et al.*, Reglamento del Servicio Público Telefónico

¹⁸⁸ BARROS, *op.cit.*, pág. 10

¹⁸⁹ DROMI, *Derecho Telefónico*, pág. 147

¹⁹⁰ Recurso de Protección Rol 20.020, en *Fallos del Mes*, N° 323, pág. 678 y sgtes.

¹⁹¹ Con la excepción de las llamadas realizadas en teléfonos públicos y centros de llamados, donde no hay contrato de suministro entre las partes, pese a haber tarifa, pues la prestación es única: una llamada

¹⁹² LÓPEZ SANTAMARÍA, *op.cit.*, pág. 102. Dicho autor estima que para el contrato de suministro, no obstante la ejecución sucesiva que haya tenido lugar, no habiendo norma expresa en el CC, nada impide que tenga efecto retroactivo la nulidad o resolución de dicho contrato. (Nota 143)

*los bienes y servicios que se transan en el mercado [deben tener] un precio real, público y no discriminatorio, de modo que cuando este precio o tarifa lo fija la autoridad debe tener, también, esas características y, principalmente, ajustarse a la Constitución Política de la República y a la ley.*¹⁹³

Junto a las cualidades de la tarifa como precio, sea o no regulada; si ésta es objeto de un proceso de tarificación, se desprenden de la legislación que rige las industrias reguladas dos elementos más: que ella es fijada por la autoridad, su carácter máximo, que la tarifa debe corresponder al servicio y su permanencia en el tiempo mientras esté en vigencia el decreto tarifario.

De este modo, las características generales de toda tarifa, libre o regulada, son que ella sea:

1. En dinero
2. Real
3. Determinada o determinable
4. Periódica
5. Pública
6. No discriminatoria
7. Ajustada a derecho

Existiendo también características especiales de la tarifa regulada, esta es:

8. Fija
9. Máxima
10. Correspondiente al servicio regulado
11. Permanente en el tiempo

¹⁹³ D. N° 515, p. 4º, CPC

1. LA TARIFA DEBE CONSISTIR EN DINERO

Es la obligación principal del consumidor pagar el bien o servicio suministrado, pago que consiste en una cantidad de dinero. Esta calidad de la tarifa también se aplica al monto que debe cobrar el prestador, que debe expresarse en una cantidad dineraria para que el usuario la pague por su consumo.

Al respecto, generalmente, el usuario se informa de la cantidad que debe pagar al recibir la boleta o factura de consumo, y el prestador informa al público del monto en dinero de sus tarifas por avisos en los diarios.

2. LA TARIFA DEBE SER REAL

Que la tarifa sea real quiere decir que exista realmente, habiendo una cantidad de dinero que se paga como tarifa. La seriedad dice relación con la correspondencia que debe tener, al menos en parte, el valor del servicio que se exigirá. Conocido por la doctrina como *precio serio*, nuestra *tarifa seria* no debe ser ni simulada ni ficticia y tampoco irrisoria.¹⁹⁴

Si lo real es aquello *que tiene existencia verdadera y efectiva*,¹⁹⁵ la tarifa será real cuando el precio refleje realmente el valor del servicio prestado que adquiere el usuario, cuando no hay subsidios cruzados de otros servicios al servicio prestado. Es real, en oposición a una tarifa falsa, no auténtica, que no refleje los costos del bien o servicio que se presta.

¹⁹⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compra-Venta y de la Promesa de Venta*, Soc. Imprenta - Litografía Barcelona, Santiago, 1917, Vol. I, pág. 332 y sgtes.

¹⁹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op.cit.*, pág. 1732

Respecto a lo irrisorio de la tarifa, ella no existiría si no hubiese proporción entre servicio y precio. Siendo muy desconsiderable dicha desproporción ella sería irrisoria, como podría ser una práctica de precios depredatorios o subsidios cruzados.

3. LA TARIFA DEBE SER DETERMINADA O DETERMINABLE

Lo normal en una venta es que el precio sea determinado por los contratantes (Art. 1808 CC), sean al caso usuario y empresa de utilidad pública. La tarifa está determinada cuando se señala exactamente su cuantía, indicándose la cantidad precisa que debe pagarse por el servicio prestado. Ahora bien, dada la permanencia en el tiempo de las tarifas, parece necesario que su monto sea determinable periódicamente.

Las tarifas de empresas de utilidad pública con servicios afectos a regulación de precios presentan elementos que las hacen ser *triplemente determinables*, tanto para la empresa como para el usuario. Este aspecto responde a una tríada de preguntas: para el proveedor, cuánto puede cobrar por sus servicios regulados y cómo determinarlo con el paso del tiempo; y cuanto es el monto que debe pagar cada usuario por los servicios que consume. A la empresa les son determinadas las tarifas mediante un procedimiento regulado en las leyes que determina sus tarifas al mediano plazo. A los usuarios se les determina lo que se les va a cobrar por la aplicación de índices a las fórmulas tarifarias de la empresa prestadora, y finalmente debe determinarse lo que pagan en función de su consumo real medido.

3.1. Casos de determinación libre entre contratantes

La determinación de la tarifa entre las partes del contrato de provisión ocurre en el caso de tarifas libres para grandes usuarios o en el caso de un mercado competitivo (Art. 29 LGT y Art. 34 LSG), donde

la determinación del precio quedará entregada a la negociación de las partes o al mercado, respectivamente.

3.2. Determinable mediante un procedimiento entre la empresa y la autoridad, para tarifas fijadas

En el caso de tarifas de servicios regulados, disminuida la posibilidad de negociar adecuadamente por parte del usuario, la determinación del precio queda entregada a la que haga un tercero, la Autoridad, con la empresa prestadora, mediante un procedimiento establecido en las leyes y reglamentos. En esta determinación sin la participación del usuario, viéndose representado por la Autoridad, ésta debe cumplir diligentemente su función determinante del precio. La empresa de utilidad pública vela por sus intereses en el proceso de fijación de tarifas, entonces la Autoridad vela por los usuarios en este proceso. Esta determinación periódica, o cuando las circunstancias especiales lo exijan, se realiza además, conforme a las bases de la concesión o las bases del procedimiento, establecido en las leyes. La determinación de las fórmulas tarifarias finaliza con la publicación del decreto, que deja determinadas y fijas dichas fórmulas por el plazo que las leyes señalen.¹⁹⁶

3.3. Determinable por la aplicación de índices a la fórmula tarifaria y por la medición del consumo que hace el prestador

La tarifa es determinable cuando las partes no la señalan en el contrato *y se limitan únicamente a fijar una base para proceder a su determinación*,¹⁹⁷ o al decir de nuestro CC, está determinación podrá ha-

¹⁹⁶ Si entendemos que la autoridad reguladora representa a los usuarios en los procesos de fijación de tarifas, ¿por qué permitirles participar en forma organizada si ya son representados? Esto se permite pues los usuarios que participan son un factor u opinión más, como lo es la empresa prestadora, al momento de resolver. Conversación del autor con Stephen BREYER, Santiago, Octubre de 1999.

¹⁹⁷ ALESSANDRI, *op.cit.*, pág. 341

cerse "por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen" (Art. 1808, inc. 2 CC). Ante la regulación de tarifas, podemos observar que ella es doblemente determinable. Primero es determinable al existir un procedimiento determinado al cual concurren la autoridad y la empresa, establecido en la ley y reglamentos, a través del cual se llega finalmente a un acuerdo respecto a las fórmulas tarifarias por un lapso determinado. En segundo lugar, luego de publicado el decreto tarifario, es determinable al necesitarse para determinar las tarifas que debe pagar el usuario al proveedor aplicar los índices correspondientes a las fórmulas tarifarias del decreto.

La determinación para el caso concreto de cada usuario, respecto a sus consumos individuales, se entrega a la determinación que hagan los instrumentos de medición que se dispongan para dicho fin por el prestador.

4. LA TARIFA ES PERIÓDICA

Como resultado del contrato de suministro, siendo este de ejecución continua en el tiempo, el pago de la tarifa es periódico en el tiempo. Dependiendo de sus consumos, el monto puede variar, pero su pago, como precio, es periódico.

No hay periodicidad respecto a aquellos servicios que son prestados una única vez, como son las llamadas telefónicas realizadas en teléfonos públicos, en las cuales no hay conexión permanente a una red.

5. LA TARIFA DEBE SER PÚBLICA

El precio, como pago que debe hacerse, requiere para quien lo hace un conocimiento de su monto exacto. Pero, aparte de esta informa-

ción mínima respecto a la cantidad dineraria para el cliente, terceros pueden querer acceder a dicha información, como pueden ser competidores actuales o eventuales y la autoridad.

Siendo servicios públicos dados en concesión, el prestador sustituye al Estado en la gestión, cumplimiento y satisfacción de cometidos públicos, teniendo la transparencia una suma importancia, pues así se garantiza la diafanidad del obrar público. La información posibilita una mayor protección de la propiedad, permitiendo controlar los gastos en materia de servicios prestados por una empresa prestadora. La información, que debe ser adecuada y veraz, permite al cliente saber qué consume, qué es lo que paga y por qué lo paga.¹⁹⁸

La publicidad de la tarifa comprende varios aspectos: el conocimiento de los usuarios de las tarifas que se les cobran y su actualización periódica; el conocimiento de la autoridad de tarifas entre clientes libres y prestadores; y la divulgación de los antecedentes utilizados en el procedimiento de tarifación.

5.1. Conocimiento y publicidad para los usuarios

Respecto a la información de las empresas que en su calidad de monopolio natural prestan servicios, ellas deben ser especialmente cuidadosas en la relación comercial con sus clientes. Este especial cuidado nace de la situación de monopolio que revisten, habiendo sido expresado este principio por la CR como que "la información a los usuarios no debe dejar lugar a duda alguna".¹⁹⁹

Con alcance mayor, la CPC expuso que "el precio y condiciones de venta de sus productos deben ser precisos, claros y públicos, debien-

¹⁹⁸ DROMI, *op.cit.*, pág. 160 y sgtes.

¹⁹⁹ R. N° 252, Cons. 2°

do estar por escrito a disposición de todos los en comprar dichos productos".²⁰⁰ A juicio de la CR, "el usuario tiene derecho a saber lo que se le cobra por el servicio que se le presta y la empresa tiene la obligación de proporcionarle la información".²⁰¹ A falta de estanterías y escaparates para hacer oferta de los bienes y servicios, las leyes consideran que se pone a disposición del público el precio mediante una publicación en los diarios.

La principal manera de conocer el monto de la tarifa que debe pagarse, junto al decreto tarifario y la publicación de tarifas actualizadas, es a través de la boleta o factura de consumo que recibe periódicamente el usuario o consumidor. Esta boleta permite al usuario saber perfectamente el precio del suministro contratado, y en el caso de empresas sin regulación, en el contrato de suministro. Esta información busca que haya una debida transparencia en el mercado, requisito esencial del funcionamiento de éstos.

Respecto a las tarifas reguladas, estas cumplen la exigencia de publicidad mediante la publicación del decreto tarifario en el Diario Oficial, una vez realizada la toma de razón del decreto por la CGR. La obligación de publicar es de origen legal, ordenándose expresamente la publicación del D.S. que fija tarifas en el órgano oficial de publicación de decretos, el DO, conforme las leyes especiales, y por ser de interés general de la nación el conocimiento del contenido del decreto, contener normas de general aplicación y afectar a un número indeterminado de personas.²⁰²

²⁰⁰ D. N° 467, CPC

²⁰¹ R. N° 250, Cons. 4°

²⁰² Art. 48 LBPA. SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, 4ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 226 y sgtes.

La obligación de publicar los precios de las tarifas, como parte integrante de la obligación de informar, debemos considerarla como un resguardo consecuencia de la posición dominante del prestador, de modo que todo el mundo conozca los precios del suministro del servicio.²⁰³

Incluso en casos de tarifas no reguladas, como es el caso del gas, existe la obligación de publicar en diarios o informar a los usuarios en las boletas de consumo de las variaciones en el nivel de las tarifas (Art. 30 LSG).

Otro tipo de publicidad que deben tener las tarifas es respecto a cada indexación tarifaria, exigiéndose que cada vez que ocurra, estos nuevos precios sean conocidos por el público mediante publicaciones en los diarios.²⁰⁴

5.2. Información para la autoridad

La tarifa debe ser conocida por la autoridad que la regula y fiscaliza, cuando ella es fijada.²⁰⁵

Respecto a las tarifas que contratan libremente grandes usuarios con prestadores ella debe ser conocida por la autoridad como un referente para la negociación que se hace con la empresa de utilidad pública.

²⁰³ STOBER, Rolf. *Derecho Administrativo Económico*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pág. 369

²⁰⁴ Art. 30 H LGT, Art. 11 LTSS, Art. 30 LSG, y Art. 104 LGSE

²⁰⁵ La CR, en su R. N° 508, ordenó la consulta y previa autorización de sus nuevos planes tarifarios y modificaciones de los mismos a las empresas concesionarias de servicios público telefónico móvil, bajo régimen de precios libres. Además, por dicha resolución se les ordenó "informar a esta [CR], dentro del plazo (...), de las modificaciones de sus planes tarifarios y modalidades de comercialización [de los planes antiguos]".

En el caso sanitario, el artículo 47 D LGSS indica que "[la prestación de servicio entre un prestador y un gran consumidor] se formalizará mediante contratos que deberán ser informados a la Superintendencia". ¿Aparece como una solemnidad del contrato de prestación la información a la SISS?

En materia eléctrica, es deber "de cada empresa (...) comunicar a la [CNE] la potencia, la energía, el punto de suministro correspondiente y el precio medio cobrado por las ventas a precio libre efectuadas durante los últimos seis meses, a cada uno de sus consumidores no sometidos a fijación de precio".²⁰⁶ La información que en este caso comunica el prestador regulado resulta esencial para la fijación de tarifas, en razón de que los precios de nudo que fije la CNE no pueden diferir en más de diez por ciento de los precios correspondientes a suministros no sometidos a fijación de precios. En ese sentido, se entiende que los precios de clientes libres son un eficiente referente para los clientes regulados, ya que ellos, por su tamaño, están capacitados de autogenerar electricidad en forma económica.

De la información comparativa de distintas empresas de utilidad pública, se puede establecer la "empresa modelo", que recoge las condiciones de mayor eficiencia de cada una de ellas, considerando también, las diferencias que encuentran en sus áreas de concesión. A este modelo conceptual se le conoce como "competencia subrogada", y persigue subsanar la ausencia de competencia en la industria, originando la fijación de precios, estableciendo una o más empresas ficticias, modelos o patrones de eficiencia, contra las cuales las empresas deben "competir", fijándoseles niveles de tarifas que aseguran cierta rentabilidad.

En la práctica, el modelo se construye partiendo de la comparación de costos entre empresas de similares características, que prestan el

²⁰⁶ Art. 101 LGSE

mismo servicio. La comparación de desempeño de las empresas se hace indispensable para que la autoridad participe del procedimiento de tarificación conozca y establezca los costos y calidades del servicio prestado, en un intento de romper lo que se conoce como "el monopolio de la información".²⁰⁷

5.3. Publicidad, transparencia y divulgación de antecedentes utilizados en el procedimiento de tarificación

A resultas de la publicidad de la tarifa para el usuario, distinta a la publicación del decreto tarifario, aparece la interrogante si puede hacerse público el procedimiento de tarificación y los antecedentes en él utilizados por la autoridad y la empresa regulada. ¿Cuánta publicidad debe haber respecto a estos datos? Creemos que sin publicidad, puede ocurrir todo tipo de faltas de transparencia tanto en el proceso como con los datos. ¿Cómo se vela contra la falsificación u omisión de datos? Conociéndolos y permitiendo la fiscalización no sólo por la autoridad, sino también por los usuarios, quienes pueden controlar e impedir la captura regulatoria, a través de la transparencia de los procedimientos y fundamentos de las decisiones.²⁰⁸

Las innovaciones en la legislación sanitaria permiten la publicidad al público interesado de las bases que sirven para el estudio para determinar las fórmulas tarifarias desde que los dispone el prestador (Art.

²⁰⁷ MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Mensaje de S.E. El Presidente de la República Con el Que Inicia un Proyecto de Ley Que Modifica Diversas Normas Relativas al Marco Regulatorio del Sector de Servicios Sanitarios*, Mensaje N° 675-330 (9-5-1995), Boletín N° 1592-09, pág. 5 y 6.

²⁰⁸ Al respecto, el *Informe Jadresic* propone "dar carácter público a toda información que haya servido de base para las decisiones reguladoras de la autoridad, con independencia de la jerarquía de los actos administrativos mediante los cuales éstas se lleven a cabo, salvo que en forma excepcional y por expresa disposición de la autoridad reguladora, de oficio o a petición de parte, se declare fundadamente la confidencialidad de determinados antecedentes". JADRESIC y otros, *op.cit.*, pág. 148

13 LTSS), como de los antecedentes utilizados por autoridad y la empresa, como una vez concluido el proceso; haciendo que "todos los estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas, incluidos los documentos que se mantuvieron bajo custodia notarial, serán públicos una vez concluido el proceso tarifario." (Art. 10 LTSS), debiendo la autoridad dar las facilidades necesarias para su conocimiento y reproducción (Art. 29 Ley SISS).

Tras la publicación de la ley N°19.653 ("Ley de Probidad") y de la LBPA, se estatuyó en el ejercicio de la *función pública* el principio de transparencia y publicidad, la cual permite y promueve el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de dicha función. A su vez, se estableció el principio de publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento, *directo y esencial* (Art. 13 LBGAE), o *directo o esencial* (Art. 16 LBPA). El mismo artículo 13 dispone que la aludida publicidad se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, como son las Superintendencias, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma.

La mencionada norma de la LBGAE consagra el derecho a requerir la información de los documentos o antecedentes antes mencionados, ante el servicio respectivo. El jefe del servicio requerido puede aceptar o denegar la petición, siendo las únicas causales para rechazar la solicitud de entrega de los documentos o antecedentes la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y for-

ma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Con posterioridad, se dicta el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, que reglamenta los casos de secreto o reserva.²⁰⁹ Este reglamento vino a definir los conceptos de documento, sustento o complemento directo, sustento o complemento esencial (Art. 3), que resultan necesarios para conocer el ámbito y alcance de la petición de información.

Seguidamente, los organismos que componen la Administración del Estado y que cumplen funciones en materia de tarifas fueron dictando resoluciones que declaraban los actos, documentos y antecedentes afectos a secreto o reserva, dentro de los cuales habían actos y documentos relacionados con procedimientos tarifarios en general,²¹⁰ y en materia eléctrica²¹¹ y de telecomunicaciones,²¹² en particular. Todas

²⁰⁹ DS 26 Ministerio Secretaría General de la Presidencia, D.O. 28-08-2001

²¹⁰ La Subsecretaría de Economía, mediante su RE 292, D.O. 13 de agosto de 2002, declaró como reservados o secretos, en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés público “Los antecedentes que sirvan de base a los procedimientos de fijación tarifaria que se encuentren en tramitación” (Art. 1º, 3).

²¹¹ Así, la SEC dictó su RE 532, de 12 de abril de 2003, que en su resuelto 2º, letra b), 4 establece que son actos o documentos reservados “Los actos administrativos, documentos y antecedentes dictados, presentados o acompañados que sirvan de base, respaldo o complemento a los procedimientos de Valor Nuevo de Reemplazo, de aumentos y retiros de instalaciones y de determinación de costos de explotación, reglados en Título IV del D.F.L. 1 de 1982, mientras se encuentren en tramitación”, y 5 “Los documentos indicados en el número anterior, aun después de terminada su tramitación de los procedimientos indicados, en la medida o en la parte que contengan datos personales sensibles”. La CNE, mediante su RE 562, de 2002, establece en su considerando d) que “en atención a lo indicado precedentemente, la presente resolución será aplicable, en lo que se refiere a los actos administrativos, sólo a aquéllos emanados de la [CNE] y no a los que deban ser aprobados mediante decretos del Ministerio de Minería u otro organismo del Estado, conforme a su Ley Orgánica y normas especiales del sector energía. En consecuencia, la publicidad de

estas resoluciones suscitaron un debate público respecto al acceso a la información que suscita una fijación de tarifas, e incluso, su modificación, favoreciendo un acceso y limitando el acceso a los datos “durante su tramitación” –sin perjuicio de la participación de terceros en los procedimientos- o bien a aquellos que dicen relación con los *costos reales* del prestador o antecedentes de sus clientes. Asimismo, se debió respetar los ámbitos de competencia de cada regulador.²¹³ Las reservas anteriores parecen pertinentes, pues el cálculo de tarifas se efectúa en base a una empresa modelada, y no real, por lo que la divulgación de antecedentes sobre la empresa *real* bien puede ser un secreto comercial, industrial o antecedente estratégico, no así respecto a la empresa eficiente. En otros casos, primó la regla general de publicidad, como por son los Informes Técnicos que deba elaborar la CNE para otros organismos públicos, como es el Minecon, efectuados para analizar técnicamente la estructura y nivel de los precios y tarifas bienes y servicios energéticos.

esos actos administrativos será regulada por la autoridad competente de esa Secretaría de Estado y organismos que corresponda.” Esto en atención a que los decretos de tarifas son dictados por Minecon.

²¹² Mediante la RE 178, de febrero de 2003, la SUBTEL enmendó su RE 935, de 2002, estableciendo que tienen el carácter de secreto “Los actos administrativos, documentos y antecedentes dictados, presentados o acompañados en el marco del proceso de fijación de tarifas contemplado en el Título V de la Ley, en la exclusiva medida de que ellos contengan datos o antecedentes referidos a los costos reales y efectivos que enfrenta la concesionaria objeto de la fijación tarifaria, o a las características particulares de la demanda de sus clientes. Todo ello, de conformidad con lo que dispongan las normas legales y reglamentarias que regulen el citado proceso de fijación de tarifas. En particular, revestirá el carácter de secreto el modelo tarifario presentado por el operador afecto”. Art. 1, 2, letra b).

²¹³ BLANLOT, Vivianne, NICOLAI, Christian y DIAZ, Alvaro. *Responsabilidad y Transparencia Tarifaria. Declaración Conjunta de Subsecretarios*. 23 de agosto de 2002

Para el caso que se ejerza la acción de reclamación de amparo de acceso de información, que señala el artículo 14 LBGAE, la jurisprudencia ha señalado que el único legitimado pasivo es el autor del acto administrativo, como son los Ministerios que dictan los decretos de precios máximos, toda vez que la publicidad del acto compete a la autoridad que lo dicta.²¹⁴

En materia de telecomunicaciones, el artículo 19 Reglamento que Regula el Procedimiento, Publicidad y Participación del Proceso de Fijación Tarifaria Establecido en el Título V de la LGT ha dispuesto la publicidad de los actos administrativos, documentos y antecedentes emanados de la Subtel, los Ministerios respectivos o la Comisión Pericial en el proceso de fijación tarifaria, encontrándose a disposición del público en general, una vez notificados. Así también se ponen a disposición los documentos de la concesionaria que deba presentar en cumplimiento de la ley y el reglamento. La publicidad también afecta la documentación o antecedentes de sustento, respaldo o complemento de los estudios e informes, con exclusión del modelo tarifario y los costos reales y efectivos que enfrente la empresa, o características de la demanda de sus clientes. Finalmente, cualquier cuestión que pueda dar lugar las solicitudes de conocimiento de documentos por parte de los interesados, no suspende los plazos establecidos para las actuaciones del proceso tarifario.

6. LA TARIFA NO DEBE SER DISCRIMINATORIA

Esta característica de las tarifas responde al principio general de no discriminación, que se acentúa en el caso de los monopolistas, que por su poder pueden discriminar a los usuarios que usan el servicio

²¹⁴ Colbún S.A. con Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía, rol 2961-2003, 10º Juzgado Civil de Santiago, Cons. 6º y 8º

con relativa impunidad, no por razones de costos diferentes, sino por motivos arbitrarios.

7. LA TARIFA DEBE AJUSTARSE A DERECHO

Las tarifas, en su determinación y aplicación, no sólo deben dar cumplimiento a las leyes y reglamentos que regulan cada sector regulado; sino que también deben respetar y dar cumplimiento a aquellas normas de otros ámbitos del quehacer jurídico. Las tarifas deben ceñirse a otras normas, como son las disposiciones de derecho privado, normas tributarias, y especialmente aquellas normas que regulan el orden público económico, contenidas en la CPR, DL 211 y en la LPC.

Además de la sujeción a leyes y reglamentos, la empresa de utilidad pública con regulación de precios debe ajustar sus tarifas a lo establecido en el decreto tarifario, ya sea que este establezca tarifas periódicamente o la fijación haya ocurrido en el decreto que otorga la concesión.

8. LA TARIFA REGULADA ES FIJA

La fijación de tarifas que se realiza mediante decretos tarifarios no sólo determina precios máximos para bienes y servicios por un período de tiempo señalado en la ley, sino que también fija las cláusulas de indexación, empresas reguladas, sistemas de tarificación, opciones tarifarias, facturación, fecha de vigencia de las tarifas, etc. La fijación que produce el decreto tendrá de vigencia la que señale la ley, o en su defecto, el mismo decreto.

Respecto a la fijeza que produce el decreto tarifario, la CR señaló que:

También ha quedado en claro que es el Presidente de la República, conjuntamente con los Ministros [MTT y Minecon] los que fijan las tarifas de telecomunicaciones, de modo que no queda "en manos de las empresas concesionarias lo que dice relación con la determinación del valor, la forma y oportunidad de su cobro, las condiciones en que se presta el servicio o modificar, cuando lo estimen conveniente, las áreas de tasación local" ²¹⁵

Una vez fijada las tarifas por la autoridad para el prestador regulado, ellas rigen para el período que señala la ley y en ese lapso sólo pueden ser indexadas y reajustadas conforme el modo que establecen leyes, reglamentos y el decreto tarifario.

9. LA TARIFA REGULADA ES MÁXIMA

La tarifa fijada por la autoridad tiene como una de sus principales cualidades ser máximas, vale decir, no pueden ser sobrepasadas por el prestador. Esta característica hace que dicho límite funcione como un tope del mayor precio que puede cobrarse por el servicio, de manera que vendedores o prestadores de los servicios no puedan exigir montos superiores.²¹⁶ El nivel máximo de precios fijado por el decreto tarifario respectivo, da libertad a las empresas reguladas para fijar las tarifas que deseen, ya sea por decisión unilateral de ellas o bien por convenio con usuario, siempre que éstas no excedan los valores fijados por la autoridad y respetando el principio de no discriminación respecto a los usuarios.²¹⁷

Como el precio máximo es el punto respecto al cual no puede excederse, el prestador regulado tiene frente a esta limitación en su dere-

²¹⁵ R. N° 364, Cons. 3°

²¹⁶ D. N° 4086/84, CGR

²¹⁷ D. N° 691, p. 8°, CPC

cho de propiedad un amplio campo de libertad, que permite a la empresa determinar precios menores al máximo.²¹⁸

Entendiendo este precio máximo como una frontera y no como un precio único que pueda cobrar el prestador, sólo se encuentra una justificación con competencia actual o futura en dicho mercado, pretendiendo captar más usuarios que se conecten a sus redes, ya que de lo contrario no podrían entenderse las razones de una empresa de bajar el precio de su servicio si no enfrenta competencia. De esta libertad los únicos que pueden verse realmente beneficiados son los usuarios, quienes ven como se les descuenta de las tarifas que tiene fijada la empresa prestadora por un lapso de varios años.

Sobre esta característica de las tarifas, la R. 611, en la 2ª prevención, el Sr. Undurraga se expresó como partidario de aclarar al ente regulador de las telecomunicaciones que el decreto tarifario

debe ser entendido como una frontera máxima a cobrar a los consumidores y clientes, pero debe permitirse, solo si el precio a pagar por consumidores y clientes es menor al actual del decreto tarifario, que alguno de los componentes de los planes alternativos puedan ser mayores a los establecidos en el decreto tarifario actual

Discrepamos con lo anterior, no en el sentido de frontera, sino que la tarifa es un precio máximo por servicio, no por actividad regulada. Esto se desprende del artículo 29 LGT, que dispone que el precio o tarifa es por los precios o tarifas a ser fijados, corresponden al servicio calificado por el TDLC.

²¹⁸ En materia de concesiones de obras públicas, el artículo 7 DS N° 900, de 1996, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.F.L. MOP N° 164 de 1991 que “Las tarifas ofrecidas, con su correspondiente reajuste, son entendidas como tarifas máximas, por lo que el concesionario puede reducirlas.”

Nuevamente el aspecto esencial de la tarifa, de ser un precio máximo por servicio, fue controvertido en la calificación de servicios para CTC del año 2003, justificado en lo que podríamos denominar la tesis referencial sobre la naturaleza de la tarifa. En dicha ocasión, se solicitó, por los Ministerios respectivos, a la CR, que ella ponderara la alternativa de permitir a las empresas dominantes ofrecer planes distintos al plan que contenga la tarifa regulada, constituyéndose este último en un plan de carácter referencial establecido con el fin de proteger al consumidor frente a los precios excesivos que pudiere cobrar la empresa dominante. Esta flexibilidad se aplicaría, con distintos resguardos, tanto respecto de clientes de menor consumo como de clientes de alto consumo. En otras palabras, la petición asume que hay consumidores que deben ser protegidos por la regulación y otros que no, que pueden negociar libremente sus precios. Además, y pese al tenor literal de la LGT, que podrían existir “clientes libres” de regulación de servicio público de telefonía, tal y como existe en materia de electricidad y gas. Quienes sostienen la tesis del precio como referente, señalan que, en el contexto de tarifas reguladas referenciales, no equivale a libertad tarifaria, por cuanto cada plan alternativo debe ser ofrecido a todos los usuarios en una misma categoría de un área tarifaria

es importante que una vez aceptada la necesidad de avanzar en el tema de la flexibilización de la empresa regulada, esta flexibilidad debe ser operativa, no dejando arbitrariedades que dificulten y que terminen haciendo letra muerta la intención del organismo antimonopolios de permitir grados de flexibilidad a la empresa dominante. Un punto central en esta línea es avanzar desde un régimen de tarifas máximas, únicas y excluyentes, a un régimen de tarifas referenciales, aplicables a la totalidad de las zonas primarias (...) la [LGT] contempla flexibilidad hacia abajo, ya que la empresa dominante puede aplicar tarifas inferiores a las reguladas, en términos no discriminatorios. Luego, si se desea avanzar en flexibilidad respecto a la oferta de planes, no resulta coherente continuar manteniendo el concepto

*de que las tarifas reguladas son máximas, se debe aceptar que las tarifas reguladas son un referente para el consumidor, las cuales siempre estarán disponibles para los consumidores.*²¹⁹

Realmente, la tesis referencial se reviste no sólo bajo el manto de la flexibilidad, sino también de una disconformidad con la legislación vigente, más evidente por la empresa regulada, siendo que, una ley sólo puede modificarse con una ley, y no con una resolución que debe calificar las condiciones de competencia en un mercado. Así, agregan los disidentes que “intentar flexibilizar la oferta de planes de la empresa dominante pero manteniendo el concepto de tarifas máximas es, en la práctica, hacer letra muerta la intención primera de flexibilizar”.²²⁰ En estricto rigor, y precisamente en un sentido opuesto, lo que se podía obtener era hacer letra muerta la LGT.

La controversia fue zanjada por la CR en forma categórica, cuando señala que la petición excede el ámbito de las leyes que confieren atribuciones a los organismos públicos que participan en la calificación y en la naturaleza misma de la tarifa regulada como precio máximo, como se desprende del claro tenor literal de la LGT, que señala que las tarifas definitivas determinadas tendrán el carácter de máximas.²²¹

Para el caso de clientes libres de servicios regulados, sus tarifas normalmente son menores a las de los regulados, pero nada obsta a que el precio que paguen sea mayor que el de los usuarios que carecen de poder negociador.

²¹⁹ R. N° 686, disidencia de los señores Rojas y López, 2° y 3°

²²⁰ *Idem*, 5°

²²¹ R. N° 686, Cons. 9°

9.1. Tarifas mínimas

Existiendo un límite máximo, que resulta de aplicar los índices que se indiquen a la fórmula tarifaria, ¿existe un precio mínimo que puede cobrarse? Un precio mínimo que opere como un piso, a partir del cual la empresa puede cobrar más. El mínimo es importante, ya que debemos evitar no sólo el abuso de los usuarios, sino la eliminación de competencia, lograda a través de políticas de precios depredatorios por alguno de los participantes en dicho mercado.

La fijación de tarifas mínimas por los tribunales antimonopólicos se justifica frente a conductas de precios dañosos en materia de precios, ya sea con o sin precios regulados, pero siempre en situaciones de varios competidores. En esos mercados un competidor intenta excluir a otros o bien aumentar su participación en dicho mercado.

Cuando exista una situación de precio máximo, resultante de una fijación de tarifas, y de precios mínimos, producto de una depredación en el mercado, la libertad se ve más limitada, ya que existen dos límites para los precios, uno máximo y otro mínimo, como un rango de precios, o una "banda de precios". En todo caso, esos límites son para aquella empresa que haya tenido un comportamiento depredatorio, no para el resto.

10. LA TARIFA CORRESPONDE AL SERVICIO REGULADO

La tarifa, como precio del servicio prestador, corresponde a dicho servicio. Al menos, ella es *proporcional*, en el sentido que debe guardarse correspondencia entre las prestaciones realizadas por el prestador y el usuario, conmutándose o compensándose entre sí el precio del bien o servicio y la prestación efectuada. Esta compensación es una "cuestión de hecho", que deberá tenerse en cuenta en

cada caso,²²² aunque naturalmente una desproporción entre un servicio y su precio puede obedecer dentro de sus causas a subsidios directos o cruzados. Para Bianchi, la proporcionalidad de la tarifa “está en relación directa con la cantidad y calidad del servicio recibido y el costo de ese servicio”.²²³

Esta proporcionalidad tarifaria se instrumenta, en el derecho comparado, bajo la sentencia de que las tarifas sean “*justas y razonables*”, donde lo justo se refiere a aspectos jurídicos, mientras que lo razonable alude al *quantum* de ellas (costos de producción del servicio y una tasa de rentabilidad adecuada, tasada y proporcional, cuando el servicio es regulado).²²⁴

Este rasgo de las tarifas reguladas, aparentemente evidente, conlleva varios elementos oscuros de nuestra legislación tarifaria, respecto a subsidios entre servicios.

10.1. Cobertura del servicio que es pagado por la tarifa

El decreto tarifario que fija los precios máximos por un período de tiempo a una empresa contiene diversos servicios con precios fijados. A cada servicio le corresponde una tarifa, que la estructura de los precios reflejará el costo de la prestación de cada servicio. Así, la tarifa pagada es el *precio del servicio básico prestado por el concesionario*. Recordando la R. 250, el prestador debe al usuario la información del monto de dinero que le cobra *por el servicio*. El co-

²²² MARIENHOFF, *op.cit.*, pág. 142 y sgtes. Eso sí, este autor rechaza de plano la igualdad matemática entre la prestación y la tarifa, bastándole una "discreta equivalencia" entre una y otra.

²²³ BIANCHI, Alberto B. *La Regulación Económica*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. 1, pág. 331

²²⁴ CASSAGNE, *op.cit.*, pág. 314, citando a BIELSA, Rafael. *La Locución Justa y Razonable en el Derecho y la Jurisprudencia*, Rosario, 1942

bro recae en el servicio que recibe el usuario, y de existir subsidios, tiene derecho el usuario a saber que el precio que paga cubre otros servicios.

La determinación de costos basados en la "empresa eficiente" es hecha con una empresa que exclusivamente ofrezca servicios sujetos a fijación tarifaria. A esta empresa se le determinan sus costos de inversión y explotación incluyendo los de capital, de cada servicio en dicha empresa eficiente.²²⁵ Hipotéticamente, una empresa podría prestar un solo servicio, que este fuera regulado y sus costos debieran satisfacer aquellos necesarios para la inversión y explotación del mismo a esta empresa "monoprestadora".

Incluso en casos de empresas de utilidad pública no sujetas a regulación de precios, sus tarifas requieren la existencia de una causa o base legal para su cobro,²²⁶ como reflejo de que los precios de los bienes o servicios que se transan en la economía representan los costos de producción involucrados.²²⁷ Ante regulación de precios, ellos malamente pueden ser fijados discrecionalmente, sin una contrapartida con los costos efectivos de cada servicio con fijación de precios.

10.2. Subsidios entre servicios

Tal como se enunció en el párrafo anterior, la tarifa pagada debe cubrir al servicio que recibe como contraprestación por la empresa.

Surge la pregunta si pueden financiar otros servicios, cubriendo el costo del servicio, más un poco de otro servicio.

²²⁵ Art. 30 A LGT

²²⁶ D. N° 873, CPC

²²⁷ D. N° 220, III, CPC

Diversas consideraciones, sobre todo sociales, pueden hacer que un servicio "financie" a otros servicios. O bien, que ciertos usuarios *ricos* financien a usuarios *pobres*, para que ellos puedan también acceder al servicio. Normalmente hecho con criterios solidarios, no puede olvidarse que también hay criterios políticos ocultos: los usuarios también votan. Estos subsidios entre servicios castigan el precio del servicio *subsidiante*, y disminuyen el precio del servicio subsidiado. De la razonabilidad enunciada más arriba, se quiere decir que los costos del servicio deben ser sufragados por los usuarios, no por los accionistas, ni por los contribuyentes, ni por la economía en su conjunto al recurrir a préstamos.²²⁸

Con los subsidios cruzados, ¿quiénes pierden? Sin duda todos aquellos que pagan más de la cuenta por un servicio que es considerado un lujo, y por ello puede financiar a otro servicio. Si el criterio es explícito, al menos la diferencia se hace pública, pero no por ello menos odiosa. En el peor escenario, la creencia de que servicios utilizados por ricos favorecen a usuarios pobres podría resultar contraproducente, ya que estos servicios suntuarios bien pueden ser usados permanente u ocasionalmente por pobres, con la consiguiente injusticia para éstos.

¿No es acaso el mercado un buen asignador de los recursos? Evidentemente que en situaciones de monopolios naturales, se persigue con la regulación de tarifas acercarnos, dentro de lo posible, a un precio de mercado. Pero tampoco debe olvidarse el deseo de incluir y hacer parte del desarrollo a comunidades e individuos que sin un subsidio no tendrían acceso posible.

En síntesis, la tarifa debe cubrir sólo los costos del servicio regulado, no otros.

²²⁸ ARIÑO, *op.cit.*, pág. 529

10.3. Situación de ausencia de servicio

Parece ser evidente que si no hay prestación, mal puede haber pago de la tarifa. Y esta prestación debe ser *efectiva*, siendo real la prestación, sea que la utilice o no el usuario finalmente.

Siendo la causa de la tarifa el servicio prestado, *a contrario sensu*, en ausencia del servicio, no puede haber tarifa cobrada. La ausencia de servicio puede producirse por diversas causas, como ser la no disponibilidad temporal del servicio, un servicio que no está funcionando al momento del cobro, etc.

En casos de suspensión, interrupción o alteración del servicio, por causas no imputables al usuario, no debe haber exigencia de tarifa. Así lo dispone la LPC, que impide al prestador realizar "cobro alguno por el servicio durante el tiempo en que se encuentre interrumpido", debiendo descontar o reembolsar al usuario el precio del servicio en la proporción que corresponda (Art. 25 LPC). Si ocurre una suspensión, paralización o no prestación del servicio de agua potable, alcantarillado, gas, energía eléctrica o teléfonos que no sea justificada, y si se hubiere pagado algún derecho de conexión, instalación, incorporación o mantención, el responsable puede ser sancionado con una multa de hasta 300 unidades tributarias (Art. 25 LPC).

Reconociendo cierto margen para el prestador, la LGT exige el descuento de la tarifa mensual de servicio básico a razón de un día por cada 24 horas o fracción superior a 6 horas de ausencia de servicio prestado, justificada o no (Art. 27, inc. 2 LGT).

10.4. Eventuales servicios gratuitos

La LGSS establece expresamente en su artículo 5, incisos 2º y 3º, que en la distribución de agua potable y en la recolección de aguas servidas "los usuarios finales [están] obligados a pagar un precio por

dicha prestación". De esta norma podemos colegir la obligación de pago de las tarifas, por ende, no puede haber gratuidad de tarifas. Este principio se refuerza más con el artículo 11 de dicha ley, estando las concesionarias "obligadas a cobrar y recaudar a los usuarios el valor de las prestaciones (...)", más aun, el artículo 56 LGSS expresamente niega tal posibilidad: "No existirá gratuidad para la prestación de los servicios salvo las otorgadas por las concesionarias o usuarios, sin distinción o discriminación alguna y a sus expensas". Por ende, si hay gratuidad (más bien, caridad), esta debe ser pagada por quien la entrega, el prestador. Además, dicho servicio debe ser entregado por la empresa sin discriminar en su generosidad respecto a los usuarios. La gratuidad del servicio aparece como poco eficiente, y es irredargüible que la gratuidad se financia a través de otro servicio, que sube sus precios para que otro *no tenga valor alguno*. En otros términos, no puede dejar de haber tarifa si hay servicio prestado.²²⁹

La existencia de servicios *realmente* gratuitos sólo puede darse ante un subsidio cruzado de servicios o usuarios a favor de los servicios que se entrega gratuitamente, financiando totalmente su costo.

Sí existen diversos servicios *aparentemente* gratuitos, al no pagarlos el usuario en forma mensual. Estos son los casos del alumbrado público y red pública de grifos de agua potable, que son pagados por las Municipalidades.

11. LA TARIFA TIENE PERMANENCIA EN EL TIEMPO

Fijada mediante el decreto tarifario, una vez que sea publicado, las fórmulas tarifarias tienen como plazo de duración aquel que les señale la ley respectiva, plazo de 4 ó 5 años.

²²⁹ El artículo 11 DS N° 900, de 1996, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.F.L. MOP N° 164 de 1991 dispone que "El concesionario no estará obligado a establecer exenciones en favor de usuario alguno."

Ordinariamente, dichas fórmulas tarifarias no debieran ser susceptibles de ajustes y modificaciones mientras estén vigentes. La vigencia de las tarifas puede verse alterada por tres hechos principales que motiven una revisión *ante tempus*: un cambio en las condiciones del mercado, que asegura un grado de competencia (declaración realizada por el TDLC); un cambio en las circunstancias que se tuvieron presentes al momento e realizar la tarificación, en aplicación del principio *rebus sic stantibus*, manteniéndose el equilibrio económico y financiero durante el lapso de la fijación y/o ejecución de la concesión, pudiendo las partes solicitar su revisión cuando las alteraciones de las circunstancias lo exijan; y la existencia de acuerdo para prorrogar las tarifas.

No obstante la permanencia señalada, ella corresponde a los precios máximos resultantes de las fórmulas tarifarias, ya que el prestador bien puede disminuir sus precios bajo el nivel superior.

E. CLASES DE TARIFAS

De las muchas clasificaciones que se utilizan respecto a las tarifas por la doctrina, muchas de ellas deben desaparecer debido a la privatización de las empresas prestadoras, y la existencia de competencia en mercados otrora monopólicos.

Dentro de las clasificaciones existentes tenemos las tarifas *proporcionales* (el precio varía en razón directa de la utilidad recibida); *diferenciales* (el precio unitario aumenta o decrece al superar el número de unidades de servicio requeridas); *graduales* (el precio varía con relación a grupos de unidades y no con relación a cada unidad) y *única*, cuando el precio no cambia al cambiar la cantidad demandada o distancia.²³⁰

²³⁰ FERNÁNDEZ VAZQUEZ, *loc.cit.*

1. Atendiendo la norma que las fija: decreto de otorgamiento de concesión, decreto tarifario y resolución judicial;

2. En atención a su regulación: libres y reguladas sólo por el ministerio de la ley y condiciones del mercado;

3. En atención al usuario: grandes consumidores, otras empresas de utilidad pública y demás usuarios;

4. En atención a su vigencia: generales y transitorias;

5. En atención a la existencia de subsidios: normales y especiales; y

6. Tarifas máximas y mínimas

1. ATENDIENDO LA NORMA QUE LAS FIJA

1.1. Tarifas fijadas por el decreto de otorgamiento de la concesión

Son aquellas tarifas establecidas por la autoridad al adjudicar la concesión de servicio público.

1.2. Tarifas fijadas por decreto tarifario

Estas tarifas son las establecidas periódicamente por la autoridad al prestador. Excepcionalmente en materia de gas de redes la norma es una resolución.

1.3. Tarifas fijadas por resolución judicial

Fijadas como medida precautoria por la autoridad antimonopolio, duran mientras sea necesario resguardar el peligro de los efectos de la práctica investigada en el mercado.

2. EN ATENCIÓN A SU REGULACIÓN

2.1. Tarifas libres.

Estas tarifas responden a la libertad que puede darse en un mercado competitivo, siendo ellas libremente determinadas entre usuario y prestador si ellos tienen un poder equivalente para negociar, o se fijan los precios según el libre juego de oferta y demanda en el mercado.

En algunos casos, las tarifas libres deben ser informadas a la autoridad, ya sea respecto a los precios cobrados a grandes consumidores de agua potable (Art. 47 D y 47 F LGSS) y electricidad (Art. 101 LGSE, el precio nudo sirve de referencia al precio de los usuarios); como en situaciones de precios libres al usuario en general (Art. 12 A LTSS). El deber de informar los precios libres a la autoridad de protección al consumidor fue una modalidad existente en el mercado eléctrico, conocida como de *precios informados*, derivada del Decreto N° 522, de 1973.²³¹

Excepcionalmente, puede haber precios libres en mercados monopólicos, como ocurre respecto a servicios anexos al suministro eléctrico, que responden más a una situación de abuso de la libertad que a precios competitivos o justos.

2.2.1. Tarifas reguladas por el sólo ministerio de la ley

Estas son aquellas que la ley no permite libertad de precios, bajo ningún respecto. Respecto a este tipo de tarifas, la ley establece el método-

²³¹ En el D.F.L. 4, de 1959 -antigua LGSE- aparece dicha obligación en el Art. 143. En Colombia, ese régimen se le conoce como de libertad vigilada es el "Régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia." Art. 14.11, Ley 142 de 1994

logía de tarificación en la ley. El motivo para impedir la libertad tarifaria puede ser un monopolio natural evidente para el legislador, lo conflictivo de la libertad tarifaria u otras externalidades. Dentro de esta categoría encontramos en materia de telecomunicaciones, los precios aplicados entre concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones por los servicios prestados a través de interconexiones (Art. 25 LGT). En materia de gas de redes, está la fijación de precios a las empresas de la XII Región (Art. 34 LSG).

2.2.2. Tarifas afectas a fijación previa calificación respecto a las condiciones del mercado a regular

La importancia del distingo radica en que aquellas tarifas sujetas a regulación por el sólo ministerio de la ley seguirán bajo el régimen de precios regulados hasta que la ley se modifique, mientras que los precios regulados en función de una calificación realizada por el TDLC pueden llegar a su fin o reanudarse en atención a las condiciones que presente el mercado.

Esta calificación previa ocurre en materia de telecomunicaciones (Art. 29 LGT), gas de redes (Art. 31 LSG), sanitaria (Art. 12 A LTSS) y eléctrica (Art. 90, N° 4 LGSE). EL artículo 107 bis LGSE contempla la calificación previa como método para descalificar de la tarificación.

3. TARIFAS EN ATENCIÓN AL USUARIO

3.1. Tarifas para grandes usuarios.

Estas tarifas, dada la cantidad del servicio que consume el usuario y su posición en la economía local o nacional, le permite negociar libremente sus tarifas con el prestador, en una condición de equilibrio. El tamaño del consumidor es tal que bien podría optar por

autoabastecerse del servicio que contrata en condiciones similares a las que ofrece el prestador. El derecho a negociar libremente tarifas de aquellos consumidores de gran tamaño lo permite la ley eléctrica, gas y sanitaria.

3.2. Tarifas entre empresas de utilidad pública

En esta categoría se incluyen las tarifas que se cobren entre prestadores de servicios que se presten entre sí, como son las interconexiones de redes, y eventualmente, generación o producción del servicio o bien regulado.

3.3. Tarifas para los demás usuarios

Bajo esta denominación hallamos a todos los consumidores del servicio que se encuentran bajo un régimen de precios fijados, o excepcionalmente en un sistema de competencia en dicho mercado.

4. EN ATENCIÓN AL TIEMPO DE SU VIGENCIA

4.1. Generales

Recogiendo el concepto usado en la ley de tarifas sanitarias,²³² son aquellas que las leyes establecen como aquellas que se aplican comúnmente a los servicios regulados, con plazos de 4 ó 5 años.

Excepcionalmente, las tarifas generales pueden resultar con una mayor duración, como es el caso de aquellas que se beneficien del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.²³³

²³² Art. 3, inc. 2º, LTSS

4. 2. Transitorias

Son aquellas que por su esencia regulan situaciones provisionales, ya sea por causa de los usuarios o de las empresas de utilidad pública. Estas tarifas suspenden la aplicación de las tarifas normales, ya sean fijadas o libres, según el caso.²³⁴ Este tipo de tarifas puede ser:

4.2.1. Tarifas transitorias fijadas por organismos antimonopolios

Este tipo de tarifas pueden ser máximas o mínimas. Correspondía a las Comisiones Preventivas fijar precios máximos dentro de su competencia correspondiente a bienes y servicios que fueran objeto de investigación, conforme el hoy derogado artículo 8, N° 2 DL 211. Estas tarifas máximas provisorias podían tener una duración de hasta quince días, plazo prorrogable fundadamente por la misma Comisión.

Actualmente, el TDLC, dentro de las facultades que le otorga el artículo 17 J DL 211, puede decretar como medida precautoria, en cualquier estado del juicio o aún antes de su inicio, por el plazo que estime conveniente, y con características de esencialmente transitorias y provisionales, precios mínimos o máximos de bienes y servicios objetos de investigación, como parte de las medidas cautelares necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas que conoce y para el resguardo del interés común. Estas tarifas provisionales pueden ser decretadas de oficio por la TDLC o a petición de parte. Estas medidas son decretadas con citación, pudiendo dar origen a un incidente. Las medidas se pueden modificar o dejar sin efec-

²³³ Art. 17, Reglamento del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

²³⁴ En la antigua Ley Eléctrica, se establecía la existencia de "tarifas provisorias", siendo aquellas que se podía autorizar su cobro por la autoridad, mientras se tramitaban las tarifas nuevas. Esta aprobación podía ser total o parcial del nuevo pliego que se tramitaba, según los antecedentes que tuviera la Comisión de Tarifas. Art. 147 D.F.L. 4, de 1959

to en cualquier estado de la causa. Para decretarlas, el requirente deberá acompañar al TDLC antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El TDLC, cuando lo estime necesario, puede exigir cauciones al actor particular para responder de los perjuicios que se originen. La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notifica por carta certificada, a menos que el TDLC, por razones fundadas, ordene que se notifique por cédula. En caso de que la medida se haya concedido en forma prejudicial, el Fiscal Nacional Económico o el solicitante debe formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el TDLC, contado desde la notificación de aquélla. En caso contrario, queda sin efecto de pleno derecho. Estas medidas pueden llevarse a cabo aún antes de notificar a la persona contra quien se dictan, siempre que existan motivos graves para ello y el TDLC así lo ordenare. Si no se notifica la resolución dentro de quinto día, las diligencias practicadas quedan sin valor, pudiendo en TDLC ampliar este plazo por motivo fundado.

4.2.2. Tarifas transitorias suspensivas

Este tipo de tarifa suspende la vigencia de las tarifas ordinarias, en razón de circunstancias especialmente dispuestas en las leyes. Para su determinación, la autoridad expide un D.S. que fija tarifas distintas a las que resultaron del proceso ordinario de fijación de tarifas, debiendo compensar a los prestadores afectados por dichas tarifas (Art. 3 LTSS y Art. 92 LGSE).

4.2.3. Tarifas de transición

Estas tarifas tienen un carácter provisional establecido en el decreto tarifario, que le establece una vigencia mientras dure la situación ahí señalada. Ejemplo de esto es las tarifas de larga distancia previas al

establecimiento del sistema de *multicarrier*, como transición del sistema de fijación de precios a uno de libertad (Art. 5, D.S. 95 MTT²³⁵).

Otro tipo de tarifas de transición son aquellas que obedecen a "rebalanceos tarifarios". El *rebalanceo tarifario* opera en sistemas en los cuales se pasa de un régimen de subsidios entre servicios o usuarios, a uno de precios acordes con los costos de prestar el servicio, en tarifas que gradualmente van alzándose hasta llegar a las tarifas definitivas.²³⁶ En nuestra legislación de telecomunicaciones se reconoce la existencia de dichas tarifas, viéndose progresivamente despojadas de subsidios cruzados, en el artículo 6 transitorio D.F.L. 1, MTT, de 1987:

Los concesionarios deberán ajustarse paulatinamente a las tarifas fijadas (...) dentro de un plazo máximo de 5 años a partir de la fecha de la primera fijación de tarifas. En este sentido, junto a la primera proposición de las tarifas definitivas, el concesionario deberá proponer un calendario de los ajustes y la magnitud de éstos que realizará dentro del período de vigencia de estas tarifas, hasta alcanzar dichas tarifas definitivas.

[Si], durante el período de transición, exista subsidio cruzado entre diferentes servicios, la velocidad del ajuste tarifario deberá ser consistente con la rentabilidad global de la empresa y por servicio que se deberá obtener bajo el régimen de tarifas calculadas de acuerdo al presente texto.

²³⁵ D.O. 4-5-1994

²³⁶ Respecto al rebalanceo de tarifas, *cfr.* DROMI, *op.cit.*, pág. 306 y sgtes.; REMON, Jesús y BUITRAGO, Ana María. "La Posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de las Telecomunicaciones" en CREMADES, Javier (coordinador). *Derecho de las Telecomunicaciones*, Ed. La Ley Actualidad S.A. - Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, pág. 847 y la exposición de motivos del Decreto N° 92, sobre rebalanceo de tarifas, de 30 de enero de 1997, Secretaría de Comunicaciones de Argentina.

4.2.4. Tarifas complementarias

A diferencia de las tarifas de transición, las complementarias son aquellas que se establecen como suplemento de las tarifas generales. Estas tarifas pueden originarse en dos hechos: tarifas para nuevas prestaciones, o para componentes adicionales de una prestación; y cuando el TDLC determine que algún servicio tiene características monopólicas y por tanto sea necesario fijarles tarifas dentro del respectivo período tarifario (Art. 12 A LTSS).

5. EN ATENCIÓN A LA EXISTENCIA DE SUBSIDIOS

5.1 Tarifas normales

Son aquellas que carecen de subsidios directos o cruzados, ni son objeto de "*rebalanceos tarifarios*". Las tarifas libres de subsidios presentan dos formas básicas: entre servicios (canastas de bienes y servicios) y entre consumidores (coaliciones de consumidores).²³⁷

5.2 Tarifas especiales

Son aquellas subsidiadas por el Estado, como son los casos de tarifas de telecomunicaciones beneficiadas por el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, las del artículo 92 LGSE y aquellas del artículo 3 LTSS.

²³⁷ Resolución 1460/98, Adóptase el Procedimiento de Documento de Consulta previsto en el Reglamento General aprobado por Resolución N° 57/96, a los fines de tratar el Documento sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia y Subsidios Cruzados. Secretaría de Comunicaciones, Presidencia de la Nación, República de Argentina

6. TARIFAS MÁXIMAS Y MÍNIMAS

6.1 Tarifas máximas

Se fijan precios máximos a aquellos servicios respecto a los cuales el prestador no puede sobrepasar dicho precio al ofrecerlo a los usuarios. Dicho precio máximo opera como techo del prestador, teniendo libertad de precio "hacia abajo".

El precio máximo es fijado en el decreto tarifario.

6.2 Tarifas mínimas

Se fijan tarifas mínimas en el caso de prestadores, con servicios sujetos a regulación o libres que haya que fijarles precios que sean un piso tras una conducta de *depredación* en los precios en el servicio que ha emprendido una política de precios irracionalmente bajos respecto a sus competidores.

La tarifa mínima es determinada por el tribunal antimonopolio, como medida precautoria.

TERCERA PARTE
TARIFAS Y LIBRE COMPETENCIA

TARIFAS Y LIBRE COMPETENCIA

Siendo la competencia y su ausencia el motivo principal para regular a las empresas de utilidad pública y en especial sus tarifas, deviene que sean los tribunales de la competencia quienes tengan un papel principal y fundamental en esta materia, junto a la autoridad de cada sector. De la competencia en la prestación de un servicio, pasamos a que su insuficiencia sea la causa de los precios regulados, ordenando su fijación o fomentando la liberalización de los mercados, y velando por la libre competencia en los procesos tarifarios y en el cobro de los precios a los usuarios.

La competencia pasa a ser un elemento transversal de la regulación de las empresas de utilidad pública, que a nuestro entender, mediante los tribunales antimonopólicos llevan a cabo tres funciones en el ámbito de las tarifas:

A. CALIFICACIÓN PREVIA DEL MERCADO

En esta función se incluye el pronunciamiento administrativo que realiza el TDLC respecto a las condiciones del mercado como requisito para fijar las tarifas. Dentro de esta labor *ex ante* de los órganos antimonopólicos, no puede omitirse la función *procompetitiva* que realizan, liberalizando mercados y sus precios al ser factible su prestación en condiciones de competencia. En ejercicio de sus funciones, debe observarse que los órganos del sistema antimonopolio han solicitado regular ciertos precios que se entregan en condiciones monopólicas y no están regulados.

B. VELAR POR LA LIBRE COMPETENCIA DE LOS PROCESOS DE TARIFACIÓN

Esta materia ha sido introducida expresamente en nuestra legislación de defensa de la libre competencia, por el artículo 70 LGSS, y responde a la revisión judicial de procedimientos de tarifación cuando se atente contra la libre competencia durante la tarifación.

C. TUTELAR LA COMPETENCIA Y A LOS USUARIOS RESPECTO A LOS COBROS ABUSIVOS QUE PUEDE REALIZAR EL PRESTADOR, YA SEA CON PRECIOS REGULADOS O NO

En materia de tarifas es siempre factible que los prestadores puedan realizar cobros ilegales y abusivos. Estos cobros son resultado del abuso del poder monopólico de la empresa prestadora del servicio, concesionario o no, o bien de infracciones en la aplicación de los precios fijados en el decreto tarifario.

Una posición simple y errada respecto a los cobros abusivos e ilegales sería considerar que la única trasgresión contra el usuario es que el prestador cobre un precio diferente del resultante de aplicar las normas del Decreto Tarifario.²³⁸

1. EL BIEN JURÍDICO DEL DL 211 Y LAS EMPRESAS DE UTILIDAD PÚBLICA

El artículo 1 DL 211 señala cual es el objeto y finalidad de la Ley de Defensa de la Libre Competencia: promover y defender la

²³⁸ En este sentido, incompleto para nosotros, ya que puede cobrarse un precio distinto al máximo del decreto tarifario. *Cfr.* QUILODRÁN SILVA, Pilar. *El Servicio de Agua Potable y la Protección al Consumidor*, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, 1991, pág. 194

libre competencia en los mercados. Si consideramos con Robert Bork que el bienestar de los consumidores es el objetivo final de la legislación Antimonopolios, como único valor legítimo, debemos admitir lo ambiguo que puede ser esta finalidad. ¿No es acaso el bienestar - el bien común- lo que persigue cada ley de la república bajo la Constitución que nos rige?²³⁹ Aunque así sea, el verdadero significado de este bienestar denominado "libre competencia" no es otro que el que la CR ha determinado:

*Que la finalidad de la legislación antimonopolios (...) 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 un 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.*²⁴⁰

Por otra parte, la "competencia", es aquel término de arte (concepto técnico) que representa el estado de cosas en que el bienestar de los consumidores no puede ser mejorado por una resolución judicial.²⁴¹

²³⁹ LANGLOIS, *op.cit.*, pág. 306, citando a Herbert HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, Horn Book Series, Student Edition, s/f

²⁴⁰ R. N° 368, Cons. 2° (énfasis nuestro). En los mismos términos, en R. N° 171, Cons. 5°, R. N° 90, Cons. 17°, R. N° 93, Cons. 16°, R. N° 99, Cons. 12°. En Argentina, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha interpretado que la lesión del interés económico tiene no sólo una dimensión de eficiencia, sino también de equidad, al manifestar que "*no son las transferencias de rentas en el sector empresario el objeto de la ley, sino la extracción de la renta de los consumidores que resulta de conductas anticompetitivas*". COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Memoria Anual 1997*, Buenos Aires, 1998, p. 3.1.

²⁴¹ BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, The Free Press, Macmillan, Inc., New York, 1993, pág. 51

Al contrario, "monopolio" y "restricciones a la libre competencia" son conceptos que describen situaciones en el que el bienestar de los consumidores puede ser mejorado a través de una decisión judicial; con lo que "monopolizar" o incurrir en prácticas monopólicas equivale a utilizar prácticas contrarias a ese bienestar de los consumidores. Si la situación de bienestar no puede ser mejorada por una resolución judicial, no se trata de una conducta contraria a la libre competencia, sino de otro tipo de problemas, como puede ser de distribución del ingreso.²⁴²

De la observación del bien jurídico protegido del DL 211, podemos colegir que los actos ilícitos se refieren tanto a la calidad, cantidad y precio del bien o servicio, que redundan en un empeoramiento de las condiciones e intereses de la comunidad.²⁴³

Para nuestros fines, cualquier acto que se refiera al precio del bien o servicio prestado por la empresa de utilidad pública, expresado a través de la tarifa o en su ejecución, es susceptible de alterar la libre competencia, si hay abuso de la posición que ostenta el prestador o una práctica concertada entre prestadores.

2. REGULACIÓN DE PRECIOS Y LIBRE COMPETENCIA

2.1. El monopolio, las tarifas y la libre competencia

El principio rector en materia económica en nuestro derecho, plasmado en nuestra ley fundamental, es la libertad de empresa, aquella

²⁴² LANGLOIS, *op.cit.*, pág. 297

²⁴³ Para un estudio sobre el bien jurídico del DL 211 *vid.* VALDÉS PRIETO, Domingo. *La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopólica*, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1992, pág. 95 y sgtes.

libertad para emprender cualquier actividad con un fin económico que no se oponga a las normas de la moral, el orden público o la seguridad nacional, siempre respetando las leyes que regulen dicha actividad. En dichas leyes reguladoras, muchas veces el Estado crea el marco jurídico para el mercado, determinando las reglas que rigen una industria. Luego, la CPR dispone que la actividad económica del Estado y sus organismos deba realizarse sólo de autorizarlo una ley de quórum calificado, y en tal caso, se ha de aplicar la legislación común. La CPR también garantiza la no discriminación arbitraria en el trato que otorga el Estado a los particulares, imponiendo la exigencia de una ley para conceder beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica.²⁴⁴ De estas normas se deduce que un particular puede desarrollar las actividades de prestación de servicio sanitario, de telecomunicaciones, de energía, u otros, siempre que cumpla los requisitos establecidos en la Constitución y las leyes. Así ocurre en las industrias en estudio en este trabajo, que mayoritariamente son de propiedad privada y las menos, y en extinción, de propiedad pública, como ocurre actualmente con las empresas de saneamiento por su privatización y atendiendo el principio de subsidiariedad. La actividad empresarial es el ejercicio de un derecho fundamental de la persona, reconocido por la CPR. Este reconocimiento, incluso en las actividades que acá nos preocupan, exige el reconocimiento de la titularidad privada del derecho sobre todos los sectores económicos.²⁴⁵

De la garantía constitucional que consagra la libertad de empresa se infiere a la competencia como el principio esencial de toda economía de mercado. Esta competencia libre es manifestación primordial de la libertad de empresa garantizada en la CPR. La defensa de la libre competencia no hace sino proteger la libertad de emprender cual-

²⁴⁴ Art. 19, N° 21 y 22 CPR

²⁴⁵ Cfr. ARÓSTICA, "De Espaldas al Estatismo...", pág. 108

quier actividad económica, aunque también la regule, le imponga límites necesarios para impedir que mediante ella se destruya con ataques la competencia, y en definitiva, se dañe a los consumidores.

Cotejando estas normas constitucionales con el DL 211, ésta dispone en su artículo 4 que

No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice.

En primer lugar, es necesario saber que ésta, como otras disposiciones del DL 211, tienen su origen en el Título V de la Ley 13.305. El texto actual del artículo 4 DL 211 tiene una redacción similar al del artículo 172 de la antigua ley.²⁴⁶

De la lectura del artículo 4, se deduce la prohibición legal de entregar un monopolio de cualquier industria a un particular por la vía administrativa,²⁴⁷ y se limita la entrega de un monopolio sólo por una ley habilitante, como sería el caso de los monopolios naturales. Este inciso encuentra mayor significado a la luz del considerando 4 DL 211, el cual comprende y permite que "cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden

²⁴⁶ Cfr. OPAZO BRULL, Ernesto. *La Comisión Antimonopolios y el Estudio del Título V de la Ley N° 13.305*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1962, pág. 47 y sgtes.

²⁴⁷ Recordemos que la CPR dispone la prohibición de que la ley pueda establecer un monopolio estatal sobre los medios de comunicación social, Art. 19, N° 12 CPR. También la Constitución prohíbe que sean los partidos políticos no podrán tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana (Art. 19, N° 15 CPR)

en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa". No es baladí que el artículo 4 prohíba "conceder monopolios", pues es a través de una concesión de servicio público que el Estado podría entregar un derecho como el de exclusividad que otorga el monopolio a un particular. Hecha la salvedad, debemos indicar que el DL 211 es una ley, y como tal puede ser derogada expresa o tácitamente mediante otras leyes.

Mas, ¿cómo puede entregarse un privilegio como es el monopolio de un mercado a un privado sin constituir una discriminación arbitraria a favor del particular y en contra de todos quienes desean llevar a cabo esa actividad económica? Tal como puede afirmarse que una ley que conceda un monopolio a un particular pueda ser eventualmente una discriminación infundada, una ley que autorice el abuso de un particular respecto a la libre competencia sería aún más reprochable, pues el derecho nunca puede amparar al abuso. Recalcamos el carácter eventual de los arbitrario de dicho privilegio, el cual puede ser injustificado, dependiendo de cómo se haya entregado la concesión al favorecido. Al menos, consideramos que de adjudicarse bajo una estructura competitiva (a través de licitaciones donde haya competencia *por* el mercado) y siendo necesario el monopolio privado, puede decirse que la concesión monopólica como discriminación, no es arbitraria. Arbitrario sería precisamente una concesión que beneficiara a un individuo sin una regulación previa, innecesaria, donde no se pueda participar en la adjudicación bajo igualdad de oportunidades, etc. Sin que se reconozca expresamente el monopolio, el Legislador imposibilitó legalmente la competencia en áreas que se superpongan empresas prestadoras de servicios sanitarios.²⁴⁸ Para otorgar esta exclusividad al concesionario, la LGSS dispone un procedimiento competitivo de adjudicación para nuevas concesiones de existir

²⁴⁸ Arts. 10 y 47 H LGSS. Al respecto, más en ALHUCEMA, *op.cit.*, pág. 22 y sgtes.

varios interesados,²⁴⁹ recayendo ella en la empresa que, entre otras características, ofrezca la menor tarifa.²⁵⁰

Las demás leyes sectoriales han avanzado progresivamente en facilitar la competencia de servicios, permitiendo la superposición de concesiones y la interconexión de redes entre empresas y careciendo de privilegios monopólicos de exclusividad. Incluso la LSG hace expresa mención de que la concesión de servicio público de gas "no constituyen monopolio" (Art. 14 LSG). Aun así, sólo la ley puede entregar a un particular el ejercicio de una actividad monopólica, siempre que dicho beneficio no se oponga a lo dispuesto en el artículo 19, N° 22 CPR, respecto a la no discriminación arbitraria. Un tratamiento similar al del monopolio en el DL 211 lo tiene el estanco, un monopolio de comercialización de ciertos bienes "estancados", considerándose delitos de contrabando y fraude aduanero a quienes los trafiquen ilegalmente.²⁵¹

Que el Legislador entregue el ejercicio de un monopolio para un privado, no lo faculta a abusar de dicha posición.²⁵² En tal sentido, nin-

²⁴⁹ Acá no sólo se regula el "acceso al mercado", como ocurre respecto con las concesiones de telecomunicaciones y energía (dado que se permiten superposiciones), sino que se reconoce un beneficio de exclusividad, regulándose el acceso en la adjudicación del monopolio.

²⁵⁰ La LGT dispone también que deba realizarse licitación de frecuencias cuando una norma técnica publicada en le D.O. que sólo permita otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto (Art. 13 C LGT)

²⁵¹ Cfr. R. N° 10, Cons. 9° y sgtes. También OPAZO, *op.cit.*, pág. 35 y sgtes.; y BARROS TOCORNAL, Fernando y URIBE CASASBELLAS, Enrique. *Estudio Práctico de las Normas sobre Defensa de la Libre Competencia*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, julio 1982, pág. 30 y sgtes.

²⁵² Para Ricardo Paredes, el DL 211 es aplicable y prevalece ante estas leyes sectoriales "cuando las conductas sobrepasen el espíritu de la ley específica", PAREDES, "Políticas de Competencia en Países sin Tradición de Mercado: el Caso de Chile", pág. 56

guna legislación debiera tolerar el abuso de posición dominante o monopólica

*[esto] no significa que la recurrente, bajo pretexto de ejercitar los derechos antes referidos, pueda vulnerar las disposiciones legales protectoras de la libre competencia, y esto porque ninguna ley que excluya a la [CTC] de las disposiciones del [DL 211]. Por el contrario, el legislador del [DL] antes referido, sólo en forma excepcionalísima, estableció en el artículo 5° del cuerpo legal en referencia los casos precisos a los que no sería aplicable el mencionado [DL].*²⁵³

Ahora bien, la sentencia reseñada conserva la doctrina que exceptúa de ciertos sectores del derecho la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.²⁵⁴ Tal como en esta resolución se reconoce que la empresa en situación de monopolio natural no puede abusar, parece reconocer situaciones en que el DL 211 permitiría el abuso. Esta creencia se tradujo en defensas que señalaban que

*un análisis objetivo de la conducta de [Chilectra] requiere un estudio previo del artículo 5° del [DL 211], en relación con la [LGSE], no puede ser objeto de sanción un concesionario eléctrico, aunque su conducta revista determinados caracteres monopólicos, pues el abuso de posición monopólica no puede coexistir con el acatamiento de normas contempladas precisamente por la legislación antimonopolios.*²⁵⁵

²⁵³ R. N° 65, Cons. 2°

²⁵⁴ *Vid infra*. Sobre el carácter de excepción de los casos descritos en el Art. 5 a las normas del DL 211, también en DEL BARRIO CORTEZ, Oscar. "La Tutela Administrativa sobre la Libre Competencia", en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. II, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, 1977-1978, pág. 164

²⁵⁵ Parte expositiva de la R. N° 281, en la que se estudia una conducta abusiva de la distribuidora de electricidad Chilectra. También, D. N° 119 y 234, CPC.

El énfasis queda manifiesto en la sentencia recaída sobre esta materia, en la cual la CR rechaza tal posición, y aplicó sanciones por la práctica abusiva y en perjuicio de los usuarios realizada por una empresa de las indicadas en el hoy derogado artículo 5 DL 211.²⁵⁶

En este mismo sentido, el DL 211 contenía una disposición que trajo cierta dificultad para interpretarla en su momento, pudiendo creerse que ella perseguía excluir de la jurisdicción antimonopólica ciertas leyes y reglamentos. La discusión sobre la exclusión de ciertas industrias o actividades económicas de la legislación de defensa de la competencia es plenamente vigente, pues dice relación con las fronteras entre la ley sectorial y la de la competencia, lo que se analiza latamente en el derecho comparado y es objeto de debate en nuestra doctrina. El artículo 5 establecía que:

Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial, a la minería, especialmente al petróleo, a la producción, comercio y distribución del salitre, yodo y cobre (...); las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales; las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores (...)

Como se lee, este extinto artículo efectúa una declaración de vigencia de un cúmulo de normas que podrían entenderse derogadas, entre otras, las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos, como son las empresas que prestan un servicio público, con o sin concesión. En estricto rigor, este precepto sustrajo de una eventual derogación tácita que la entrada en vigor del DL 211 hu-

²⁵⁶ La derogación del artículo 5 se produjo por estimarse que su contenido era innecesario, ya sea porque la materia está tratada en las garantías constitucionales del artículo 19 números 21, 22, 23, 24 y 25 CPR, que regulan el orden público económico, o porque su tratamiento ya está regulado en otros artículos del DL 211, en especial aquel que se refiere a las atribuciones del TDLC

biera producido respecto de ciertos cuerpos legales y reglamentarios que podían entenderse derogados por contravenir la Libre Competencia, pero que se consideraron necesarios para la buena marcha de la sociedad civil.²⁵⁷

Pero, en lo que nos interesa, el inciso 2º del mencionado artículo 5 contenía una regla especial en lo referente a la fijación de precios máximos:

Igualmente quedarán en vigor las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas, incluso aquellas que se refieren a la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento

Primitivamente se entendió que esta norma eximía de la aplicación del DL 211 ciertas leyes y sectores industriales específicos que perduraban, aunque lo que realmente quiere establecer el legislador es que dichas situaciones que permanecen vigentes no mantienen ni autorizan un comportamiento monopólico y abusivo de dichas personas. En un fallo se dispuso que este artículo "se limita a salvar la vigencia de determinadas normas legales o reglamentarias que, de no mediar esa salvedad, habrían quedado inexcusablemente derogadas con la publicación del [DL 211]".²⁵⁸ Este inciso también salvaguarda de la eventual derogación tácita a las normas que regulan la tarificación de precios, sean o no correspondientes a una empresa de servicios públicos. Similar objetivo se buscó por quienes sostenían la exclusión de la legislación antimonopolios de ciertas industrias reguladas, basados en el *principio de especialidad*, como principio general del derecho que resuelve conflictos normativos en atención a la

²⁵⁷ VALDÉS PRIETO, Domingo. "Legislación Antimonopólica y Distribución Eléctrica Concesionada", en *RDJ*, t. XCVIII, N° 3, 2001, pág. 73

²⁵⁸ R. N° 239, vistos 7, b)

especialidad de la materia. Este argumento fue rechazado por la CR, por cuanto en el ámbito de la libre competencia no sería aplicable, sólo en el caso que una disposición legal expresa excluyera del ámbito a una industria, toda vez que la libre competencia es un principio llamado a recibir una aplicación total de las conductas.²⁵⁹

El artículo 5 DL 211 no era en caso alguno una exención global de la aplicación del derecho de la competencia: permanecen las leyes y situaciones previas, se autoriza el monopolio sólo en la medida que el bien común económico lo requiera,²⁶⁰ pero no se permite el abuso.^{261 262} De este modo, no hay nada más alejado al derecho creer que la norma del artículo 5 establecía una verdadera patente de corso para los sectores "exceptuados" del DL 211, que les permitiera abusar de su posición dominical en el mercado.²⁶³

Las leyes sectoriales que no son derogadas por el DL 211 regulan precisamente la competencia en *un* mercado, cubriendo una competencia parcial (respecto a un mercado); mientras que el D.L. N° 211

²⁵⁹ VALDÉS, *op.cit.*, pág. 75 y sgtes.

²⁶⁰ VALDÉS, *La Discriminación...*, pág. 99, nota a pie de página 52

²⁶¹ STREETER, Jorge. *Apuntes de Clase Derecho Económico III*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1992

²⁶² La Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, España, que establece en su Art. 6º, N° 3 que "Se aplicará también la prohibición [de explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional] a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal.", en conformidad al artículo 82 del Tratado de Roma. En similares términos, el Art. 16, Parágrafo Único, Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, Venezuela

²⁶³ El Art. 6, inc. 2º LGT dispone una norma similar respecto a la legislación sectorial y de la libre competencia: "Le competará además [al MTT, a través de la Subtel], exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos especiales creados por el Decreto Ley N° 211, de 1973."

vigila la competencia y eficiencia en *los* mercados, abarcando la competencia en forma integral. Estas leyes sectoriales protegen bienes jurídicos diversos a la competencia, como son la fe y salubridad pública, propiedad intelectual y otros. La frontera entre una ley que regula una industria, como son las de utilidad pública, y la Ley Antimonopolios no es un tema concluido, y afirmar que ésta persigue las prácticas contrarias a la libre competencia y aquellas no, presenta matices que deben ser resueltos en su oportunidad respecto a cada ley y conducta prohibida.²⁶⁴

No obstante la actual justificación económica de nuestra regulación de precios, basada en la falta de competencia y presencia de monopolios naturales, la CR ha apoyado la eventual fijación de precios como respuesta a una práctica monopólica luego de una autorización de fusión²⁶⁵ –en otras palabras, un aumento convencional de la participación en el mercado, como fue respecto a la integración horizontal de dos empresas que no constituyen monopolios naturales, como eran las empresas de confites Hucke y McKay:

*Que, finalmente, cabe tener en consideración que cualquier abuso que en materia de precios pudiera cometerse por parte de una empresa con participación mayoritaria en el mercado, puede ser corregido haciendo uso la autoridad de sus facultades para fijar precios al o los productos que ella elabora, en conformidad con la legislación actualmente vigente*²⁶⁶

²⁶⁴ Así por ejemplo, en México "Se busca la frontera de la legislación del sector regulado particular, con la legislación de competencia. Aquellos actos no expresamente contenidos en la legislación del sector regulado que sean violatorios de la Ley de Competencia, son sujetos de la ley". LEVY, Santiago. "Notas Sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica", en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, UNAM, México, 1994, pág. 73 y Art. 4 Ley Federal de Competencia Económica, México

²⁶⁵ Una situación idéntica de justificación de la regulación por infracción a la ley, *infra* en R. N° 148, Cons. 12°

²⁶⁶ R. N° 86, Cons. 8°

En la legislación comparada, las empresas de industrias reguladas no quedan ajenas al derecho de la competencia, pese a las leyes que legislan cada mercado

*Salvo por lo dispuesto por las normas legales sectoriales respectivas, las empresas y demás entidades que realicen actividades en los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y de otros sectores que fueran incorporados a los alcances de la presente ley, adecuarán sus actividades a principios que garanticen la libre competencia, evitando actos que la impidan, restrinjan o distorsionen.*²⁶⁷

La relación entre fijación de precios y la libre competencia es tal, que el inicio de la regulación se sujeta a la inexistencia de competencia; y el fin de las tarifas fijadas, a la suficiente competencia existente en materia de precios. Como veremos más adelante, en este sentido la competencia es el *límite*, también en el derecho comparado:

*La Administración Pública puede regular los precios de bienes y servicios sólo en situaciones de excepción, en forma temporal; en tal caso, debe fundar y motivar apropiadamente esa medida. (...) Para el caso específico de condiciones monopolísticas y oligopolísticas de bienes y servicios, la Administración Pública regulará la fijación de los precios mientras se mantengan esas condiciones. Los bienes y servicios sujetos a la regulación [de precios] deben fijarse por decreto ejecutivo, previo parecer de la Comisión para promover la competencia acerca de la conveniencia de la medida. En ese decreto, se debe establecer el vencimiento de la medida cuando hayan desaparecido las causas que motivaron la respectiva regulación, según resolución fundada de esa Comisión, que debe comunicarse al Poder Ejecutivo para los fines correspondientes.*²⁶⁸

²⁶⁷ Art. 15 Ley 1600, de 28 de Octubre de 1994, Bolivia

²⁶⁸ Art. 5 Ley 7472 Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor, Costa Rica

Siguiendo con el análisis anterior, una materia relacionada, y que merece especial atención, es la separación de las competencias de los órganos reguladores sectoriales y los del sistema de tutela de la competencia. Esto, por cuanto no parece clara ni rigurosa la definición actual de cada organismo, delimitando la frontera de cada cual. Si tenemos en cuenta que a través de instrucciones generales el TDLC puede entrar de lleno a regular una industria que ya está regulada, se puede producir una descoordinación indeseable entre órganos públicos y sus fines particulares.²⁶⁹ La falta de claridad, o la *invasión* en la competencia de otros órganos, puede ser pernicioso en las responsabilidades de los reguladores, sean administrativas o extracontractuales, que acaten resoluciones o dictámenes que escapen a las atribuciones de cada cual. Idealmente, cada servicio debiera ajustarse en su actuación a los límites de su competencia, sin más que las concedidas por el ordenamiento jurídico (Art. 2 LBGAE).

Para conocer la razón de ser de las legislaciones interventoras de mercados, que de algún modo marquen los lindes para acotar el análisis, se propone que, en el llamado *derecho administrativo económico*, sea donde la regulación emanada de la Administración del Estado se fundamenta en que la libre competencia no gobierne en un mercado determinado, en razón de estructura u otra circunstancia. Y, que en el caso de la legislación antimonopolios, se descansa en el supuesto que sí puede haber libre competencia en un mercado relevante deter-

²⁶⁹ Ejemplo de esta situación son las *instrucciones generales* contenidas en las R. N° 488, 620 y 667, de la CR, y que dicen relación con las licitaciones de suministro eléctrico por empresas concesionarias de servicio público de distribución. A su vez, la norma reglamentaria que las rige es el artículo 240 Reglamento LGSE, fiscalizado por la SEC. Una situación relacionada con la falta de contratos de suministro entre generadoras y distribuidoras eléctricas, motivó una divergencia en el CDEC-SIC, resuelta por el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, RE 88, de mayo de 2001, por la cual se ordena el suministro de energía eléctrica para un concesionario sin contrato con un generador.

minado, siendo necesaria su tutela de los competidores actuales o potenciales. Coincidimos con Valdés, en el sentido que “ninguno de tales sistemas regulatorios es hermético o estanco”, porque la regulación estatal no es exhaustiva y deja siempre espacio para la coexistencia de legislación sectorial, antimonopolios -y de protección al consumidor, podemos agregar. Así, existe una subordinación múltiple del agente privado a diversos órganos, reguladores y antimonopolios.²⁷⁰ Lo anterior, no obstante, no impide que se produzcan traslapes entre regulaciones y actuaciones de órganos públicos, que debieran ser enmendados por unos y otros, o bien, actuar derechamente coordinados, conforme el principio de coordinación, cumpliendo sus cometidos coordinadamente, propendiendo a la unidad de acción, evitando duplicación o interferencias en sus funciones (Art. 5 LBGAE).

La confusión que existió respecto a la aplicación del derogado artículo 5 DL 211 sobre las normas para servicios públicos concedidos, fue resuelta por la CR,²⁷¹ al aclarar que continuaban vigentes las normas sobre concesiones de servicios públicos y las condiciones que la autoridad pertinente impusiera para el funcionamiento de un servicio público concedido, no significa que los actos de los concesionarios queden ajenos al ámbito de aplicación de la legislación antimonopolios.²⁷² Posteriormente, este criterio es precisado, rechazando

²⁷⁰ VALDÉS PRIETO, Domingo. “Legislación Antimonopólica ...”, pág. 70

²⁷¹ R. N° 69. En Estados Unidos, resuelta en *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973) El mismo principio rige bajo el Tratado de Roma, que en el Art. 90, N° 2 dispone (actual Art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea): "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad." ELIZONDO, *op.cit.*, pág. 242, pie de página 5°

²⁷² D. N° 237, CPC

la eventual facultad de los organismos antimonopólicos para pronunciarse sobre el precio del servicio controvertido entre la empresa y sus usuarios, "no pudiendo determinar ni calificar dichos cobros, cuya apreciación está entregada al conocimiento y resolución del citado Organismo técnico especializado".²⁷³ La especificación de la facultad de los organismos monopólicos recae sobre la imposibilidad de determinar la procedencia de los cobros, su monto y otras exigencias, que son propias de la autoridad de cada sector.²⁷⁴

Se ha hecho hincapié por los tribunales antimonopólicos que, pese a la competencia de otros órganos (SEC, SISS, Subtel, CNE), "dado el carácter de monopolio natural que tienen las empresas productoras y/o distribuidoras (...), no cabe duda que están sometidas a la supervisión de los organismos creados por el [D.L. N° 211]",²⁷⁵ únicos organismos que la ley les ha entregado el conocimiento y fallo de las conductas que puedan constituir atentados a la libre competencia.

En un sentido similar, se ha dejado sin efecto multas impuestas por el Fiscalizador sectorial por cuanto éste era incompetente para pronunciarse respecto de conductas relativas a la libre competencia.²⁷⁶

La CR ha expresado que sin perjuicio de la fiscalización de los organismos respectivos, el sólo hecho de que haya una única empresa de distribución eléctrica, constituyéndola como fuente exclusiva de prestación del servicio, "otorga a esta Comisión competencia bas-

²⁷³ D. N° 661, 5.2, CPC; confirmado por la R. N° 319

²⁷⁴ Eso sí, este dictamen recae sobre cobros que eran "aportes" a una concesionaria, más que ser tarifas.

²⁷⁵ D. N° 793, p. 10.1, CPC En el mismo sentido, D. N° 798, p. 11, CPC; D. N° 878, p. 5°, CPC En un sentido similar, R. N° 148, Cons. 3° y 4°

²⁷⁶ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos *Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. contra Ministro de Transportes y Telecomunicaciones*, rol 6994-2000

tante para juzgar si incurre en abusos de posición monopólica"; abusos que la Comisión estima que no puedan ser justificados por razón alguna.²⁷⁷

La competencia de los órganos de defensa de la libre competencia alcanza un nivel eventual respecto a aquellas situaciones cuando la autoridad de los sectores de telecomunicaciones, gas, electricidad o agua potable conozcan materias en las que pueda estar involucrada la aplicación de la legislación antimonopolios, sería imperativa la puesta en conocimiento de los tribunales de defensa de la libre competencia, antes de ser resueltas por las autoridades sectoriales.²⁷⁸

Ejemplos de esta superposición de competencias podemos encontrar en la jurisprudencia, en materia de tarifas, respecto a la fiscalización del artículo 30 H LGT. Una primera resolución administrativo-sancionadora, acepta la competencia del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones y circunscribe la atribución competitiva sólo a la calificación de los servicios afectos:

sin perjuicio de que esas mismas conductas puedan tener consecuencias en otros ámbitos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico y respecto de las cuales debe emitirse la correspondiente resolución por los órganos competentes respectivos. (...) debe precisarse que el mentado artículo 29º otorga a la [CR] la única atribución de efectuar una calificación expresa en cuanto a las condiciones del mercado (...). Agotada entonces dicha atribución, el mencionado órgano carece de toda competencia para fiscalizar el cumplimiento del referido decreto tarifario, salvo en aquello que implique infracción a las normas del [D.L. N° 211] (...) la aseveración de la afectada en orden a la carencia de atribuciones en este sentido, redundando en el hecho de que, en la práctica, no existiría organismo competente para fiscalizar el cumplimiento del citado

²⁷⁷ R. N° 281, Cons. 3° y 5°

²⁷⁸ R. N° 292, Cons. 10°

*decreto tarifario o de la norma dispuesta en el artículo 30 H de la ley, puesto que, además de lo ya señalado, una aplicación discriminatoria de las tarifas por parte de la empresa dominante no necesariamente significará un atentado a las normas de protección de la libre competencia.*²⁷⁹

Otra sentencia, al conocer del reclamo ante la Corte de Apelaciones en contra del MTT, ésta ratifica el criterio del fiscalizador sectorial sobre la competencia:

*no es dudoso que corresponde al [MTT], de acuerdo a las normas que regulan sus facultades, velar por el cumplimiento de las normas que reglamentan el área de las telecomunicaciones, para cuyo efecto puede fiscalizar a los entes que prestan los servicios respectivos, constatar las infracciones que se produzcan y disponer las sanciones del caso (...) en el caso de que se trata se ha comprobado la existencia de una aplicación discriminatoria de las tarifas asignadas por la apelante a un determinado tipo de conexión, respecto de ciertos usuarios del servicio. Esto no constituye, a la luz de los antecedentes, un caso de posición monopólica u otra similar, de lo que pudiera derivar una eventual incompetencia del Ministerio referido.*²⁸⁰

Finalmente, otro fallo, sobre la misma materia, de la misma Corte, desconoce la competencia sectorial, y admite exclusivamente la de los órganos de la competencia.²⁸¹

²⁷⁹ Rol 33673/97, y *Ministro de Transportes y Telecomunicaciones contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.*, Cons. 9.1, confirmada por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso Corte 6997-00

²⁸⁰ *Compañía de Telecomunicaciones S.A. contra Ministro de Transportes y Telecomunicaciones*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol Ingreso Corte 7960-2000, Cons. 2° y 3°

²⁸¹ “de acuerdo con los antecedentes que obran en la causa la conducta asumida por la compañía reclamante, consistente, como ya se ha manifestado, en haber ofrecido la prestación gratuita de una conexión de línea telefónica a cada uno de los propietarios de un edificio en construcción en la ciudad de Antofagasta, constituye un obrar de naturaleza eminentemente económica, que pudiera interpretarse como tendiente a posesionarse de un determinado sector de la telefonía (...) En tal perspectiva y de estimarse que la forma y contenido de la actuación de la compañía telefónica

Como se aprecia, la jurisprudencia no ha establecido un criterio uniforme que deslinde competencias, más aún cuando existen vasos comunicantes. Para la calificación de las condiciones de competencia y los procedimientos de fijación de tarifas, la CR ha dispuesto que las leyes especiales establecen las facultades no sólo de ella, sino de los órganos de la Administración:

*Que es opinión de esta Comisión, que no procede acceder a dichas peticiones, atendido lo dispuesto en el Título V de la LGT, en particular, sus artículos 29, 30 y 30 H, que establecen tanto las facultades de esta Comisión Resolutiva como la de los Ministerios en esta materia y el carácter de tarifa máxima de la tarifa regulada;*²⁸²

En sentido similar, el voto de los Ministros Kokisch y Valdés en la R. 686, de no pronunciarse en una petición del regulador sobre planes tarifarios alternativos, pues es una cuestión administrativa, y no existe texto legal expreso que autorice al Tribunal para *intervenir en su regulación*.

Pero más aclaratorio es lo dispuesto en la R. 548, por la cual la CR, al conocer sobre un asunto tarifario en la industria de las telecomunicaciones, expuso su ámbito en el considerando 5 que:

de conformidad con las normas contenidas en la Ley General de Telecomunicaciones, no corresponde a esta Comisión intervenir en la fijación determinada de tarifas a los concesionarios y sus modalidades

configura la aludida conducta, su conocimiento y fallo corresponde a la [CPC y CR], de conformidad con lo dispuesto en (...) [el DL 211], y no al [MTT].” *Compañía de Telecomunicaciones S.A. contra Ministro de Transportes y Telecomunicaciones*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol Ingreso Corte 6994-2000, Cons. 3°

²⁸² R. N° 686, Cons. 9°

Este razonamiento, por razones de igualdad del razonamiento jurídico, podría repetirse en los demás asuntos tarifarios, por cuanto las leyes especiales sólo contemplan la intervención del TDLC en la calificación de la competencia existente respecto al listado de servicios, no en otros asuntos relativos al procedimiento administrativo de fijación de precios.

2.2. La tarifa fijada, la libre competencia y la competencia subrogada

Un asunto crucial a resolver en este trabajo en la materia de las tarifas y el derecho de la competencia es precisamente respecto a la incompatibilidad entre la fijación de precios de empresas de utilidad pública y una eventual aplicación del D.L. N° 211. Decimos esto porque la solución estatal de las tarifas determinadas por el Estado parece en esencia una restricción de la libre competencia y que se salva de dicha calificación sólo por expresa mención que la excluye de la ley. Siendo así, sería una fijación o imposición de precios a un productor, práctica que estaba dentro del catálogo de ilícitos que hubo en el D.L. N° 211.

Que los precios sean determinados libremente es un principio general de los mercados, por el juego libre existente entre la oferta y la demanda. Esta libre determinación de los precios se traduce, para efectos de las empresas de utilidad pública y de esta obra, en un mercado de agua potable, energía o telecomunicaciones, que se desarrolle en condiciones de competencia tales que hayan precios libres, no fijándose precios por autoridad alguna. Es una situación excepcional que los precios sean fijados por una autoridad en vez del mercado, como un "precio legal", rompiendo el principio de subsidiariedad establecido en la CPR. El monopolista es en un sentido amplio y dentro de su mercado, una cuasiautoridad. De este modo, la eventual manipulación de precios que pueda tentar al monopolista en contra de los usuarios, es reemplazada con la regulación de precios de una autoridad estatal. Sobre dichos precios legales descansa una presun-

ción de justicia, porque en su imposición se mira al bien común.²⁸³ Esta presunción sólo puede ser una de tipo legal, no pudiendo admitirse una presunción de derecho respecto a la justicia de las tarifas fijadas, incluso siendo determinadas por un procedimiento realizado por la autoridad y consagrado en la ley.

Siendo la libertad de fijar un precio un elemento esencial a la propiedad de un bien, la imposición que haga un tercero como el Estado a un monopolista (quien naturalmente puede determinar la oferta de sus bienes), es una alteración a la libre competencia. Ahora bien, la fijación que realiza el Estado al proveedor del suministro tampoco es arbitraria, y ella, ya sea como procedimiento reglado o negociación,²⁸⁴ da pie a diversas oportunidades para que el monopolio sea escuchado por la autoridad en lo referente a cuáles son sus costos, los de su empresa eficiente, etc. Pese a este derecho, la decisión y determinación final recae en la autoridad pública. Es esta determinación de precios un acto que altera la libre competencia, por lo que el Legislador previó que para evitar la derogación de las diversas leyes que fijaban precios por el D.L. N° 211, debía establecer una pervivencia expresa de distintos cuerpos legales en el D.L. N° 211, salvando así diversas incompatibilidades que se habrían presentado por una ley posterior y contradictoria a la abundante legislación que altera la competencia en los mercados, ya sea por vía de precios, calidades, sanidad, control público, etc.

Al establecerse como razón para regular precios la falta de libertad en el mercado; en el caso opuesto, de la sociedad sin regulación, ella tolera una libre fijación de precios por quien detenta un poder económico incontrovertible en su ámbito, y eventualmente acepta los abusos que pueda realizar. Reconociendo que la ausencia de control so-

²⁸³ VALDÉS, *La Discriminación...*, pág. 82 y sgtes.

²⁸⁴ *Vid.* al respecto el debate en la cuarta parte de este trabajo, donde se analiza el carácter procedimental o negociado de las fijaciones tarifarias.

bre los monopolios es perjudicial, la libertad de fijación de precios del monopolista puede devenir en un libertinaje que afecte al bienestar de la colectividad. En ese sentido, la libertad ejercida abusivamente por el monopolista es más dañina a la libre competencia y al bienestar de los consumidores que la fijación de precios.

La regulación tarifaria se realiza teniendo presente el interés del consumidor y de la sociedad en general. Más específicamente, y en una situación reconocida por la leyes,²⁸⁵ una búsqueda del bienestar de aquel que no puede negociar libremente sus precios con el productor. Este bienestar de los consumidores, pretendido a través de la regulación, no es otro que menores precios y mejor calidad. En otros términos, el Estado vela por el bien común de la sociedad al fijar precios de bienes y servicios de servicios monopólicos.

Si es por una declaración hecha en la ley, o un pronunciamiento del Tribunal Antimonopolio que resuelve administrativamente el inicio de un proceso tarifario, dicho tribunal, en ejercicio de su jurisdicción, debiera resultar plenamente competente para conocer de los asuntos que afecten la libre competencia en materia de tarifas. Las tarifas se encuentran normadas en leyes especiales, pero esto no obsta a que exista una supervigilancia de los órganos de la libre competencia. Este control obedece a una relación genérica que puede ofrecer la legislación antimonopolio respecto a una específica de un mercado que tiene cada ley sectorial. Las leyes sectoriales nacen precisamente por la desconfianza social hacia el monopolio, que exige y motiva la aparición de leyes que minuciosamente disponen y regulan sobre empresas y servicios que por su falta de competencia y sus requerimientos técnicos y cualitativos, exigen más detalle respecto al precio en que se prestan y la calidad del servicio.

²⁸⁵ Las leyes permiten la negociación libre de precios y otras condiciones entre el prestador y grandes consumidores de cada servicio.

Ciertamente debe aceptarse lo especialmente competente y experto de cada órgano técnico y sectorial, pero estimamos que no debe abandonarse en él, además, el conocimiento de asuntos relativos a la competencia que afecten el mercado, pues para ello existe un tribunal especializado. Puede ocurrir que el ente regulador, y por él, el Estado, tengan objetivos diversos al bienestar del consumidor o en menor nivel, persigan este u otros propósitos; como puede ser facilitar el acceso o servicio universal de un servicio (se asegura la cobertura del servicio pero puede financiarse por subsidios cruzados), proteger la industria nacional o a los pequeños prestadores, beneficiar a los accionistas de la empresa (que puede ser de propiedad estatal), etc.²⁸⁶ O bien, fruto de la corrupción o de la "captura del regulador", podría ocurrir que no se fijen precios conforme los procedimientos establecidos en las leyes, desvaneciéndose la presunción de justicia de estos precios, sino que favorezcan en alguna medida al prestador, permitiéndole beneficios injustificados que lo preparen para situaciones de mercados competitivos en ese mercado monopólico (en un mercado que se liberalice en un futuro, no desafiante actualmente), o en otros mercados en los que enfrente competencia (con subsidios cruzados hacia ese mercado libre desde el regulado).

²⁸⁶ Respecto a la diversidad de objetivos que puede tener el ente regulador, en oposición a los órganos de la libre competencia, nos parece pertinente la siguiente sucinta exposición del tema, que "Es importante considerar que el ente regulador tiene múltiples objetivos que atender (políticos, sociales) y no siempre el que prima es el económico que consiste en simular el precio que el mercado había determinado si hubieran condiciones de competencia. En consecuencia pueden generarse problemas y distorsiones a raíz de fallas del Estado. Por ejemplo el ente regulador puede ser 'capturado' por un grupo determinado. Lo anterior consiste en el incentivo que se genera para que quienes se ven beneficiados con la regulación convezan a las autoridades de imponerla de manera de apropiarse de los beneficios y rentas que genera. Por su parte, el regulador que persigue otros objetivos, por ejemplo políticos, puede acceder a estas presiones. Esta actitud junto con el lobby que conlleva y el incentivo a que regulaciones de este tipo se mantengan en el tiempo generan corrupción, quitándole transparencia al sistema." INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, "Procesos de Fijación Tarifaria", en *Temas Públicos*, N° 426, Santiago, 1° de abril de 1999

Excluida la derogación normativa de la fijación de tarifas del ámbito de la libre competencia, se permite restarle libertad de fijación de precios al prestador, resultando difícil que un órgano de defensa de la competencia conozca de situaciones que se presenten precisamente en el precio fijado. ¿Qué pronunciamiento podría tener uno de estos órganos sobre un precio que altera la libre competencia por su naturaleza, como lo es la tarifa fijada? Con esto, no negamos la jurisdicción de la competencia sobre los demás ámbitos del servicio del prestatario regulado, como son la libertad de precios bajo las tarifas, discriminaciones arbitrarias, o precios desregulados; sino que establecemos una duda razonable respecto a la existencia de un atentado a la libre competencia en el proceso de tarificación, o que recaiga en la tarifa determinada.

Si no hay libre competencia en el precio fijado, ¿cómo puede haber en dicha fijación un atentado a la libre competencia? Esta situación de práctica anticompetitiva en un proceso de tarificación, se manifiesta expresamente en el artículo 70 LGSS;²⁸⁷ el cual no tendría sentido, debido a que la tarifa fijada es por sí un atentado a la concurrencia de la autoridad, sólo salvado por la exclusión que realiza el D.L. N° 211.²⁸⁸

Una hipótesis sería señalar la contradicción esencial de la norma sanitaria con el significado de la libre competencia. Allí donde no hay libertad para fijar el valor del bien que vende su dueño, no puede haber atentado a la libre competencia, si en este aspecto se impuso un precio. Entonces sería un absurdo cometido por el legislador, pues

²⁸⁷ El Art. 70 LGSS dispone "La coordinación de las empresas prestadoras, sus administradores, directores o empleados, así como cualquier otro acto o convención tendiente a distorsionar o encubrir la información de costos de prestación del servicio con el fin de influir en la obtención de tarifas más altas en el proceso de fijación tarifaria, será considerado contrario a la libre competencia."

²⁸⁸ Más allá de su calificación, el análisis del Art. 70 LGSS se realiza más adelante en esta tercera parte.

lógicamente allí donde no hay competencia libre (porque ya se atentó contra ella), malamente puede atentarse contra la libre competencia.

Creemos que puede esbozarse otra posibilidad, aclarando el sentido de la norma. Este artículo contendría un error cometido por el legislador pero subsanable por el intérprete, que nos fuerza a establecer un nuevo concepto de lo que se entiende por libre competencia. El error consistiría en entender como "libre competencia" allí donde no la hay en propiedad, sino donde se desarrolla la competencia subrogada.

El artículo 70 LGSS, que consagra como contrario a la libre competencia los actos realizados por el prestador para alterar la tarifa en el proceso administrativo,²⁸⁹ obteniendo un precio fijado mayor a su favor, surge de una ley posterior al D.L. N° 211, en un contexto que precisamente tenía dentro de sus finalidades el potenciar la competencia subrogada en materia de monopolios prestadores de servicios de saneamiento. Como el artículo 70 LGSS es una norma posterior al D.L. N° 211, privilegiamos darle algún sentido práctico y de utilidad a este artículo, prefiriendo que ella produzca efectos a que no lo tenga en el ordenamiento jurídico. Como es una ley posterior, podríamos afirmar que establece un concepto nuevo de lo que la doctrina entiende por *libre competencia*. Esta "competencia" que nos plantea una industria regulada en el campo de sus precios, se desarrolla entre la realidad de la empresa con servicios sujetos a tarificación (costes reales) y la empresa modelo o ficticia que es aquella en torno a la cual se fijan las tarifas. Entonces, la rivalidad no es con una empresa real, sino con una ficticia que es un patrón de eficiencia para el prestador. Si la empresa regulada es más eficiente que la empresa modelo, sus retornos serán mayores.

²⁸⁹ Un estudio de prácticas dañinas a la competencia a través de procesos administrativos y judiciales, denominado "*predation through governmental processes*" por BORK, *op.cit.*, pág. 347 y sgtes. En nuestro derecho de la competencia, la CR lo ha denominado más propiamente *abuso del derecho*, *cfr.* R. N° 169, 289 y 473

La competencia subrogada, como tal, no desconoce elementos propios de una rivalidad como la que se da en un mercado libre. Ella implica la existencia de rivales que producen bienes en el mercado. En este modelo subrogado, es el Estado quien reemplaza al mercado en la fijación del precio máximo, quedando la empresa de utilidad pública como un "precio aceptante". La disputa que tiene la competencia en un mercado se traslada al proceso de fijación de tarifas, donde el regulador es el rival que determina la "empresa" con la cual competir en el lapso que estén vigentes las tarifas, en procesos pacíficos en los que se alcanzan acuerdos entre ambos, o bien en la pugna por convencer a los árbitros que dirimen las diferencias o a los tribunales, finalmente. Una práctica que realice la empresa regulada en contra del proceso de tarificación deviene en un acto contra *su* competencia, esta vez subrogada, pero la única forma de competencia existente.

Esta forma de competencia subrogada, junto a las licitaciones competitivas, denotan un permanente compromiso constitucional de que los beneficios de exclusividad en un mercado deben ser contrapuestos a situaciones que beneficien a las personas, por émulos de competencia. En ellos se está privilegiando el bien común, contribuyendo el Estado a crear las condiciones sociales para que los integrantes de la comunidad obtengan su mayor realización material posible respetando derechos y garantías constitucionales, imitando lo más posible un mercado con competencia por o en el mercado.

Siendo la competencia subrogada y el precio fijado por el organismo regulador el del mercado subrogado; este mercado, determinando el "precio de mercado subrogado" (precio de eficiencia) requiere información real y no falseada, incluso en un mercado con competencia subrogada. El artículo 70 LGSS reconoce que las tarifas en una tarificación puedan verse falseadas, persiguiendo que sea una resolución judicial la que mejore la situación de bienestar que perseguía la competencia subrogada antes de ser maleada por el prestador. Se bus-

ca así la protección de los consumidores de las acciones que destruyen la eficacia en un mercado, y que pese a la tarificación, conservan el abuso monopólico.

Del artículo 70 se colige que el Legislador desea que un órgano de la competencia fiscalice un proceso de tarificación sanitaria en el cual se hayan cometido prácticas que vicien el precio fijado. A más de la competencia especial de los órganos del D.L. N° 211 atribuida por la ley, estimamos que el artículo 70 constituye también una excepción a la libre competencia en su sentido natural, y representa, más que un atentado a la libre competencia que la misma fijación ya altera, una práctica contraria a la competencia subrogada.²⁹⁰ Con esto, el Legislador amplía el espectro del derecho de la competencia en los mercados, cubriendo tanto la competencia libre como la subrogada.

Cualquiera sea el modelo o sistema que se imponga para regular los precios, siempre será un remedo, subrogado o émulo de la competencia libre. Nunca será un precio igual a uno competitivo, pues esto demostraría precisamente la existencia de un mercado libre en la determinación del precio del servicio ya que el mercado es el mejor reflejo de las condiciones reinantes en cada momento y lo que mejor puede determinar las tarifas y precios óptimos.

Con este mecanismo, tenemos de solución a la falta de competencia en un mercado, una solución imperfecta. En la persecución de un precio libre, mirado como una situación óptima, en la cual debiera desaparecer toda regulación de precios, la tarifa es una situación de precio no perfecto. Perfectible si, mas nunca perfecto. En este reco-

²⁹⁰ *Vid supra*. Este tipo de "competencia" consiste en que los *costos eficientes* se conforman a partir de la comparación de empresa reales, de las cuales se recogen las condiciones de mayor eficiencia, para establecer las condiciones de funcionamiento de la empresa modelo, evitando así las "asimetrías" de información. SISS. *Bases de Tarificación de EMOS S.A.*, pág. 4

nocimiento de falibilidad, el legislador autoriza la revisión de los procesos tarifarios, pues también la competencia subrogada puede verse subordinada al influjo del monopolio.

2.3. Tendencias en materia de tarifas y competencia

Frente a una situación de fijación de precios motivada por falta de competencia, la solución que da el Estado-regulador es la de una restricción a la autonomía privada, limitando la facultad del empresario de fijar libremente el valor de sus bienes. Pareciera que una mejor solución normativa sería, en los mercados que sea técnicamente posible, facilitar las condiciones para aumentar la competencia, permitiendo el ingreso de nuevos competidores al mercado regulador. Este ingreso y permanencia de nuevos oferentes facilitaría la consecución de precios libres y, en definitiva, de un mercado libre y desregulado.

No debemos olvidar que la solución de la regulación estatal en la economía²⁹¹ se desdibuja cada vez más y pierde una nitidez que antes se traducía en una propiedad estatal de los medios de producción de los servicios públicos, monopolio legal, subsidios cruzados y fijación de tarifas. La imagen se desenfocó desde la privatización hasta la liberalización. Pero en esa persecución del bien común, el Estado, en su esfuerzo regulador debe promover la competencia, ampliando las libertades y opciones de las personas en materia económica.

²⁹¹ La regulación, definida en forma amplia como "las reglas impuestas por el gobierno, apoyadas por el uso de sanciones que están creadas con la finalidad de modificar el comportamiento económico de personas y firmas del sector privado", con finalidades tales como evitar la duplicación de infraestructuras respecto a monopolios naturales, controlar un poder de mercado potencial, proteger a los consumidores, conservación del medio ambiente y mantener la calidad y otros estándares en servicios, incluso los profesionales de médicos y abogados. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Glossary of Industrial Organisation Economics And Competition Law*, 1993, pág. 73.

Las tarifas fijadas se caracterizan por ser transitorias: existen mientras no haya competencia. La competencia es, en este sentido, también un fin, como objetivo de la regulación, pero asimismo un término de la regulación. Pareciera que las tarifas son, además de transitorias, un tránsito hacia la competencia. De este flujo crecientemente libre, debiera llegar (algún día) la libertad de precios. Esa fecha será el fin de la regulación de precios. Es así como se observa en el mundo una creciente tendencia de apertura de mercados:

La apertura del mercado de la electricidad a la libre competencia deberá significar, o permitir, que cualquier consumidor privado pudiera contratar la energía eléctrica, bien directamente a cualquier productor o bien a cualquier intermediario, distribuidor o comercializador, cualquiera que fuera la cantidad a consumir; incluso debiera desaparecer el sistema de tarifas totalmente (...); el transporte y la distribución de la energía adquirida por el consumidor final se realizaría a través de las redes existentes, y el uso de las redes tendría que ser retribuido mediante un canon o peaje.²⁹²

La regulación de precios, justificada en razones económicas, al existir elementos que distorsionen su normal funcionamiento, como son el "monopolio natural", "mercado imperfecto" u otra situación considerada como falla del mercado,²⁹³ no debiera ser permanente. Ella desaparece con la llegada de la competencia al mercado, y aún si subsiste una fijación de precios ordenada por la administración a un prestador regulado, el ingreso de un nuevo competidor forzaría a aquel a bajar sus precios, ofrecer servicios más competitivos, con lo que la fijación de precios se torna innecesaria y caduca. Incluso si se tratara de conservar la calificación monopólica de un mercado para perpetuar la tarifación, no obsta a que surjan nuevos competidores en el

²⁹² VAÑO VAÑO, María José. "La Liberalización del Sistema Eléctrico Español. Desregulación y Neoregulación", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, N° 231, Enero-Marzo 1999, pág. 250

²⁹³ *Vid.* la cuarta parte de esta obra, donde se trata detalladamente las razones de fijar tarifas.

horizonte del mercado, y dichos precios que renten en forma monopólica al prestador regulado son una causa que justifica plenamente la llegada de competencia. Asegurado el acceso al mercado, la competencia puede llegar. Ahora bien, si la competencia está prohibida en un mercado, la regulación de precios se justifica sólo en la imposibilidad legal de concurrencia en el mercado. Como la ley ha impedido la competencia, ella debe disponer el medio para suplirla, y ese remedio y remedio competitivo es la tarificación.

Atendiendo que lo relevante en un proceso de tarificación es el bienestar de los consumidores, nos parece sano el que se lo haga explícito en otras legislaciones, considerando que

pueden imponerse controles de precios en circunstancias de competencia restringida [cuando] los bienes o servicios a ser regulados (...) sean provistos o vayan a serlo, (...) en un mercado en el cual la competencia es limitada o pueda ser dañada y que es necesario o deseable que los precios de los bienes o servicios a ser controlados según esta Ley lo sea en interés de los usuarios, consumidores o, según sea el caso, proveedores.²⁹⁴

Observando las diversas industrias y su marco legal, podemos afirmar que la regulación de tarifas por la autoridad es anticompetitiva en un sentido estricto, porque ella impide la libre competencia. Aunque también, la tarificación puede ser procompetitiva, si persigue una futura liberalización de servicios, fija precios cercanos a los competitivos y se dirige hacia la libre competencia.

Concluida la liberalización de un mercado regulado, terminada la intervención detallada en ese mercado, estas industrias quedan sujetas a la regulación común de los mercados, sumidos en la prevención de los actos reñidos con la ley de defensa de la libre competencia.

²⁹⁴ Art. 53, Commerce Acts 1986-1992, Nueva Zelandia. La traducción es nuestra.

3. CONCESIÓN Y MONOPOLIO

La confusión entre monopolio y concesión de servicio público, utilizada en el artículo 414 CT y artículo 65 LGSS, no hace sino destacar la relación existente de la concesión que otorga la autoridad y el monopolio en un mercado.

Generalmente, los servicios públicos constituyen monopolios naturales, pero existen sectores en los que no se desarrolla tal carácter, y en los que los órganos del Estado deben otorgar las concesiones de manera que se mantengan en condiciones competitivas, siempre que a su vez ello no se lesione la prestación del servicio o para los demás intereses protegidos por la legislación que da lugar al régimen de concesiones.²⁹⁵

En primer lugar, debemos reconocer que en nuestra legislación el vínculo existente entre la concesión y el monopolio, si bien es estrecho, no es indisoluble. La regulación de tarifas es supletoria de un régimen de competencia, por lo que el óptimo es la existencia de varios prestadores de servicios en una misma área. El ideal aparece entonces como de varias empresas proveedoras, compitiendo entre sí y favoreciendo a los usuarios.

Pese a que los precios cobrados como contraprestación por el suministro prestado pueda ser regulado por el Estado, lo que agudiza el alejamiento de estas actividades reguladas del funcionamiento de los mercados; estas limitaciones no autorizan a dichas empresas a actuar en forma que resulte violatoria de la legislación de competencia. Aplicando este principio, dichas empresas no podrían acordar limitaciones de sus inversiones (limitarían la producción), o generar condicio-

²⁹⁵ ELIZONDO CASTRO, León Ricardo. "El Derecho de la Competencia en Materia de Energía", en UNAM / SECRETARÍA DE ENERGÍA, *op.cit.*, pág. 245

nes discriminatorias de su clientela; siendo además susceptibles de incurrir en abusos de posición dominante.²⁹⁶

Ciertamente, la competencia muchas veces no es posible, dada la situación de monopolios naturales que tienen las empresas en las zonas donde operan, mas eso no significa que carezcan muchas veces de competidores.

El reconocimiento de que el concesionario es a la vez "el único prestatario del servicio en el territorio de sus concesiones" aparece tempranamente en la jurisprudencia de la CPC,²⁹⁷ aunque dicho carácter monopólico del concesionario aparezca contradictorio a la luz de un dictamen posterior que señala

*Las concesiones, por su propia naturaleza, otorgan al concesionario la exclusividad en la prestación del servicio de que se trata, lo que no obsta a que puedan coexistir diversos concesionarios en una misma zona o región, situación expresamente autorizada en [la LGSE], lo que permite, a la vez, cierto grado de competencia en el otorgamiento de dichos servicios.*²⁹⁸

La contradicción es aparente: hay leyes que permiten la superposición, facilitando la competencia, y otras la prohíben. De cualquier forma, hay ocasiones en las que coincide el monopolio con la concesión, especialmente cuando por motivos técnicos, es imposible el ingreso de nuevos competidores (situación de concesiones respecto al espectro radioeléctrico copado), o por expresa disposición legal (imposibilidad de superposiciones sanitarias).²⁹⁹

²⁹⁶ ELIZONDO, *loc.cit.*

²⁹⁷ D. N° 194, CPC

²⁹⁸ D. N° 434, N° 3.3, CPC

²⁹⁹ Este punto de la relación entre concesión y monopolio será estudiada más abajo, respecto a la posición de dominio en el mercado y el mercado relevante.

Aparte de la exclusividad que se puede lograr a través de las concesiones (cuando hay imposibilidad de superposiciones), otras ventajas son poder usar bienes nacionales de uso público para sus redes sin pagar; imponer servidumbres legales para instalar cañerías, cables y postes;³⁰⁰ y la suspensión y corte del servicio suministrado por no pago.³⁰¹

4. CONSECUENCIAS DE LA RELACIÓN ENTRE CONCESIÓN Y MONOPOLIO: SUPERVIGILANCIA DE ORGANISMOS ANTIMONOPÓLICOS

Fruto de la relación entre monopolio y concesión, resulta que aparte del control, regulación y fiscalización de los organismos sectoriales, existe una supervigilancia general de los tribunales encargados de promover la libre competencia, a los concesionarios monopólicos.

En lo que nos concierne, la jurisprudencia tarifaria de los órganos de defensa de la libre competencia ha ido evolucionando en el tiempo. De un antiguo pronunciamiento señalando que la CPC "no puede, porque carece facultades para ello, pronunciarse sobre aspectos pecuniarios que afectan a particulares en sus relaciones con empresas de utilidad pública",³⁰² se ha pasado a una doctrina distinta, señalando que estos organismos antimonopólicos sí pueden declarar dichos precios de servicios un abuso de posición monopólica al ser "*manifiestamente excesivos*", por quien tiene una posición preponderante en un mercado.³⁰³ No queda clara la distinción entre la declaración

³⁰⁰ Art. 9 bis LGSS, Arts. 18 y 19 LGT, Arts. 14 y 16 LGSE, Art. 12 LSG

³⁰¹ Art. 36, literal d y 38 LGSS, Art. 84 LGSE, Art. 27 LSG y Art. 56 Reglamento del Servicio Público Telefónico

³⁰² D. N° 248, N° 9, CPC

³⁰³ D. N° 483, N° 6.3, CPC. En el mismo sentido, D. N° 487, CPC

de lo manifiestamente excesivo respecto a cobros a los usuarios y la posición de no pronunciamiento en aspectos pecuniarios, salvo que de ser evidente el abuso, es dable de imaginar la declaración de exceso por los tribunales antimonopólicos. Aun así, el criterio que dé certeza al monopolista no es claro, y lo deja en una situación de incertidumbre respecto a la calidad de sus cobros libres.

Resulta llamativo el número de casos que conoció la CR en materias de empresas sujetas a regulación tarifaria en el período 1973 - 1993; de un total de 367 resoluciones estudiadas, cien provenían de empresas de energía, gas y telecomunicaciones.³⁰⁴ La cantidad de dictámenes y resoluciones no es baladí, ya que estos sectores exhiben un potencial de mayor aprovechamiento monopólico, pese a estar regulados parcialmente.³⁰⁵

Conforme lo señalado por Ricardo Paredes, las Comisiones Antimonopolios han estado actuando sobre conductas que no tienen que ver con tarifas, pero que eventualmente tienen un efecto negativo sobre la competencia en empresas reguladas.³⁰⁶ Por ahora, su competencia en materia tarifaria no se ha manifestado en intervención durante el proceso de tarificación, sino más bien en conductas posteriores a la fijación tarifaria, resultante de la aplicación de los precios fijados respecto a los usuarios, por su efecto en la libre competencia y los usuarios.

La situación antes descrita puede considerarse correcta hasta la entrada en vigencia de la Ley 19.549, que modificó el marco regula-

³⁰⁴ PAREDES, Ricardo. "Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile", en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Vol. 58, 1995, cuadro N° 6, pág. 244

³⁰⁵ PAREDES, "Políticas de Competencia en Países sin Tradición de Mercado: el Caso de Chile", pág. 58

³⁰⁶ PAREDES, "Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile", pág. 239

dor de las empresas sanitarias, que creó una nueva conducta atentatoria de la libre competencia justamente durante el proceso de fijación tarifaria en el artículo 70 LGSS.

Finalmente, en resoluciones contradictorias, la CR expresó que la fijación de tarifas no garantiza la infracción de las normas del D.L. N° 211 a señalar que dicha regulación de precios garantiza la no discriminación, y por ende, la no infracción del D.L. N° 211.³⁰⁷ Conociendo la naturaleza imperfecta de las obras del hombre, adherimos a la posición antigua, que entiende nuestra naturaleza y si consideramos factible una discriminación en un proceso de tarifación.

5. LA POSICIÓN DOMINANTE DEL PRESTADOR DEL SERVICIO

Siendo la consideración del tamaño y poder de mercado de una empresa necesario para determinar si en su obrar económico lo hace desde una posición de dominio de mercado, para las empresas de utilidad pública tal examen previo *usualmente* no será necesario. Ellas han llegado a esta posición como monopolios naturales, sin la necesidad de incurrir en prácticas contrarias a la libre competencia para adquirir su posición dominante, siendo, en este punto, inocuas las normas del derecho de la competencia.³⁰⁸ Otras veces, ellas prestan servicios en mercados con altos niveles de concentración, captando una empresa un porcentaje significativo de la participación en tal

³⁰⁷ R. N° 148, Cons. 12° y sgtes. *versus* R. N° 306, Cons. 5° "este último servicio está sujeto a fijación de tarifa por parte de la autoridad, lo que garantiza que no se producirá una discriminación arbitraria en las tarifas de los abonados". Al respecto, *vid infra* la distinción de discriminación arbitraria y diferencia de precios.

³⁰⁸ CONNELLY, Thomas, *Mecanismos para el Control de los Monopolios Naturales*, Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios y Extensión, Serie Estudios, Año 5, N° 122, Santiago, 1995, pág. 3

ámbito económico; o bien, repartiéndose entre pocos el mercado, en una situación oligopolística. Pero, ¿qué es una posición de dominio en un mercado?

El D.L. N° 211 alude a la explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un dueño común, de una posición dominante en el mercado (Art. 3, inc. 2º, b) D.L. N° 211). De éste ilícito, podemos partir con los conceptos dados por la jurisprudencia, que pronunciándose respecto a la fusión de dos empresas expresó que

*Los antecedentes precisados no permiten sino concluir que la empresa fusionada ocuparía en el mercado una posición dominante, que le abriría posibilidades de influir de modo determinante en ese mismo mercado. En efecto, lejos de darse una situación de libre concurrencia en la que ningún oferente goza de tal situación privilegiada ya que los demandantes tienen amplia oportunidad de ocurrir a otros proveedores, en la situación que se analiza una sola empresa sería lo suficientemente poderosa para determinar en importante medida los precios, cantidades, calidad y condiciones de venta de productos esenciales.*³⁰⁹

De esta doctrina, nace la preocupación por el poder de mercado que puede tener una empresa prestadora de productos y servicios tan esenciales como son el agua potable y alcantarillado, las telecomunicaciones y la energía, no sólo para un consumo individual y doméstico, sino en el tráfico mercantil, en las labores industriales, entre otros. Luego dicho considerando insiste en lo eventual de la ilicitud, sí y sólo se abusa de dicha posición adquirida.

Para entregar un concepto jurisprudencial de la posición de dominio podemos recurrir a la citada resolución que recae sobre la fusión Huckle-Mackay, que nos señala que la empresa tendrá una "participa-

³⁰⁹ R. N° 7, Cons. 12º

ción mayoritaria en el mercado", observando así un elemento cuantitativo y comprobable del mercado. Esta participación mayoritaria es dominante cuando ella abra "posibilidades de influir en modo determinante en ese mismo mercado (...) [donde] una sola empresa sería lo suficientemente poderosa para determinar en importante medida los precios, cantidades, calidad y condiciones de venta de productos esenciales".³¹⁰ En otras palabras, la posición sustancial requiere un elemento cuantitativo y otro facultativo sobre el mercado, siendo aquella situación de participación mayoritaria de una empresa que le permite imponer sus condiciones o influir en forma determinante sobre ese mercado, con la capacidad de asumir un "poder de regulación del mercado, que no les ha sido consentido y que interfiere la autonomía de la voluntad que la ley quiere que sea la rectora en las transacciones [de productos] no sujetos a fijación oficial de precio".³¹¹

Tenemos por una parte empresas que tienen un carácter de únicas prestadoras, *monopolios* en sentido estricto; junto a situaciones de superposiciones de empresas en otros casos, pero que de igual forma son partícipes de mercado de escasa competencia, por ser monopolios naturales y con cierta dificultad para conectarse rápidamente a un nuevo suministrador del servicio. Como monopolios naturales, no existen alternativas, y el usuario se ve obligado a contratar con una sola empresa, por lo que a los órganos antimonopolios sólo les cabe investigar si el uso de ciertas facultades se riñe o no con las prácticas que podrían ejercer si existiera competencia. Así ha ocurrido respecto a los numerosos casos de corte del servicio suministrado por el prestador que debe obedecer a una única pauta objetiva,³¹² siendo fácil distinguir su cum-

³¹⁰ *Idem*

³¹¹ R. N° 46, visto 5°

³¹² Respecto a los cortes abusivos del servicio, en este trabajo que no lo veremos porque no corresponden a tarifas, sino al incumplimiento del pago de las tarifas por los usuarios. No obstante, la agilidad para adoptar tales medidas de autotutela bien puede considerarse como otra facultad propia de las empresas de utilidad pública.

plimiento.³¹³ En los casos que no pueda haber competencia a través de superposiciones, como es el caso de monopolios de derecho público, automáticamente la empresa que presta el servicio puede ser considerada como dominante en el mercado que ocupa.³¹⁴

De la acepción más amplia de monopolio de nuestro derecho, en parte a resultas del concepto de "abuso de posición monopólica" del D.L. N° 211, y derivado de la CR, comprende no sólo al "único vendedor", sino también tiene un amplio alcance, "pues también comprende todo entorpecimiento, limitación o restricción de la libre competencia".³¹⁵ La posición monopólica debe entenderse según Depolo como "la [posición] que detenta un monopolista en el mercado, [y también] toda aquella posición dominante ejercida por una o más empresas, sean o no monopolistas".³¹⁶

En el derecho comparado de la competencia, hay consenso en señalar que una empresa goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial.³¹⁷

³¹³ BOFILL GENZSCH, Alvaro. *El Abuso de la Posición Dominante*, Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1991, pág. 107. También en SIFRI GOUHANEH, José Alejandro. *El Abuso de Posición Monopólica en la Jurisprudencia*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1989, pág. 133

³¹⁴ SIFRI, *op.cit.*, pág. 88

³¹⁵ R. N° 37, Cons. 4°

³¹⁶ DEPOLO RAZMILIC, Radoslav. "El Régimen Jurídico de Defensa de la Competencia en Chile. Algunas Proposiciones para su Despenalización", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, t. XVII, 1997, pág. 436, nota a pie 1

³¹⁷ Art. 4 Ley 25.156, de Defensa de la Competencia, Argentina. En un sentido similar, Art. 19, N° 2.1 Ley Anticártel, Alemania; Art. 16 Ley Federal de la Competencia Económica, México.

Si en el campo de esta obra las empresas que prestan la utilidad pública ostentan generalmente una posición de mercado en razón de una concesión que les asegura exclusividad,³¹⁸ o bien por motivos económicos que confieren eficiencia a dicho estado, como son el monopolio natural, su actuar debe ser más diligente y cuidadoso, ya que dicho poder es más perdurable por razones técnicas y legales. De su poder de mercado, el prestador monopolista puede reducir unilateralmente la oferta del servicio, aumentar sus precios, discriminar usuarios sin causa que lo justifique y otras conductas. La jurisprudencia de la CPC ha expresado que la empresa de utilidad pública, concesionaria o no, tiene una posición de predominio en el mercado, y como tal "debe ser especialmente cuidadosa en sus relaciones con los usuarios para evitar que, amparada en su condición, llegue a provocar situaciones que sólo se solucionan cuando el afectado recurre a los organismos fiscalizadores del sector".³¹⁹

Otra definición, esta vez doctrinaria y nacida en el derecho europeo de la competencia, presenta la posición dominante como

*una posición de fuerza económica que goza una empresa y que le posibilita impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores.*³²⁰

³¹⁸ Pienso en el caso de imposibilidad de superposición de concesiones en materia sanitaria. Respecto a las razones prácticas que justifican esta situación, *cf.* ALHUCEMA, *op.cit.*, pág. 23 y sgtes.

³¹⁹ D. N° 741, 8.1, CPC

³²⁰ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1992, pág. 507 y sgtes. Este concepto de posición dominante está basado en aquel definido por la Corte Europea de Justicia en *Hoffmann-La Roche c. Comisión* (CJEC sentencia de 13-02-1979, caso 85/76), y confirmado en numerosas sentencias posteriores. COMISIÓN EUROPEA, *Commision Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law*, Official Journal: OJ C 372 de 9/12/1997

Para la existencia de una posición dominante existe acuerdo en señalar que se requieren cuatro exigencias copulativas:

1. Que haya un mercado relevante del producto;
2. Demostrar una cuota persistentemente alta en el mercado;
3. La improbabilidad de que rivales actuales o potenciales erosionen la posición dominante; y
4. El mercado relevante geográfico.

Aun teniendo poder de mercado, una empresa de utilidad pública no necesariamente va a ejercer dicha posición, pudiendo carecer motivos para ejercerla (ser una cooperativa o una empresa de propiedad pública), y aun así, no debemos olvidar que la posición de dominio que puede extenderse como resultado de la concesión de servicio público conlleva la supervigilancia de un ente regulador.³²¹

5.1. El mercado relevante del producto

La posición de dominio de mercado se ejerce respecto a ciertos bienes y productos que son suministrados a los usuarios. Parte de la determinación del mercado relevante requiere saber si los bienes y servicios prestados compiten con otros suministros de otras empresas.

Uno de los factores a considerar es la sustituibilidad de la demanda, determinando si hay productos suficientemente similares en cuanto función, precio y atributos para ser contemplados por los consumido-

³²¹ COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Breve Análisis Económico de la Ley Argentina de Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, agosto de 1997.

res como sustitutivos razonables de otro. En términos generales, la posibilidad que existan sustitutos es una situación de hecho y de grado, pero respecto a los bienes que estudiamos, limitados como son, puede señalarse que los servicios de agua potable y alcantarillado carecen de sustitutos razonables en el caso de agua para la bebida, salvo que se cuente con una vertiente y un pozo séptico, situación improbable en medio de una ciudad.

El servicio de electricidad puede ser un sustituto más o menos bueno de productos energéticos como el carbón, el gas o el petróleo; dependiendo de la finalidad que cumpla y de aspectos ambientales. Así, todos los anteriores pueden ser sustitutos similares para calefacción u hornos, pero no como servicio para el funcionamiento de electrodomésticos. En este caso, y pese a ser servicios necesarios, también es un aspecto de hecho y de grado. Aún así, la conversión de un horno o sistema de calefacción a otro combustible no es rápida ni gratis.

Para la situación del servicio público telefónico local, si puede considerarse que tienen sustitutos. El servicio público local de telefonía fija encuentra cada vez más un sustituto en la telefonía móvil y en la telefonía fija inalámbrica; con precios, funciones y atributos cada vez más competitivos. En los demás servicios, como la telefonía de larga distancia, transmisión y conmutación de señales, etc.; deberá estarse a la situación de cada mercado.

El segundo factor del mercado relevante del producto es la sustituibilidad de la oferta, donde los suministradores de productos que no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda pueden fácilmente pasar a producir y ofrecer productos sustituibles desde el punto de vista de la demanda. En este punto, difícilmente puede otra empresa proveer con facilidad algún servicio de utilidad pública, pues su suministro requiere redes, ora tuberías, ora cables, propiedad del prestador; aunque cada día más sea factible que un competidor arriende

total o parcialmente la red para proveer por ella su servicio. Pero en el caso de que una empresa decida proveer el servicio, hay barreras de entrada considerables, como son la concesión necesaria, posibilidad de arrendar redes, ausencia de redes propias, etc.

5.2. El grado relevante del poder económico: posición dominante

Cuando hay un monopolio, especialmente uno otorgado por ley, por definición, no hay competencia, y por tanto, hay una posición dominante en el mercado, acrecentada por el monopolio natural del prestador.³²²

Como los casos de posición dominante no se limitan al caso anterior, puede haber una dominancia del mercado aún en situaciones de "competencia viva". Para observar una posición de dominio, debe estudiarse las cuotas de mercado del prestador. La cuota de mercado, expresada en un porcentaje de participación, ¿cuándo es dominante? Parece evidente que una situación de un 90% ó más lo sea; un poco dudoso de que un 60% ó un 64% lo sea, e indudablemente un 33% no es dominante.³²³

Pese a ser un indicador de dominio, la cuota de mercado es un elemento que debe analizarse junto con la duración en el tiempo que tiene dicha situación. Nuevamente, ¿cuánto tiempo es necesario para ser indicativa del dominio de mercado? Dependerá del tipo de mercado (más o menos dinámicos), pero cinco años puede parecer tiempo suficiente en cualquier mercado.

Como última observación, valga la advertencia que es aquí donde las barreras de entrada (legales, financieras, técnicas) cobran mayor im-

³²² BELLAMY y CHILD, *op.cit.*, pág. 516

³²³ Opinión del Juez Learned Hand en *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F. 2d 416 (2nd Cir. 1945)

portancia, ya que su presencia, por sí sola puede garantizar una posición de dominio.

5.3. Ausencia de rivales actuales o potenciales

Como parte de la calificación del mercado, la existencia de rivales en mercados en los cuales no se permite una superposición de prestadores exige una acabada observación del comportamiento de la empresa con posición dominante. La existencia de concesiones de servicio público no impide la aplicación de las normas antimonopolios.

Nuevos competidores que actualmente puedan ingresar al mercado pueden ver frustrado su entrada por motivos técnicos, como puede ser frecuencias copadas del espectro radioeléctrico, o simplemente, por lo ineficiente que puede ser para la sociedad la duplicación de redes físicas.

5.4. El mercado relevante geográfico

Este factor de la posición dominante ha sido definido por Álvaro Bofill como el “territorio en el cual la situación [de bienes o servicios que están en una situación de competencia tan estrecha con el otro que pueden ser considerados como esencialmente satisfactorios de una misma necesidad, siendo ‘funcionalmente intercambiables’] es efectiva”.³²⁴

Por la doctrina basada en el Tratado de Roma, el mercado relevante geográfico aparece definido como el área en que el abuso tiene efecto o en la que están situadas las personas afectadas negativamente por el mismo.³²⁵ Este mercado geográfico debe ser un área en que las con-

³²⁴ BOFILL, *op.cit.*, pág. 14, quien se basa en ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Market Power and the Law*, Paris, 1974, N° 16

³²⁵ BELLAMY y CHILD, *op.cit.*, pág. 528

diciones de la competencia aplicables al producto sean las mismas para todos los comerciantes. La finalidad de este concepto no parece otro que delimitar el ámbito geográfico dentro del cual se circunscribe el análisis de la competencia,³²⁶ donde concurren oferentes y demandantes involucrados en dicho estudio.³²⁷

Debemos hacer especial énfasis en que el mercado relevante geográfico donde eventualmente se comete el ilícito antimonopolio no necesariamente debe coincidir con el área de concesión de la empresa de utilidad pública, ya que bien puede el prestador incurrir en dicha práctica en una parte o el todo de dicha zona, aunque sí creemos que estas áreas delimitadas pueden constituir el límite máximo donde puede estar llevándose a cabo la conducta lesiva de la competencia, sirviendo de referencia para la investigación, a modo de indicador territorial del mercado relevante. Otra hipótesis de mercado relevante geográfico podría ser aquel donde dos distribuidores compiten por clientes libres ajenos, en áreas que no son de su concesión.

Así, este indicador máximo de mercado relevante geográfico en el ámbito de la utilidad pública estaría dado por conceptos como *zona o área de concesión*,³²⁸ *zona o área de servicio*³²⁹ o *territorio opera-*

³²⁶ SIFRI, *op.cit.*, pág. 70

³²⁷ La interpretación auténtica del mercado relevante geográfico, emanada de la Comisión Europea señala "The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas". COMISIÓN EUROPEA, *loc.cit.*

³²⁸ Arts. 10, 12 A y 33 B LGSS, Arts. 2 N° 9, 9, 31 y 33 LSG. Arts. 7, 16, 17 bis, 24, 29, 74, 80, 90, 116, 128 y 2° transitorio LGSE. Reconocida como mercado relevante geográfico en D. N° 730, p. 8°, CPC

³²⁹ Arts. 13 A, 14, 15, 24 B, 24 D, 26 y 28 F, LGT. Art. 13 LGSS, Art. 16, 23, 24, 25 y 30 LSG

cional.³³⁰ La zona de concesión o territorio operacional, han sido definidos como el área geográfica delimitada en extensión territorial y cota, donde existe obligatoriedad de servicio para las concesionarias de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas (Art. 53, l) LGSS), como deber resultante de la calidad de servicio público.

Si hubiere otro prestador sobrepuesto al área de concesión de otro prestatario, la competencia sería solamente en el área traslapada de ambos, donde se superponen sus servicios.

En materia de tarifas de servicios de telecomunicaciones se usa el *área tarifaria* como un mercado geográfico *equivalente*³³¹ –pero no relevante-, siendo "una zona geográfica donde el servicio es provisto por un concesionario dado. Dicha área deberá cubrir a la totalidad de los usuarios que sean objeto de una tarifa común" (Art. 30 LGT). Esta área tarifaria, como su denominación lo indica, es expresiva de territorios con idénticas tarifas fijadas, lo que no impide que en ellos la empresa diferencie el precio de iguales servicios en una competencia "hacia abajo" de las tarifas máximas reguladas.

Respecto a este mercado físico, es necesario tener presente que los servicios prestados por las empresas de utilidad pública tienen limitaciones técnicas de mucha importancia, como son la existencia de redes físicas, cobertura de equipos de telecomunicación, instalaciones y otra infraestructura que impide una comercialización fácil y segura en zonas donde no está operando el prestador, con lo que el

³³⁰ Arts. 33 A, 47 B, N° 1, 48, 68 y 6° transitorio LGSS

³³¹ Así, el DS 95, de 1994, que fijó tarifas para la CTC por el quinquenio 94-99, estableció 4 áreas tarifarias; en las que se agruparon las 24 zonas primarias en que se divide el país. El área 3 incluía Valparaíso y Concepción; la 4ª a Santiago y Peñaflo. El resto de las zonas se divide en las otras dos áreas tarifarias. El DS 187, para el quinquenio iniciado el 21 de agosto de 1999 mantuvo las 4 áreas tarifarias.

transporte del servicio fuera de las redes del prestador puede resultar imposible o inseguro. Así, el usuario no puede ser beneficiado por la prestación del bien sino cuando éste se encuentra conectado a la red del prestador, y esta red de tuberías, cables y señales, queda delimitado por el área de concesión.³³² De hecho, son estas razones las que impiden un ingreso fácil al mercado de nuevos competidores si es que no hay reglas claras que permitan una interconexión bajo una igual calidad técnica y sin discriminaciones entre empresas competidoras en una misma área geográfica.³³³ Agréguese que el ingreso a estos mercados regulados exige habitualmente para el acceso al mercado, la concesión de un servicio público, lo que dilata el ingreso oportuno de un competidor potencial, que perciba una situación de abuso respecto a los usuarios, o de precios elevados que aceleren su entrada al mercado, al tener que traspasar la barrera de la concesión y luego la interconexión y/o instalación de redes paralelas, con lo que el mercado puede resultar poco "desafiable", salvo en aquellos donde la innovación tecnológica es muy grande, creándose servicios sustitutivos, como ocurre en el mercado de las telecomunicaciones.

De la naturaleza de los servicios prestados por las empresas de utilidad pública, resulta dificultoso que los consumidores puedan satisfacer sus necesidades de otras empresas, o acudiendo a otros mercados geográficos.

Esta característica especial de los mercados de servicios prestados por empresas de utilidad pública difiere significativamente de un con-

³³² Materia tratada respecto a la definición de la "public utility", *vid supra*.

³³³ Ilustrativo en este respecto puede ser la larga serie de procesos conocidos en los órganos de defensa de la competencia entre las empresas telefónicas CMET y CTC por interconexiones, cuando la primera entró al mercado de la CTC en las regiones Quinta y Metropolitana.

cepto usual de mercado relevante geográfico, donde se ha estudiado la distancia entre plantas distribuidoras,³³⁴ o entre plantas procesadoras y de extracción;³³⁵ lo que se conoce como costos de transporte.³³⁶

Otro elemento a considerar en el mercado relevante geográfico es aquel relativo a una creciente internacionalización de la propiedad de las empresas de utilidad pública, unida de una posibilidad técnica, ayudada de factores políticos, que facilitan la interconexión de redes entre países. Esta globalidad del mercado³³⁷ es posible especialmente en lo relativo al gas natural y electricidad, en las etapas de generación y distribución de la energía a grandes consumidores, con la interconexión a redes de países vecinos superavitarios en energía. Este factor internacional no debe menospreciarse a la hora de determinar el mercado relevante para efectos competitivos, aunque en principio no puede estimarse significativo respecto a usuarios residenciales.

I. FUNCIÓN PREVIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Es deber del TDLC pronunciarse respecto a las condiciones de competencia que se dan en los mercados de telecomunicaciones, electricidad, gas y agua potable para que sean fijados los precios máximos de los servicios y bienes que indican las leyes que el TDLC puede calificar. Dicha calificación puede ser el inicio de un proceso de tarificación o bien el término de la regulación de precios.

³³⁴ R. N° 75, Cons. 27°

³³⁵ R. N° 144, Cons. 13°

³³⁶ SIFRI, *op.cit.*, pág. 66

³³⁷ *Cfr.* R. N° 243, que reconoce la existencia de un llamado *mercado global de la celulosa*, pues sus precios y demás condiciones están determinados por el mercado mundial.

Respecto a estas funciones especiales agregadas a los órganos antimonopolios por leyes ajenas al D.L. N° 211, que le fijan funciones especiales, como son la calificación de las condiciones del mercado o de monopolio natural, se rechaza el razonamiento que sostiene que

*con algún fundamento, (...) que la remisión que haga alguna ley [especial, encomendando un cometido determinado a los órganos antimonopolios] puede tener la virtud de limitar las atribuciones exclusivas que tienen tales organismos para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica.*³³⁸

A. LIBERALIZACIÓN DE PRECIOS Y FOMENTO DE LA COMPETENCIA

Los servicios que determine el TDLC en su resolución pueden quedar bajo un régimen de precios libres o regulados, según se presten o no en condiciones suficientes para asegurar un régimen de libertad tarifaria.

Dentro de la liberalización de precios, fruto de mejoras tecnológicas e incremento de competidores, merece una mención especial la liberalización del servicio público telefónico de larga distancia promovida por la CR casi un lustro antes de la introducción definitiva del *multicarrier* (multiportador) por ley.³³⁹ Junto a éstas, en las resoluciones que determinan las condiciones de un mercado, cabe mención el fomento de la competencia que se realiza en ellas, como es la

³³⁸ R. N° 306, Cons. 10°

³³⁹ La evolución de la jurisprudencia relativa a la introducción de competencia en el mercado de larga distancia nacional e internacional en D. N° 718, CPC, R. N° 332, R. N° 389 y R. N° 419. Un análisis de este proceso en LANGLOIS, *op.cit.*, pág. 95 y sgtes.

desagregación de redes recomendada en la Resolución 515, que se traduce en la posibilidad de favorecer la competencia aprovechando la red de las empresas telefónicas.

Tal como ocurrió en Estados Unidos, con el "desposeimiento" acordado entre la AT&T y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1982 que representó una liberalización y segmentación vertical total de los mercados locales y de larga distancia; en el Reino Unido mediante la regulación de la industria de telecomunicaciones y el fallido caso japonés,³⁴⁰ los caminos para fomentar la competencia en los mercados son distintos, aunque normalmente conllevan disminuciones en los precios para los usuarios y han sido delineados por los órganos de defensa de la competencia.³⁴¹

La liberalización creciente, fomentada por el derecho de la competencia, inesperada hace unos años, abre servicios que eran considerados usualmente de exclusiva prestación de la administración pública, pasando a manos privadas y luego "permitiéndose" la competencia, trazando lo que sea tal vez la muerte natural del monopolio natural.

B. PRECIOS REGULADOS

Determinar cuáles son los precios que deben ser regulados en un mercado donde hay poca competencia es esencial al referirnos a las tarifas de las empresas de utilidad pública.

³⁴⁰ *Idem*, pág. 48 y sgtes.

³⁴¹ Así, para una síntesis de la situación española y europea de liberalización de telecomunicaciones, *Vid.* REMON y BUITRAGO, *op.cit.*, pág. 838 y sgtes. Aparece como fundamento uniforme de esta política de liberalización TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Remedios Políticos que Pueden Favorecer la Libre Competencia y Atajar al Daño Causado por los Monopolios*, Madrid, 1993

Hay casos en que la ley determina taxativamente cuáles son los servicios regulados, excluyendo cualquier calificación de una autoridad. Una situación distinta se presenta cuando la ley entrega a la autoridad antimonopolios la determinación de cuales servicios serán prestados con los precios regulados.

No puede sostenerse que todos los precios que se originen en cobros hechos por una empresa de utilidad pública deban ser fijados, porque al hacerlo estamos observando exclusivamente la calidad de la empresa, o bien asumimos que en todo el mercado geográfico de esta empresa no hay posibilidad de competencia.

Antiguamente, en materia sanitaria se sostenía que eran tarifas solamente aquellos cobros que se les denominaban tarifas por la principal empresa sanitaria y el fiscalizador y empresa de ese entonces.³⁴² Aparece este criterio como uno extremadamente arbitrario, considerando la importancia de las tarifas en el diario vivir y su dependencia del criterio de un organismo que califique discrecionalmente la calidad del cobro. Su aplicación generalizada en nuestra sociedad exige mayor preocupación, más coherencia y una fijación justificada.

C. LA COMPETENCIA COMO LÍMITE

Como la justificación de la regulación y fijación de precios a las empresas que estudiamos es la falta de competencia, debe ser este mismo elemento el que nos haga determinar si puede haber precios libres o regulados de servicios.

³⁴² D. N° 220, IV.2., CPC "Que, igualmente Sendos y Emos, sustentando en la práctica un criterio interpretativo que esta Comisión considera erróneo, no han sometido a visación del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción [en una época que era necesario el visado o aprobación del alza de tarifas, conforme al Art. 161° Ley 16.464], ninguno de los cobros que efectúan, con la sola excepción de aquel al que han denominado específicamente 'tarifa'."

Por ende, en mercados de bienes o servicios totalmente competitivos, no debiera haber regulación. Como es el mercado y sus fuerzas las que determinan el precio del bien, no se requiere ningún tipo de mecanismo para fijar la tarifa, ni costo marginal, ni *rate of return* ni nada: solamente el mercado.³⁴³ Y si se interviene fijando precios en un mercado competitivo, se hará de manera ineficiente. Al fijar un precio menor que el de mercado para un competidor, tiene una pérdida en sus ganancias. Del mismo modo, si se le fija un precio sobre el de mercado, perderá participación en él.

La fijación de tarifas debe ser la *ultima ratio*, el último medio del derecho, tratando que quede reservada exclusivamente al monopolio de la prestación de servicios. En tal sentido, un pronunciamiento de la CR aclaró:

*Que el argumento de CORFO, en el sentido que la ley fijará racionalmente las tarifas de estos servicios que se presten en condiciones monopólicas, no es una solución aceptable, pues lo óptimo es que exista una mayor competencia en este sector, como en cualquier otro mercado, reservándose la fijación de tarifas para el caso extremo del monopolio en la prestación de servicios.*³⁴⁴

Incluso la superposición de concesiones permitida por ley es un hecho que fomenta la competencia entre empresas de utilidad pública y beneficia a la comunidad:

A juicio de esta Comisión, (...) la superposición de empresas eléctricas en una misma zona geográfica, expresamente permitida por la ley, tiende necesariamente a fomentar la libre competencia, con beneficio para los usua-

³⁴³ BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 613

³⁴⁴ R. N° 265, Cons. 8°

*rios, en la medida que ella puede traducirse en una rebaja de tarifas y/o en la prestación de un mejor servicio para los consumidores*³⁴⁵

Posteriormente, la CR efectuó un alcance respecto a la superposición de concesiones posible en un mercado como el de la distribución eléctrica, siendo, por su naturaleza técnica y económica, un monopolio natural. Más importante es que dicha duplicación o triplicación de redes no beneficia a la sociedad, pues las instalaciones deben financiarse con tarifas reguladas.³⁴⁶

Reconociendo que dentro de mercados de utilidades públicas pueden haber múltiples competidores que hagan innecesaria la regulación de precios o bien servicios que pueden darse en condiciones de competencia, dentro de mercados sin competencia debemos proceder a estudiar cada área en particular.

Nuestras leyes recogen el concepto de límite último a la competencia en el mercado. Bajo el principio de la libertad tarifaria, la ley puede permitir la regulación de precios previa calificación de las condiciones del mercado, sobre su condición de monopólico o poco competitivo. La ley ha entregado esta calificación al TDLC, que debe calificar si "las condiciones en el mercado no son suficientes para garanti-

³⁴⁵ R. N° 342. Aunque la CPC se pronunció a favor de la superposición, ella debe ser permitida por la autoridad teniendo en cuenta como factor relevante, los efectos en la competencia. Si ella se torna imposible, por el ingreso de un nuevo y mayor competidor, no debiera permitirse, pues con ello se destruye a la empresa menor, adoptando un criterio "pro-microempresa" más que uno de fomento de la competencia, desechando el aumento de eficiencia originado. Para este tribunal, se requeriría de un "tamaño equivalente" para competir D. N° 731, p. 7.3 y 7.4, CPC. Un estudio sobre la competencia vía superposición de concesiones de distribución eléctrica en VALDÉS PRIETO, Domingo. "Legislación Antimonopólica ...", pág. 88 y sgtes., en particular respecto a la imposición de las mismas obligaciones y derechos para ambos concesionarios, lo que implicó que debían competir incluso con tarifas iguales.

³⁴⁶ R. N° 537, Cons. 9°

zar un régimen de libertad tarifaria" (Art. 29 LGT) o si éste "determine que [dichas prestaciones] tienen características monopólicas" (Art. 12 A LTSS).

La calificación que se realiza para un prestador de gas se convierte en una presunción de la rentabilidad del prestador como "monopólica" o manifiestamente excesiva,³⁴⁷ si en ella se demuestra al menos que

en una determinada zona de concesión cuando a lo menos se demuestre que con el sistema tarifario que haya establecido la empresa concesionaria para el servicio público de distribución de gas, los ingresos de explotación que se produzcan a lo largo de un año calendario le permiten obtener a los bienes de la zona de concesión una tasa de rentabilidad económica superior en cinco puntos porcentuales a la tasa de costo anual de capital definida en el artículo 32º [LSG]³⁴⁸

Junto a dicha verificación, el TDLC puede considerar otros antecedentes que estime oportunos para pronunciarse.

Siendo la ausencia de competencia el límite a traspasar para regular un mercado, su existencia permite liberar precios de su determinación por la autoridad. Respecto a este tipo de tarifas reguladas después de la calificación del TDLC, si cambian las circunstancias del mercado, puede cambiar la decisión, con lo que de precios regulados pasan a ser precios libres.

La liberalización de precios puede ocurrir "si las condiciones o regulaciones del mercado fueran suficientes para volver a asegurar un régimen de libre competencia" (Art. 31 LSG); o si las "condiciones existentes en el mercado (...) son suficientes para garantizar un régi-

³⁴⁷ La CPC consideró que una rentabilidad del 11% sobre el capital no era excesiva. D. N° 484, CPC

³⁴⁸ Art. 31 LSG. Esta rentabilidad monopólica parece más una sanción a la eficiencia de la empresa que una razón para regular precios.

men de libertad tarifaria" (Art. 29 LGT); o que las prestaciones calificadas como monopólicas ya no tienen tales características (Art. 12 A LTSS, Art. 107 bis LGSE).

En esta nueva calificación del TDLC debe existir un pronunciamiento en tal sentido (Art. 29 LGT), que puede ocurrir en cualquier momento, dejando sin efecto el decreto tarifario en lo que respecta a los servicios que se presten en nuevas condiciones en el mercado, que garanticen la competencia. Tal como lo señala la LSG, la recalificación de servicios puede emitirse producto de una petición de parte o de oficio por el TDLC, debido al evidente interés público que tiene tal calificación tanto para los prestadores (actuales o futuros), como para los usuarios.

Dentro de los eventos que pueden motivar la regulación de un mercado bajo régimen de precios libres aparece una práctica de acuerdo de precios entre prestadores o de abusos cometidos por el monopolista. ¿Qué cosa sino una infracción y abuso exitoso a las normas de la competencia puede originar una limitación a la misma competencia,³⁴⁹ por quienes prestan los servicios al público, ordenando la fijación de precios? Esto se confirma a través de la jurisprudencia antimonopolio cuando ésta ha señalado que cierta resolución de la CR

*que sirvió de fundamento al actual sistema de tarifas de ENTEL se dictó, precisamente, conociendo de una denuncia por discriminación de precios de ENTEL respecto de las [demás prestadoras a las que prestaba servicio].*³⁵⁰

³⁴⁹ En tal sentido tenemos la ley colombiana indica que: "La violación de estas prohibiciones [predación y discriminación de tarifas], o de cualquiera de las normas de esta ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos." Art. 98 Ley 142 de 1994, Colombia.

³⁵⁰ R. N° 148, Cons. 12°.

D. EL PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA POR EL TDLC

El procedimiento de calificación de las condiciones de competencia, ya sea mediante informe o resolución del TDLC se enmarca dentro del procedimiento de fijación de tarifas, como un elemento que la impulsa, o bien, que motiva el fin de la fijación, pues ésta ya resulta baladí.

El D.L. N° 211 contempla un procedimiento simplificado para ciertas materias, como son los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir el D.L. N° 211, la dictación de instrucciones generales, y la emisión de los informes o resoluciones que le sean encomendados al TDLC en virtud de disposiciones legales especiales, como son la LGSE, LSG, LGT, LTSS, LGSS, entre otras (Art. 18 D.L. N° 211). Estas normas especiales son las únicas rectoras de la potestad calificatoria del TDLC en materia de regulación de precios máximos, que le entregan la atribución de calificar las condiciones y los servicios que corresponde tarifificar, a ciertos sujetos activos y pasivos que señalan las leyes, afectos a tarifificación. Originalmente, la calificación de las condiciones de competencia en un mercado estaba entregada a la FNE, en un informe que facultaba a los Ministerios la fijación de tarifas, para luego pasar a la CR, hoy, TDLC.

El procedimiento de emisión del informe se impulsa de oficio, con un decreto del TDLC que ordena su iniciación, el que se debe publicar en el D.O. Además, debe notificarse a la FNE, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del TDLC, estén relacionados con la materia para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes. Dentro de las autoridades directamente concernidos, están los entes reguladores, y eventualmente, fiscalizadores.

Vencido el plazo para la aportación de antecedentes, el TDLC debe citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro del

plazo fatal de treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el D.O., para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión.

El trámite de la audiencia pública, que ahora es uno esencial en el procedimiento especial no contencioso que contempla el D.L. N° 211, y de aportación de antecedentes, constituye un avance tanto en la transparencia como en la participación en la decisión, respecto de pasadas calificaciones de condiciones en mercados, que durante su tramitación tuvieron, a veces, un velo de tinieblas. Así, en la R. 686 se dispuso la reserva de los antecedentes *in toto*,alzada sólo tras la dictación de la resolución que calificó los niveles de competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Durante este procedimiento, el TDLC debe arbitrar siempre las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente. Si las autoridades, organismos o personas antes referidos no informan en los plazos que el TDLC les fije para entregar su parecer, el Tribunal puede prescindir del informe. De oficio o a petición del interesado, el TDLC está facultado para recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.

La R. 537, en su considerando 5º, respecto a la declaración que efectúa hoy el TDLC señalado en el artículo 65 LGSS, estableció que la naturaleza de dicha resolución es

*un informe [que] debe ser evacuado por esta Comisión, en cumplimiento de un encargo privativo y específico del legislador, de carácter administrativo y técnico, en conformidad a disposiciones legales particulares referidas a una particular actividad económica, cuyo objeto preciso es informar directamente a las autoridades del sector*³⁵¹

³⁵¹ En idénticos términos, la R. N° 529, Cons.5º

Prosiguió la Comisión admitiendo como fuente del informe la LGSS, y no las disposiciones generales del D.L. N° 211, por lo que se trata de un mandato especialísimo, cuyo origen es distinto al establecido en la Ley de Defensa de la Competencia, al igual que respecto de los mandatos que otras leyes especiales le otorgan para el ejercicio de facultades no jurisdiccionales, como es el caso del artículo 29 LGT. Estos informes contienen los razonamientos y planteamientos técnicos y económicos que fundamentan las condiciones de competencia que el TDLC estima, al momento de emitir su dictamen. La CR ha señalado profusamente que la facultad de calificar la competencia existente en mercados de servicios regulados por leyes especiales, como son la de la LGT, LGSS o LTSS, es una atribución no jurisdiccional.³⁵²

Respecto al organismo autorizado para emitir el informe respecto a las condiciones de competencia, todas las leyes son claras en que corresponde al TDLC, agregándose, en ocasiones, que dicha calificación sea “expresa” (Art. 90, N° 4 LGSE).

Pues bien, en la R. 592 la CR efectúa una delegación de la calificación del mercado. La declaración segunda de dicha resolución dispuso:

Que la [SEC] deberá determinar si las empresas de distribución eléctrica están facultadas legalmente para prestar los siguientes servicios (...) [y] deberá determinar, además, si su prestación es de exclusiva incumbencia de las empresas de distribución.

En el evento de existir un pronunciamiento de la [SEC] en el sentido de que las empresas de distribución eléctrica sí están facultadas para prestar los servicios precedentemente mencionados y en condiciones de exclusividad, [Minecon] también deberá fijar los precios de dichos servicios.³⁵³

³⁵² R. N° 529, Cons. 5°, R. N° 537, Cons. 5°

³⁵³ R. N° 592, decisión 2

Como se ve, la calificación no la efectúa expresamente la CR, sino que ésta indica que se fijarán precios si existe un pronunciamiento en tal sentido de la SEC. La CR encomienda a la SEC que califique si la prestación de tres servicios que ella enuncia "es de exclusiva incumbencia" de las empresas de distribución eléctrica, junto con encargarle pronunciarse tanto respecto a la facultad para prestar los servicios, como si lo hacen en condiciones de exclusividad. La orden de la CR, respecto a la procedencia de la legalidad del cobro, no es de aquellas materias que la Ley 18.410 indique como de competencia de la SEC. Se agrega a lo anterior que la SEC carece de atribuciones para pronunciarse respecto a un asunto propio de las condiciones de competencia del mercado ("exclusiva incumbencia", "condiciones de exclusividad"), esto es, que los servicios se prestan monopólicamente, lo que se entrega por mandato legal a los organismos del sistema de defensa de la competencia, regido por el D.L. N° 211. Con lo anterior, se vulneraría la disposición legal del artículo 90, N° 4 LGSE, que prescribe que debe los servicios sean "expresamente calificados" como sujetos a fijación de precios. De este modo, la declaración segunda delega a otro ente de la Administración del Estado, la calificación del servicio. A más, la declaración de los servicios y las condiciones de competencia en el mercado eléctrico, debe ser efectuada por el TDLC, lo que no ocurre en este caso, pues delega el pronunciamiento en otro órgano del Estado, con lo que ya no hay calificación *expresa*, elemento esencial que permite iniciar el procedimiento de tarificación de los servicios asociados al suministro energético. Finalmente, tal delegación resulta inapropiada y contraria a las normas elementales del debido proceso administrativo, señaladas en la LBPA, pues el Fiscalizador Eléctrico, al efectuar la primera solicitud de calificación de servicios a la CR, señaló que, respecto a los tres servicios que enuncia la declaración 2ª, son de aquellos respecto a los cuales resulta "imprescindible someter a fijación de precios".³⁵⁴ Por lo anterior,

³⁵⁴ Oficio Ord. N° 3033, de 18 de mayo de 2000, SEC

encomendar a la SEC la calificación de las condiciones de prestación de un servicio, cuando ella ya se ha pronunciado previamente, resulta contrario a las reglas de imparcialidad que deben gobernar el actuar de la Administración del Estado, pues equivale a encargar a una parte de la litis la dictación de la sentencia; vulnerándose el principio *nemo iudex in propria causa*.

La imposibilidad de delegar el pronunciamiento del TDLC encuentra pleno sustento en la jurisprudencia de la CR, pues, en la R. 529, cuando se expone por ese organismo la exclusividad en la atribución de informar de la CPC, para el caso portuario, del encargo legislativo contenido en la Ley 19.542, señala:

Que estas disposiciones son especiales y de aplicación preferente, otorgando facultades privativas a la [CPC] para pronunciarse acerca de dichas condiciones de competencia, con exclusión de cualquier otro Organismo o Entidad.³⁵⁵

El informe o resolución del TDLC, conforme el artículo 17 K D.L. N° 211 debe ser fundado, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia, haciendo mención expresa de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere.

Finalmente, el D.L. N° 211 establece que las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en estas materias pueden ser objeto del recurso de reposición. Conforme el artículo 17 L D.L. N° 211, el recurso de reposición puede tramitarse en forma de un incidente o ser resuelto de plano. En razón de que el artículo 17 N D.L. N° 211 dispone que se apliquen en forma supletoria las normas contenidas en los Libros I y II CdPC, el plazo para el recurso de reposición señala-

³⁵⁵ R. N° 529, Cons. 6°

do en el artículo 181 CdPC para reponer es de cinco días fatales después de notificado los interesados.³⁵⁶

La jurisprudencia de la CR reconoce también la procedencia del recurso de aclaración, interpretación, rectificación y enmienda para estas resoluciones que califican condiciones en mercados, como se colige de la R. 615, de la cual aparece plenamente procedente la petición y pronunciamiento de interpretación, aclaración o enmienda, respecto a estas resoluciones sobre asuntos donde no hay jurisdicción y existe pronunciamiento sobre servicios que califican para fijación de precios. De este modo, en cualquier momento, notificada una resolución o informe, puede el TDLC, a solicitud del interesado, o de oficio, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos, y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieran de manifiesto en el mismo informe o resolución (Art. 182 CdPC, Art. 62, LBPA). Sobre la procedencia del recurso de aclaración y rectificación, existen diversas resoluciones, como son la 184, 506, entre otras.

De la revisión de las diversas resoluciones dictadas en el ejercicio de esta potestad, surge que la CR no sólo se ha limitado a calificar las condiciones de competencia de los servicios, pura y simplemente, sino que se ha encargado de pedir modificación de leyes, dictación de reglamentos, ordena tareas a otros servicios públicos, etc. Creemos que, respecto a estas decisiones, la resolución es divisible, y debe entenderse que no sólo procede el recurso de reposición, toda vez que, si la resolución invade competencias de otros organismos, no puede, livianamente, sostenerse que, para las materias que excede la calificación, proceda sólo el recurso de reposición.

³⁵⁶ Plazo consistente, además, con el artículo 59 LBPA

La R. N° 592, es un buen ejemplo de las decisiones con elementos adicionales a la calificación, pues se distinguen ámbitos separados de lo no contencioso, contenido en la declaración 1ª, como es la solicitud al Supremo Gobierno de modificaciones a la LGSE en la declaración sexta, conforme la facultad del artículo 17 C D.L. N° 211. Así también, se observan instrucciones a Secretarías de Estado (declaración cuarta) y a la SEC (declaración quinta). Por lo expuesto, aparece entonces que lo efectivamente no contencioso es exclusivamente la declaración sobre condiciones de competencia, que contiene la declaración de los servicios afectos a tarifado, pero no las demás declaraciones. Calificar de no contencioso íntegramente al proceso que culmina con una resolución, cuando contiene aspectos que son de tanta importancia para el país, implicaría limitar la posibilidad de medios de pedir su revisión.

Los actos judiciales no contenciosos necesitan la existencia de una ley que requiere la intervención de un juez –en este caso, el TDLC– y por la ausencia de contienda entre partes. Como lo señalara el tratadista Carnellutti, el procedimiento no contencioso no está ajeno al error judicial –más aún cuando son materias en las que no sólo se comprenden aspectos de derecho antimonopólico, sino regulatorio sectorial y tarifario– por lo que debe garantizarse la justicia como la que se entrega en el procedimiento contencioso.³⁵⁷ La ley que requiere la intervención del juez, normalmente es de fondo. Siendo la calificación de servicios ordenada en leyes especiales, no contenciosa ni jurisdiccional, es de las características de esos actos no contenciosos una doble y fundamental, que los distingue claramente de aquellos asuntos en que hay contienda entre partes. A saber, que son esencialmente revocables, por el mismo Tribunal que conoció de ellos, y que siempre dejan a salvo derechos de los terceros, quienes pueden

³⁵⁷ CARNELLUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971, pág. 477 y sgtes

impedir su formación oponiéndose; o bien formados, que sean dejados sin efecto en sede contenciosa.³⁵⁸ El medio para obtener la revocación o enmienda de los actos judiciales no contenciosos en ejercitando el interesado el recurso de revocación o modificación en contra de la sentencia que pone término al asunto no contencioso, en especial cuando una resolución afirmativa tiene pendiente su ejecución (Art. 817 y 821 CdPC).

1. LA CALIFICACIÓN DEL TDLC EN LA INDUSTRIA DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el ejercicio de la potestad de la LGT, la CR pronunció resoluciones esenciales para entender el desarrollo de dicho mercado en nuestro país.

La interrogante debe hacerse respecto a la facultad que el Legislador entregó al órgano antimonopólico y su ejercicio, que bien merecen un análisis pues en dichos actos la Comisión determinó la existencia o no de la libre concurrencia en dichos mercados.

La calificación respecto a las condiciones del mercado, para que sean regulados dichos servicios, está restringida por ley a los "servicios públicos telefónico local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil y en el de servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados" (Art. 29 LGT).

La calificación hecha hoy por el TDLC debe ser expresa respecto a los servicios que quedarán sujetos a regulación y, por ende, todo aque-

³⁵⁸ CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*, Ed. Jurídica de Chile, t. VI, 1984, pág. 275

llo que no aparezca expresamente sujeto a regulación en la resolución, debe entenderse que está sujeto a precios libres (salvo los servicios sujetos a tarifas por el sólo ministerio de la ley). Una vez calificado el mercado, se encomienda a la autoridad reguladora iniciar el proceso de tarificación.

1.1. Resolución N° 394, de 1993

El primer pronunciamiento de la CR se basó en tres elementos tenidos en cuenta respecto a las condiciones del mercado a tarificar:

1. Pese a la existencia de concesiones superpuestas en telefonía local, ellas no son suficientes como para garantizar una libertad tarifaria;³⁵⁹

2. Que las condiciones de competencia del mercado de telefonía de larga distancia no permiten un régimen de libertad de precios, mientras no se dicte una ley que establezca un sistema de multiportador discado exclusivo, o uno combinado con un multiportador contratado en la forma que ella dispuso en una resolución anterior;³⁶⁰ y

3. La ausencia de competencia justifica la regulación en servicios de transmisión y conmutación para permisionarios y concesionarios de telecomunicaciones.³⁶¹

Ejerciendo su función calificadora de mercados, la CR determinó que correspondía regular en el servicio público telefónico local, diez

³⁵⁹ R. N° 394, Cons. 1°

³⁶⁰ *Idem*, Cons. 2°

³⁶¹ *Idem*, Cons. 3°

servicios; en el servicio público telefónico de larga distancia nacional e internacional, seis servicios; y en el servicio de conmutación y/o transmisión de señales provistos como servicio intermedio, cuatro servicios.³⁶²

Complementa su resolución la CR indicando que se exceptúan de la calificación los servicios complementarios y/o suplementarios, al no ser éstos imprescindibles para el uso del servicio público telefónico. Pese a dicha exclusión, el tribunal señala expresamente en la segunda decisión de dicha resolución que "*ellos sólo pueden proporcionarse a los usuarios que los hayan contratado especialmente y sin perjuicio de que la conexión o interconexión que pueda usar el proveedor de estos servicios, sea regulada*". De esta decisión cabe inferir que la CR no sólo calificó los servicios, sino que hace indicaciones y recomendaciones respecto al mercado de las telecomunicaciones.

Esta resolución fue complementada el 7 de septiembre de 1993; por otra innumerada que revisó la R. 394. En ella se dispuso excluir dos servicios incluidos en la primera decisión de la R. 394 por no corresponder su calificación a la CR. Esta exclusión correspondió a las interconexiones entre concesionarios de servicio público de telecomunicaciones con la red telefónica local y entre concesionarios de servicio público telefónico, por corresponder a tarifas reguladas por el sólo ministerio de la ley. Además, la resolución se encargó de aclarar que respecto a los teléfonos públicos podía haber distintas tarifas según los distintos equipos y denegar la recalificación de servicios "que aún se prestan en ausencia de competencia en la mayoría de las áreas y que en el resto existe competencia limitada" pedida por algunos concesionarios.³⁶³

³⁶² *Idem*, decisión 1^a

³⁶³ R. N° 394 complementaria, N° 3, de 7 de septiembre de 1993.

1.2. Resolución N° 515, de 1998

Con posterioridad al inicio del *multicarrier* en telefonía de larga distancia; la CR, para el quinquenio que se inició en 1999 procedió a calificar el mercado mediante la R. 515. En dicho acto, el tribunal limitó su calificación a los servicios que indicó, suministrados por las compañías dominantes en dichos mercados, en los lugares que señaló. De esta forma, la Comisión restringió su pronunciamiento a las empresas con poder de mercado relevante.

En el caso del servicio público telefónico local, la comisión calificó expresamente 23 servicios dentro de su ámbito de regulación; en el servicio público telefónico de larga distancia, nacional e internacional, un servicio; y en materia de servicio público de conmutación y/o transmisión de señales provistos como servicio intermedio, dos servicios.

Para efectuar la calificación del mercado del servicio público telefónico local, la CR tuvo en consideración los siguientes aspectos:³⁶⁴

1. En los casos que exista un único proveedor del servicio, no hay competencia;
2. Aún existiendo superposición menor de zonas de servicio, la existencia de un operador con una posición de dominancia en dichas áreas, no es suficiente motivo para liberalizar las tarifas; y
3. Existiendo un servicio bastante desarrollado de telefonía móvil, con varios concesionarios (cinco), no puede considerarse aún como competencia suficiente de la telefonía fija.

³⁶⁴ R. N° 515, Cons. 8°

Respecto al servicio público telefónico de larga distancia nacional e internacional, la CR considera que la existencia de diez *carriers*, junto al establecimiento de un sistema de multiportador contratado y discado, garantizan la libre competencia, que ya se ha asentado y consolidado en tal mercado. Aun así, la propiedad de la red telefónica de larga distancia está en manos de sólo tres portadores, debiendo el resto contratar con ellos para enviar su señal, con lo que se hace necesario fijar las tarifas de conmutación y/o transmisión telefónica de larga distancia nacional que sea suministrada por los portadores dueños de ellas.

Tal como en 1993 la CR realizó una recomendación respecto a los servicios suplementarios y/o complementarios, en 1998 dicho organismo realiza tres "observaciones" al proceso de tarificación para la Subtel, persiguiendo liberalizar servicios y aumentar la competencia: que establezca la ausencia de subsidios cruzados entre servicios o prestaciones pertenecientes a un mismo servicio; facilite la desagregación de redes de la red local, para facilitar la competencia en el servicio telefónico local; y establezca tarifas para grandes usuarios.

Dicho órgano se encargó de manifestar que sus observaciones excedían la calificación del mercado, realizándolas "con el propósito de resguardar adecuadamente la libre competencia en el sector" de las telecomunicaciones.³⁶⁵

De esta forma, la CR, ejerciendo su función calificadora de mercados, junto a sus naturales facultades de defensa de la libre competencia, liberaliza servicios en los cuales existe competencia o la promueve, exigiendo cambios técnicos y económicos en las tarifas nuevas.

³⁶⁵ *Idem*, decisión 4ª

1.3. Resolución N°611, de 2001. Petición de descalificación

La CR, ante la petición formulada por la empresa CTC, en enero de 2001, se abocó a determinar si procedía la declaración de que servicios previamente calificados por aquella como servicio público telefónico local, en la resolución 515, se desarrollaban en un mercado que permite garantizar un régimen de libertad tarifaria, y que en consecuencia, tales servicios dejan de estar afectos a fijación de tarifas.

La CR solicitó informe o conoció las opiniones del Fiscal Nacional Económico, múltiples empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, agrupaciones de consumidores, MTT y Minecon, garantizando así un procedimiento abierto y participativo.

Efectuado el análisis de rigor, y revisando las consideraciones de la Resolución 515 y antecedentes aportados por la solicitante, estimó que

los nuevos antecedentes presentados por CTC no muestran una variación significativa de su participación en el mercado de la telefonía local, respecto de la considerada por esta Comisión al momento de dictar la Resolución 515.³⁶⁶

Por otra parte, la competencia de la telefonía móvil respecto de la telefonía fija, no obstante el rápido desarrollo de la primera (alcanzando el número de aparatos móviles a los fijos), el tráfico por telefonía fija era de 10 veces mayor al del móvil, junto con ser la tarifa móvil varias veces superior a la fija. Por lo anterior, la CR estima que no es posible plantear aún que el servicio de telefonía móvil sea un sustituto cercano o constituya competencia relevante para el servicio telefónico local (cons. 11°). Agrega la resolución que las redes de telefonía local de esa compañía son un insumo indispensable para

³⁶⁶ R. N° 611, CR, Cons. 7°

todos los operadores chilenos de telecomunicaciones, destacando así la propiedad de las redes, como instalaciones esenciales de la telecomunicación. Incluso los adelantos tecnológicos son considerados por la CR, pero ellas "aún muestran un desarrollo incipiente, manteniéndose todavía una alta concentración y baja contestabilidad en el mercado de telefonía local".

La CR también comparte una aprensión de la autoridad, cual es que un escenario de libertad tarifaria permita al actor dominante incrementar sus tarifas en las zonas sin competencia significativa e incurra en conductas predatorias en aquellas donde sí enfrenta competencia, por la escasa desafiabilidad del mercado.³⁶⁷ Finalmente, si bien se declara que las condiciones existentes en el mercado no merecen el declarar aún una modificación de la R. 515, se admite que las condiciones puedan variar rápidamente en el futuro, fruto del dinamismo del sector telecomunicaciones, lo que podría dar paso a una liberalización de tarifas.

Como en otras ocasiones, la CR, pese a que estaba conociendo de una eventual descalificación de servicios, efectúa cuatro declaraciones adicionales, como son el que se garantice la desagregación efectiva de las redes y tarifación de insumos para competidores; que las tarifas futuras contemplen la debida flexibilidad, permitiendo diferencias de las mismas, por áreas tarifarias, cuando haya fundamentos de costos; que variaciones relevantes en el costo unitario del servicio en función del volumen demandado por el usuario se refleje en la definición de categorías dentro de cada área tarifaria, a efectos de permitir tarifas diferentes, sobre la base de descuentos por volumen con fundamentos de costos, conforme el artículo 30 H LGT, pudiendo requerir a la autoridad sectorial los actos administrativos necesarios, que complementen el decreto tarifario; y que se procure la remoción de cualquier obstáculo artificial para la competencia, ya sea el manejo

³⁶⁷ R. N° 611, Cons. 13°

de la numeración telefónica, asignación de frecuencia del espectro radioeléctrico o en el acceso de los operadores de telecomunicaciones. Estas declaraciones, fuera del ámbito propio de la descalificación, entran de lleno en la regulación y procedimiento de la actividad. No queda claro cómo deben reflejarse en el proceso tarifario próximo, ¿acaso como simples recomendaciones que se añadan a la resolución que se manifieste en su oportunidad sobre los servicios sujetos a calificación o bien como parte integrante de dicho proceso?

Posteriormente, se presentó un recurso de aclaración a la resolución de marras, que fue declarado no ha lugar, pero que resulta relevante por lo que añadió a dicha resolución de carácter no contencioso:

*Nada de lo indicado en el punto resolutivo cuarto de la Resolución N° 611 podrá entenderse rectificatorio de lo que en su oportunidad se dispuso en la Resolución 515, ni pretende prejuzgar respecto de la interpretación administrativa que la Subsecretaría de Telecomunicaciones debe hacer de las normas de la Ley General de Telecomunicaciones, incluidas las de su Título V.*³⁶⁸

La anterior resulta de suyo interesante, pues deja establecido y delimitado, por la propia CR, un ámbito al cual los Tribunales de Defensa de la Competencia pueden invadir, cual es la interpretación administrativa de las normas de procedimiento sobre tarificación, dejando establecido que no le alcanzan sus atribuciones al ámbito propio del regulador sectorial.

1.4. Resolución N°686, de 2003

La R. 686 tuvo como impulso la petición de la CTC pidiendo una declaración que en ciertas zonas geográficas, existen condiciones de competencia suficientes para disponer un régimen de libertad tarifaria.

³⁶⁸ R. N° 614

A diferencia de las anteriores calificaciones de servicios en materia de telefonía, en 2003, la CR no alcanzó un acuerdo unánime de los integrantes del Tribunal respecto a las condiciones del mercado.³⁶⁹ Lo anterior es explicable, toda vez que el mercado de las telecomunicaciones ha tenido un fuerte dinamismo, fruto de la cobertura de la telefonía móvil, el desarrollo de Internet, entre otros. Agreguemos que la actora dominante del mercado presentó una petición de descalificación en 2001, y una demanda multimillonaria contra el Fisco por la fijación de 1999.

En el caso del servicio público telefónico local, la CR califica expresamente a los servicios conforme sean prestados a usuarios finales (20) o servicios prestados a otros concesionarios o proveedores de servicios complementarios (4). Estos servicios serán objeto de fijación de precios para los servicios suministrados por las compañías dominantes que indica, en los lugares que se señala. Respecto al servicio público telefónico de larga distancia, nacional e internacional, la CR califica excepcionalmente; y en materia de servicio público de conmutación y/o transmisión de señales provistos circuitos privados, dentro de la zona primaria, suministrados a concesionarias, permisionarios y público en general, diez servicios.³⁷⁰ Agrega que, respecto de los servicios de transmisión y/o conmutación de señales provistos como circuitos privados, se deberán regular respecto de todos los prestadores.

Asimismo, se deberá proceder a la fijación de tarifas, respecto de todos los proveedores, de las facilidades para la aplicación de la portabilidad del número, cuando existan las condiciones técnicas y económicas que lo hagan viable, según lo determinen los respectivos

³⁶⁹ Más arriba hemos efectuado una crítica a la tesis del precio máximo como referente, que fue expuesta como parte de la flexibilidad de algunos integrantes y rechazada por el Tribunal.

³⁷⁰ R. N° 686, decisión 1ª y 2ª

Ministerios, lo que se efectúa con una finalidad de fomentar las condiciones de competencia en el mercado.³⁷¹

Para efectuar la calificación del mercado del servicio público telefónico local, la Comisión consideró los siguientes elementos:

1. En el caso de un único proveedor del servicio, no hay competencia;

2. Persiste una alta concentración en el mercado de telefonía fija nacional, aun existiendo mayor número de competidores que en 1998, lo que denota mayor competencia;

3. El porcentaje de participación en el mercado de un actor no es el único factor relevante para escudriñar las condiciones de competencia en un mercado, debiendo analizarse su desafiabilidad;

4. La telefonía móvil no es un servicio sustituto adecuado de la telefonía fija, salvo que los precios, calidad de servicio y cantidad de tráfico cursado fueran asimilables; y

5. Las nuevas tecnologías en el mercado no constituyen aún una competencia potencial del servicio público de telefonía local.

Para el servicio de larga distancia nacional e internacional es un mercado maduro, donde las redes de una empresa son utilizadas por el resto de las compañías, y para los usuarios no hay grandes costos de cambio, dada la escala de operación de los operadores y la forma de operación del multiportador. Sólo quedan sujetos a régimen de fijación tarifaria los servicios de transmisión y/o conmutación, en forma excepcional, comunicaciones de Coyhaique e Isla de Pascua.

³⁷¹ *Idem*, Cons. 10º y decisión 3ª

La única recomendación con fines pro-competitivos que efectuó la CR fue la de reiterar la petición de hacer efectiva la desagregación de redes,³⁷² con la salvedad que dos integrantes la estimaron improcedente, por ser una cuestión de carácter administrativo y carecer el Tribunal de un texto legal expreso que la habilite para intervenir en la regulación.

2. LA CALIFICACIÓN DEL TDLC EN MATERIA DE SERVICIOS SANITARIOS

La legislación sanitaria contempla respecto a ciertas prestaciones la calificación que debe realizar el TDLC para determinar la existencia de características monopólicas, siendo necesario fijarles tarifas complementarias a las ya establecidas (Arts. 12 A y 21 LTSS).

2.1. Resolución N°527, de 1998

En la R. 527, la CR califica dentro de estos servicios la actividad de calibración de medidores de agua potable.

Siendo principalmente fundamentos legales y reglamentarios la causa de dicha calificación, para el tribunal aparece que debe fijarse la tarifa a todos los prestadores que realicen la actividad de calibración, pues:

el propósito del legislador, claramente manifestado en las referidas disposiciones legales y reglamentarias, es que el prestador debe dar un servicio integral, que sea de su responsabilidad, desde la red pública hasta la conexión con la instalación interior del inmueble, siendo el medidor parte integrante del sistema que queda bajo la tuición de la empresa concesionaria, por lo que la prestación del servicio de calibración de los medidores

³⁷² *Idem*, decisión 4ª

*debe ser efectuada por ésta, y por lo tanto sin competencia, ni intervención de terceros.*³⁷³

Nuevamente, la autoridad antimonopolios complementa la calificación del servicio monopólico, "sin perjuicio de lo expuesto" con la solicitud a la SISS para la elaboración de un reglamento que permita a las concesionarias llevar un registro de las personas idóneas que pueden realizar dicha calibración.³⁷⁴ Esta recomendación permite, pese a establecer un monopolio en el servicio que pasa a ser regulado, garantizar la debida transparencia y protección de los usuarios, no perdiendo la posibilidad de elegir libremente entre las personas que integran dicho registro.

2.2. Resolución N°694, de 2003

Por esta resolución, la CR, a petición de la SISS, califica el servicio prestado por la concesionaria de revisión de proyectos de construcción que impliquen una modificación de los servicios de agua potable y de alcantarillado de la empresa concesionaria, conforme el artículo 46 LGSS, como servicio asociado al que presta una concesionaria de servicios sanitarios, que presta una empresa -Aguas Andinas, ex EMOS- por ofrecerlo en condiciones monopólicas.

La empresa alegó que los cobros no eran propiamente prestaciones o servicios a terceros, sino una "compensación" -previamente establecida- por los gastos incurridos en la revisión. No obstante, es necesario que la empresa constataste que el proyecto protege en debida forma las instalaciones y se ajusta a la normativa técnica, de tal modo que las modificaciones permitan seguir a la empresa prestando los servicios que le competen, con la misma calidad y seguridad con anteriori-

³⁷³ R. N° 527, Cons. 6°

³⁷⁴ *Idem*, declaración 2ª

dad a la modificación; y que dicha revisión no puede delegarse en terceros ajenos a la empresa, con la información interna que sólo existe en sus archivos y modelos hidráulicos.

Dentro de lo considerado por la CR, estuvo lo informado por la FNE, que al respecto señala

Que se desprende que la empresa cobra una tarifa por tal prestación, la cual, aunque denomina "compensación", es fijada libremente por ella de acuerdo a su propio criterio, considerando que ostenta una posición monopólica en el mercado.

Que en consecuencia, las condiciones del mercado no son suficientes para asegurar a los usuarios que los cobros por dichos servicios complementarios sean fijados con criterios generales, objetivos y razonables por parte de Aguas Andinas S.A.³⁷⁵

Debemos destacar que la resolución de la CR haga aplicable la fijación sólo a una empresa concesionaria, Aguas Andinas, y que, a diferencia de otras calificaciones, no se fijara para toda la industria regulada, sino sólo para una empresa. De la R. 696 no se colige que la prestación sea o no efectuada por otras concesionarias, por lo que la fijación de precios se limita, conforme lo declarado por la CR, siendo necesario fijarle tarifas dentro del respectivo período tarifario.

3. LA CALIFICACIÓN DEL TDLC EN MATERIA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS

A partir de la modificación introducida a la LGSE por la Ley 19.674, de abril de 2000, y como era esperable tras la R. 531 de la CR, se

³⁷⁵ R. N° 696, visto 2.2

estableció que ciertos servicios suministrados por las distribuidoras eléctricas debían someterse a una calificación previa del TDLC para ser tarifados.

Así las cosas, la modificación legal dispuso que los servicios no consistentes en suministros de energía y prestados por empresas, ya fueren o no concesionarias de servicio público, serán objeto de tarifación, en el caso que el TDLC disponga expresamente que deben ser calificados como sujetos a fijación de precios, en razón de condiciones existentes en el mercado insuficientes para garantizar un régimen de libertad de tarifas. Dicha resolución debe dictarse previa solicitud de la SEC o de cualquier interesado.³⁷⁶ Para la descalificación, el artículo 107 bis dispone que ella puede ocurrir en cualquier momento, cuando el TDLC así lo determine, debiendo Minecon, mediante decreto, formalizar su descalificación como servicio sujeto a fijación de precios.

Estas tarifas de servicios asociados al suministro deben ser revisadas y determinados sus nuevos valores con ocasión del proceso de fijación de tarifas de suministros de distribución, no obstante que, en cualquier momento y cuando la TDLC lo determine; el Ministerio de Economía, mediante un decreto, formalice su descalificación como servicio sujeto a fijación de precios.³⁷⁷

3.1. Resolución N°592, de 2001

En la R. 592, la CR por vez primera determinó, a objeto de tarificar, cuales servicios no consistentes en suministros de energía eléctrica, pero asociados a éstos, sean o no prestados por empresas concesionarias; o que se presten en mérito de la calidad de concesionario de

³⁷⁶ Art. 90, N° 4 LGSE

³⁷⁷ Art. 107 bis LGSE

servicio público; en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria a su respecto. En esta resolución la CR declara, previo requerimiento de la SEC, que respecto a 25 servicios asociados al suministro eléctrico no hay garantías para la libertad tarifaria, por lo que Minecon debe fijarles precio.³⁷⁸

El análisis del tribunal respecto a los motivos para someter al régimen de precios fijados se basa en el informe de la FNE y de la SEC, razonando que

*respecto de gran parte de los servicios propuestos por [...la SEC], no existen las condiciones de mercado suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria con relación a ellos. Esta situación se debe a la existencia de posiciones monopólicas o dominantes de las empresas eléctricas, derivadas de consideraciones legales o regulatorias y de la existencia de economías de escala o de ámbito tales como la propiedad de las infraestructura y la coordinación requerida entre agentes para la prestación de ciertos servicios, como también de asimetrías de información y de la naturaleza propia del servicio eléctrico, como lo reconocen en sus prestaciones, en muchos casos, los propios agentes del mercado consultados o como lo hacen, en otros casos, la mayor parte de ellos.*³⁷⁹

En el párrafo anterior, la CR efectúa un lúcido análisis de las razones que motivan su calificación y tarificación, las cuales no sólo tienen un origen económico (v.gr., economías de escala o de ámbito), sino también derivado de la propia regulación, la cual puede dar origen a servicios que deben ser prestados por razones de exclusividad por la empresa como consecuencia de normas del Reglamento Eléctrico o de la LGSE. En otras palabras, el monopolio natural regulado ve acre-

³⁷⁸ R. N° 592, declaración 1

³⁷⁹ *Idem*, Cons. 4°

centado su dominio en una industria conexas, a resultas de una norma jurídica. Lo anterior debiera hacer reflexionar a la Administración al momento de regular un mercado, pues bien puede concedérsele nuevos monopolios. Creemos que algunos de los servicios asociados al suministro eléctrico, como los que declara la CR en la R. 592, tienen un elemento monopólico, que sólo puede prestarse por la empresa eléctrica, y un elemento no monopólico. Así, lo que debiera someterse a fijación de precios debiera ser exclusivamente el componente no competitivo del servicio asociado, facilitándose la concurrencia en la parte en la que puede darse.

Una segunda línea de argumentación desarrolla la CR en la parte considerativa para calificar servicios es la promoción de la competencia:

Asimismo, existen servicios cuyos precios deberán ser fijados con el objeto de promover la competencia en el mercado eléctrico, como es el caso de los peajes adicionales para clientes libres originados por la utilización de instalaciones de subtransmisión y de distribución. Por otra parte, existen servicios que deberán quedar sujetos a fijación tarifaria con el fin de evitar que se produzcan distorsiones en otros mercados, como el de las telecomunicaciones, teniendo en especial consideración la actual incorporación de empresas eléctricas a éste último.³⁸⁰

Como podrá observar el lector, el fundamento para la calificación en estos servicios es distinta a la causal que señala la LGSE en el numeral 4° del artículo 90, pues ya no es la insuficiencia de las condiciones existentes en el mercado las que no garantizan un régimen de libertad tarifaria, sino una causa distinta: promover la competencia en el mercado eléctrico. En primer término, la competencia que se desea promover no es respecto a clientes finales, regulados, sino respecto a

³⁸⁰ *Ibid*

clientes libres, los cuales ya pueden negociar sus precios con empresas de generación, pero, de estar dentro de una zona de concesión, el generador deberá utilizar una instalación esencial de un tercero, el distribuidor, lo cual puede entorpecer la competencia por el cliente libre, entre generadores. Un segundo aspecto dice relación con la regulación de los peajes por el uso de instalaciones eléctricas, que es materia de ley, conforme la LGSE. Pero respecto al deseo de evitar distorsiones *en otros mercados*, como el de las telecomunicaciones, debemos destacar que la LGSE es una norma que regula la industria eléctrica, no la de las telecomunicaciones, y que la consideración legal expresa que las condiciones existentes “en el mercado” sean insuficientes para la libertad de precios. ¿Cuál es el mercado que alude la LGSE? Para la interpretación de la CR, es claro que el mercado del artículo 90 N° 4 LGSE *incluye* al de las telecomunicaciones, y no se limita al eléctrico. Cabe la pregunta si una distorsión en otro mercado, como es de las telecomunicaciones, puede ser resuelta de buena manera por el regulador eléctrico, mediante una tarifa.

Junto con la declaración de 25 servicios, la R. 592 encarga a la SEC determinar si las empresas están facultadas legalmente para prestar 3 servicios y si lo hacen *en condiciones de exclusividad*; como también un pronunciamiento previo de Minecon respecto a la inclusión o no de los 25 servicios en el VAD, lo que haría que las empresas no puedan cobrar adicionalmente por el servicio; que la SEC elabore una clasificación única de los servicios y solicita al Gobierno una modificación a la LGSE en orden a que los ingresos por estos servicios que utilicen infraestructura de empresas distribuidoras se consideren en la fijación de sus tarifas. La CR, además, señala cuales son los sujetos objeto de la tarificación, realizándose respecto de los servicios prestados por las empresas de distribución eléctrica, sean o no concesionarias, por sus empresas filiales o relacionadas o por empresas sobre cuya administración las empresas de distribución eléctrica o sus socios controladores tengan influencia decisiva.

Finalmente, la empresa eléctrica Chilectra efectúa una petición a la CR, de fijación de precio respecto al servicio de mantenimiento o conservación de empalmes, toda vez que no estaría incorporado en el VAD en forma explícita. Si bien no fue resuelta en esa oportunidad, es notable que sea una empresa quien solicite se le fijen precios, claro que pidiendo que se le permita cobrar un precio de un servicio que puede entenderse ya cobrado en el VAD. La CR no se pronuncia al respecto en la R. 592, toda vez que requiere un análisis particular.

4. LA CALIFICACIÓN DEL TDLC EN MATERIA DE GAS DE RED

Tras la dictación de la Ley 18.856, se introdujeron importantes modificaciones a la LSG, especialmente en materia de tarifas. Así, y no obstante el régimen general de precios libres que contempla el artículo 30 LSG, el TDLC puede emitir una resolución solicitando al Minecon la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de una determinada zona de concesión de servicio público de distribución de gas que individualmente consuma mensualmente menos de 100 Gigajoule. Esta solicitud sólo puede ser invocada por el TDLC en una determinada zona de concesión cuando a lo menos se demuestre que con el sistema tarifario que haya establecido la empresa concesionaria para el servicio público de distribución de gas, los ingresos de explotación que se produzcan a lo largo de un año calendario le permiten obtener a los bienes de la zona de concesión una tasa de rentabilidad económica superior en cinco puntos porcentuales a la tasa de costo anual de capital definida en el artículo 32 LSG. Además de esta condición, el TDLC puede considerar los antecedentes adicionales que estime pertinentes.

En cualquier momento, si las condiciones o regulaciones del mercado fueran suficientes para volver a asegurar un régimen de libre competencia, el TDLC puede emitir, de oficio o a petición de parte, una

resolución dejando sin efecto la fijación de precios por parte de Minecon para los suministros de gas que se encuentren en tal situación en virtud de una resolución anterior a ella. Destacamos que no sean sólo las condiciones del mercado las que pueden justificar el cambio por el TDLC, sino que las regulaciones existentes, con lo cual se muestra como la autoridad, a través de regulaciones –o desregulaciones- se puede dar paso a la libertad de precios en un mercado otrora gobernado con precios máximos.

A las resoluciones del TDLC en materia de servicio de gas, les era aplicable lo establecido en el artículo 19 DL 211, hoy derogado. El artículo 19 D.L. N° 211 contenía el procedimiento relativo al recurso de reclamación. Ahora bien, este recurso de reclamación, contemplado expresamente la LSG, debe entenderse como el hoy contenido en el artículo 17 L D.L. N° 211, a más del recurso de reposición contenido en el artículo 18 D.L. N° 211, que contiene el procedimiento especial para las materias no contenciosas de las que se pronuncia el TDLC.

Desde la fecha de la Ley 18.856, el TDLC no ha ejercido la calificación contenida en el artículo 31 LSG.

Para el caso de las empresas de la XII Región, esta calificación del TDLC es innecesaria.

5. ¿CUÁNTA COMPETENCIA ES EL LÍMITE DE LA REGULACIÓN DE PRECIOS?

Teniendo en cuenta que la calificación de lo competitivo en un mercado libera ciertos servicios de la regulación de precios, la interrogante de cuántos competidores son suficientes para que no haya regulación es de suma importancia, pues su calificación por el TDLC, puede hacer variar el régimen de precios.

¿Es acaso una determinación que depende de la cantidad de competidores?

Si consideramos el mercado de la telefonía local, inicialmente había un solo proveedor del servicio. Posteriormente se pasó a una situación de superposición de concesiones de telefonía local en grandes ciudades, pero persiste el predominio en el mercado de un monopolista. Luego se inicia la prestación de servicios de telefonía móvil con dos competidores más, por cada una de las dos zonas de prestación del servicio. Recientemente, comienzan a prestar servicios los concesionarios de teléfonos personales, móviles como los celulares. A diferencia de la superposición de concesionarias de telefonía fija, la móvil ha tenido un explosivo crecimiento. En una ciudad como Santiago tenemos tres concesionarios de telefonía local, dos de telefonía celular móvil y tres más de telefonía móvil digital. En total, siete prestadores de servicio telefónico. ¿Es acaso insuficiente este número para determinar la libertad de precios? Si se considera la situación de la telefonía de larga distancia, en la que existen una docena de portadores, la diferencia numérica no es grande, aunque teniendo presente que las condiciones para acceder al portador por el usuario son distintas a las de acceso para una empresa fija de telefonía; agregándose la posición dominante de la CTC.

En la búsqueda de una cantidad suficiente, un mercado oligopolístico resulta competitivo, como punto medio entre un mercado atomizado y un monopolio. Teniendo en cuenta el tipo de producto ofrecido por las empresas públicas, su atomización es indeseable para la sociedad, tal como el poder del único vendedor. En teoría nada dice que los oligopolistas no se comporten como competidores,³⁸¹ y como dijo Harold Demsetz, "no hay alguna teoría que nos permita deducir de

³⁸¹ BORK, *op.cit.*, pág. 104

un grado de concentración observable en un mercado particular, si el precio y la oferta son competitivos o no".³⁸²

De la existencia de monopolios naturales, como el estadio del mercado más claro para la calificación por el TDLC, hasta la competencia perfecta como situación ideal, aunque por ideal, de difícil ocurrencia en los mercados, existen diversos niveles intermedios. Junto con el reconocimiento tácito del monopolio dentro de la prevención del abuso de posición monopólica que hace el D.L. N° 211,³⁸³ se hace manifiesto que el monopolio no es reprochable por sí, más aún ante la evidencia de que los monopolios naturales van de la mano de las empresas de utilidad pública.

Constatados los mercados imperfectos y los monopolios naturales, su existencia no merece castigo, aunque tampoco precios libres. La calificación del TDLC opera a la inversa de la represión de conductas contrarias a la libre competencia: en cierta manera es un *certificado de sanidad* del mercado, en el cual el tribunal apuesta por la existencia actual y futura de una competencia suficiente en el mercado como para no requerir la regulación de precios máximos. Este ejercicio tampoco es aleatorio, ya que en la calificación se oye a los partícipes del mercado, se considera la regulación existente en el mercado, se observan las innovaciones técnicas que favorecen la competencia, etc. Aun así, dado el nivel de competencia existente en el mercado como para estimarla suficientemente asegurada (diez portadores en el caso de larga distancia telefónica), tampoco es mucho, sobre todo que una participación considerable del mercado se concentra en menos prestadores.

³⁸² DEMSETZ, Harold. "Why Regulate Utilities?", en *J. Law & Econ.*, Vol. XI, 1968, pág. 59 y 60. La traducción es nuestra

³⁸³ GUERRERO, José Luis y BOFILL, Alvaro. "Acerca del Concepto Constitucional y Legal de Competencia", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, t. XVI, Valparaíso, 1995, pág. 205

En cualquier caso, la calificación depende del mercado, por lo que condiciones adversas a la competencia pueden motivar una *re-regulación* de precios previamente libres.

Teniendo en cuenta el concepto de libre competencia de la jurisprudencia antimonopolios, si en los mercados estudiados se noten como resultados la *prestación de más y mejores servicios a precios más convenientes* a los usuarios.

Tal vez dependa sólo de la decisión del TDLC saber *cuánta* es la competencia suficiente, cuando ésta exista en el mercado, aunque tampoco es un criterio con certeza para los usuarios y prestadores.

Parfraseando al magistrado de la Suprema Corte de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, quien señalara que el derecho es lo que los tribunales dicen que es,³⁸⁴ la competencia sería "*lo que el Tribunal dice que es*".

5.1. El límite en el derecho comparado

En el derecho comparado, la calificación de competencia en el mercado es igualmente aplicada. En México, la determinación de los precios y tarifas se hace necesaria cuando no existan "condiciones de competencia efectiva", a juicio de la Comisión Federal de Competencia, pudiendo solicitarse dicha declaración de existencia de condiciones competitivas a la mencionada Comisión por personas del sector privado.³⁸⁵

³⁸⁴ La cita original reza así: "la profecía de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa con más pretensiones, es lo que entiendo por Derecho". En ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Argentina, 1963, pág. 71; citando a HOLMES, Oliver W. *The Path of Law*, pág. 457

³⁸⁵ Art. 14. II Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, México

Un criterio similar se utiliza en aquellos países donde es el mismo organismo regulador y fiscalizador el que determina las condiciones competitivas de los servicios, como ocurre en Panamá y Bolivia. En el caso panameño, la ley expresamente señala los tres casos donde se hace necesaria la regulación: cuando exista un solo concesionario para la prestación de un determinado servicio en el ámbito nacional o en un área geográfica determinada; cuando uno o más servicios se encuentren subsidiados con las ganancias de uno u otro servicio; o cuando el ente regulador determine que existen prácticas restrictivas a la competencia, en cuyo caso podrá, además de fijar las tarifas, o en lugar de éstas, debe tomar las medidas necesarias para corregir las prácticas restrictivas a la competencia.³⁸⁶ En España, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones informa al Gobierno "en función del grado de concurrencia en el mercado de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la competencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y la accesibilidad a los servicios públicos de telecomunicaciones por parte de los ciudadanos" previa fijación de tarifas.³⁸⁷

En Bolivia se utilizan una serie de límites objetivos para determinar la inexistencia de competencia en un mercado como el de las telecomunicaciones, procediendo a fijar precios máximos si:

- (a) Sólo existe un Proveedor legalmente autorizado para la provisión del servicio en el área geográfica.
- (b) Varios Proveedores están autorizados en la misma área geográfica, pero sólo uno de ellos actualmente presta el servicio.

³⁸⁶ Art. 38 Ley 31, de 8 de febrero de 1996, Por la Cual se Dictan Normas Para la Regulación de las Telecomunicaciones en la República Panamá

³⁸⁷ Art. 16, apartado 1º, p. g; Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, España

(c) Varios Proveedores están autorizados en la misma área geográfica, y uno de ellos mantiene una posición dominante en el mercado, no estando expuesto a una competencia sustancial en el mismo. Para los efectos del presente Reglamento se entiende que una empresa o entidad tiene una posición dominante en el mercado si existe por lo menos una de las siguientes circunstancias:

(i) Uno de los Proveedores prestó el mismo servicio o un servicio funcional y técnicamente equivalente a cincuenta por ciento (50%) o más de los abonados en la misma área geográfica durante los doce (12) meses anteriores;

(ii) Uno de los Proveedores alcanzó cincuenta por ciento (50%) o más del total de los ingresos brutos recibidos por todos los Proveedores del mismo servicio y servicios equivalentes en la misma área geográfica durante los doce (12) meses anteriores; o

(iii) Un Proveedor ofrece un nuevo servicio en competencia que no estaba disponible dentro del territorio nacional y este Proveedor tiene una posición dominante en la provisión de otros servicios de telecomunicaciones en la misma área geográfica, salvo que el nuevo servicio sea provisto a través de una administración distinta y sujeto a contabilidad separada.³⁸⁸

E. TARIFAS LIBRES

La posibilidad de que los precios que cobra una empresa de utilidad pública sean libres puede tener dos motivos: que el usuario tenga una posición tal que pueda negociar en igualdad con la prestataria o que el mercado presente las características de competitivo.

³⁸⁸ Art. 145 Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones de Bolivia

Pero no debe incurrirse en el error de creer que las tarifas máximas de las empresas con tarifas fijadas no son libres. Debemos afirmar que también son libres, pero limitadas a que las tarifas que cobren las empresas no pueden sobrepasar el precio máximo, pudiendo ser inferiores a él. En este sentido la CR señaló que "las tarifas que se fijen tendrán el carácter de máximas por lo que las empresas que enfrenten competencia en un área específica pueden aplicar tarifas inferiores a las reguladas, en términos no discriminatorios".³⁸⁹ Es decir, la libertad a estas empresas es "sólo para abajo".

Ahora bien, sin duda que un mercado donde hay libertad de tarifas es mucho más flexible en materia de precios, ya que sólo estará supervigilado por los órganos antimonopolios; mientras que un mercado regulado no sólo está restringido en una libertad de precios "para abajo" respecto de las tarifas fijadas, sino que también lo estará en el tiempo que debe permanecer bajo una estructura tarifaria determinada.

Además, existen mercados donde hay usuarios con libertad para negociar precios libres con los prestadores o permanecer como usuarios con tarifas reguladas, como son el mercado eléctrico y sanitario. En ambos mercados, a los grandes usuarios se les permite negociar libremente sus tarifas.

1. LA LIBERTAD PARA NEGOCIAR

El carácter de precios libres, ya sea para grandes usuarios, servicios competitivos, o excepciones legales, podría dar a entender que estos precios deben ser inferiores a los fijados en ese mercado, pero esta libertad debe entenderse tanto para convenir precios inferiores a los fijados como para contratar precios superiores a los regulados por la

³⁸⁹ R. N° 394 complementaria.

autoridad. Finalmente, puede ser igual al precio fijado. Que el precio sea mayor, menor o igual al precio fijado para pequeños usuarios no es necesariamente un abuso de posición monopólica.³⁹⁰

2. MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE PRECIOS LIBRES EN SERVICIOS SUMINISTRADOS SIN COMPETENCIA

Tal como la CR pidió la liberalización de servicios, debido a su prestación competitiva; también ésta ha solicitado al Gobierno la modificación legal y la regulación de precios en servicios prestados en condiciones monopólicas. Este fue el caso de los servicios de las empresas distribuidoras eléctricas que son libres pero se otorgan en condiciones no competitivas, como son el "arriendo y conservación de medidores" (incluso de equipos de medición que su fabricante indica que no lo requiere), "desconexión y reconexión de servicios", y otros cobros similares, donde la CR pidió la modificación legal.³⁹¹

F. ¿A QUIÉNES AFECTA LA DETERMINACIÓN DE REGULAR EL PRECIO DE CIERTOS SERVICIOS?

Una vez que se fijan las tarifas, ¿a quiénes se les aplican? Si la ley lo señala, ellas se deben aplicar a las empresas que la ley indique.

Luego, si es necesaria una resolución de un órgano antimonopolios, se creó primeramente una doctrina que señaló que "[debían] afectar a todo el servicio de telecomunicaciones declarado monopólico, en este caso, el servicio público telefónico y, por consiguiente, cualquiera

³⁹⁰ R. N° 205, Cons. 3°

³⁹¹ R. N° 531 y SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, "Cobros Injustificados en Cuentas Eléctricas", *op.cit.* Anteriormente, en D. N° 844, CPC

sea la empresa que lo preste".³⁹² Esta tesis significó que una empresa sin dominio de mercado, pero prestando un servicio *regulable*, debía prestarlo con tarifas máximas fijadas y cumpliendo las observaciones hechas en la resolución de la Comisión.

Actualmente, la tesis que impera es una distinta y da cuenta de un análisis económico más certero. No obstante participar en mercados de escasa competencia, la fijación de tarifas máximas opera sólo para aquellas empresas con dominio de mercado, dejando al resto de las empresas sin dominio de mercado, con precios libres.³⁹³ Estos precios libres, ¿pueden ser superiores a los de la prestadora con precios fijados? De ocurrir dicha situación, los consumidores debieran cambiarse racionalmente al prestatario que con precios fijados, lo son más bajos que los del prestador no-monopólico. La situación en la que la empresa sin precios fijados tenga precios menores que los máximos fijados puede conducir un cambio de usuarios desde la dominante a la sin dominio. Los precios menores de la prestadora sin dominio muestran una eficiencia incluso mayor que la empresa con precios fijados si ella no iguala sus tarifas a la que carece de dominio de mercado.

En la calificación de la R. 515, la CR aclaró que la fijación de precios máximos para servicios prestados en condiciones no competitivas era para aquellas empresas que fueran monoprestadores o que tuvieran una posición de dominancia en cada mercado.³⁹⁴

³⁹² D. N° 606, p. 5°, CPC

³⁹³ Así, en Colombia las causas para tener tarifas libres son Art. 88.2. "Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta ley; 88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta ley." Ley 142, 1994, Colombia

³⁹⁴ R. N° 515, decisión 1ª

Concluyendo, las empresas que no se ven afectas por el decreto tarifario por carecer de dominio de mercado, si bien pueden tener precios superiores a los del prestador regulado, por razones de eficiencia deben igualar o reducir sus precios a los de éste, al menos siguiéndolo en sus tarifas, para no ser desplazados del mercado.

Prácticas contrarias a la libre competencia en materia de tarifas

Vistas las diversas clases de empresas que prestan servicios de utilidad pública, con o sin concesión, teniendo o no el carácter de monopolios e incluso con precios regulados, la gama de conductas en que ellas pueden incurrir que atenten contra la libre competencia varía significativamente en cada caso.

La empresa prestadora, en su posición de dominio consecuencia del monopolio natural que ostente, en su actuar debe evitar los abusos de dicha posición. Pero una vez que incurra en dichos abusos, de la misma posición pública y notoria, sus actos serán abusivos de una posición de dominio, *per se*. Corresponde entonces, evaluar la licitud de la conducta de dicho prestador con una dominancia en el mercado.

Existiendo una calificación previa del TDLC respecto a algunos servicios, pero con una naturaleza administrativa, la función jurisdiccional de dicho tribunal se puede ejercer respecto a dos grandes categorías de prácticas atentatorias de la libre competencia en materia de tarifas, dependiendo del momento en que ellas ocurran:

- I. Durante el proceso de fijación de tarifas; y
- II. Una vez fijadas dichas tarifas por la autoridad o libremente por el prestador.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA REALIZADAS DURANTE EL PROCESO DE TARIFICACIÓN

La modificación que introdujo la Ley 19.549 al marco regulador de los servicios sanitarios estableció una nueva conducta contraria a la libre competencia fuera del D.L. N° 211. Esta conducta, creada *ex profeso* para los procesos de fijación de tarifas, recoge una inclinación del derecho de los servicios públicos regulados en lo referente a que en dichos procedimientos también puede atentarse contra la libre competencia.

El artículo 70 reza como sigue:

La coordinación de las empresas prestadoras, sus administradores, directores o empleados, así como cualquier otro acto o convención tendiente a distorsionar o encubrir la información de costos de prestación del servicio con el fin de influir en la obtención de tarifas más altas en el proceso de fijación tarifaria, será considerado como contrario a la libre competencia.

Este artículo surge en respuesta de un problema de todos los sistemas de fijación de tarifas,³⁹⁵ el cual es la asimetría de la información entre la empresa de utilidad pública y regulador. Este ilícito persigue evitar las prácticas dañosas de la libre competencia relativas a la información utilizada en el proceso de fijación tarifaria.

Junto con considerarse contrario a la libre competencia, la SISS puede aplicar al infractor de lo establecido en el artículo 70 una multa de cincuenta y una a quinientas unidades tributarias anuales a beneficio fiscal, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas específicamente la ley de la Superintendencia o en otros cuerpos legales o reglamentarios (Art. 11, d Ley SISS).

³⁹⁵ *Vid infra.*

Quedan dudas si la actual legislación relativa a la libre competencia es insuficiente para cubrir con su manto estas prácticas dentro de la fijación de precios o si se requería de este ilícito nuevo y especialísimo de los procedimientos tarifarios.

A. CONDUCTAS ENUNCIADAS

Tal como lo hace el artículo 3 D.L. N° 211, indicando de manera ejemplar aquellos hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; el artículo 70 LGSS enuncia tres tipos de conductas cuya realización puede resultar prohibida, con una misma finalidad:

- (a) la coordinación de las empresas prestadoras, sus administradores, directores o empleados;
- (b) los actos; y
- (c) las convenciones contrarias a la libre competencia.

La *coordinación* implica un actuar concertado, disponiendo cosas metódicamente o concertando medios y esfuerzos para una acción común.³⁹⁶ El artículo 70 LGSS configura dicha coordinación tanto para empresas prestadoras, como para el personal relacionado a ellas; ya sea al nivel de gerencia, dirección de la sociedad anónima o entre los empleados de dichas prestadoras. Ciertamente, la empresa prestadora se coordina con otra empresa mediante personas que llevarán a cabo los contactos, comunicaciones y acuerdos de coordinación. En este sentido, recordamos que dichas personas coordinadoras son un símil de "*el que*", del artículo 3 D.L. N° 211, siempre sí dentro del ámbito de las empresas prestadoras.

³⁹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op.cit.*, Vol. I, pág. 565

Dado que la norma no distingue entre empresas prestadoras competidoras y aquellas que no compitan, debemos exponer que el atentado a la libre competencia puede ser realizado entre empresas competidoras o entre empresas de zonas geográficas distintas, con mercados relevantes diversos, mediante prácticas de repartos de mercados, de acuerdo y colusión.

Además, la primera parte del artículo hace mención de la conducta de coordinación, que requiere dos o más que actúen concertadamente, pero la segunda no requiere necesariamente de la participación coordinada de personas, sino que puede realizarse por una empresa prestadora, sus administradores, directores o empleados. De este modo, la conducta descrita en el artículo 70 puede ser llevada a cabo por una o más empresas prestadoras.

Sea que la coordinación se entienda como "otro acto", o como un hecho jurídico, el artículo 70 establece que el ilícito puede llevarse a cabo por otros actos o convenciones. Al respecto, útil es traer a colación que el D.L. N° 211 utiliza la frase "cualquier hecho, acto o convención", indicando con ello que el atentado puede perpetrarse a través de cualquier fuente normativa. Así, la convención designa todas las modalidades de contratación privada; el "acto" engloba los actos jurídicos del Derecho Privado como las varias especies de actos administrativos,³⁹⁷ con lo que la exclusión del "hecho" del artículo 70 LGSS no resulta irrelevante. La coordinación puede traducirse tanto en un acto o convención; como en un hecho; pero resulta difícil prever todas las formas que puedan adoptar las conductas tendientes a buscar un alza de tarifas. Muchas veces no queda una constancia escrita, y la orden verbal puede ser un hecho excluido del ilícito.

³⁹⁷ VALDÉS, *La Discriminación...*, pág. 86 y sgtes.

No creemos que pueda excluirse la participación de terceros en estos actos ilícitos, por quienes tienen alguna participación en los procesos de tarificación, como pueden ser las comisiones periciales, consultores y la autoridad reguladora.

1. TENDIENTE A DISTORSIONAR O ENCUBRIR LA INFORMACIÓN DE COSTOS DE PRESTACIÓN

En primer lugar, las conductas descritas en el artículo 70 LGSS son "tendientes a distorsionar o encubrir". Esta tendencia de la actividad encubridora o distorsionante exige, como ha señalado la doctrina, una aptitud causal de la conducta para ser considerada vulneradora de la competencia. Esta aptitud causal no requiere necesariamente de un resultado realmente dañino, aunque de realizarse y tener consecuencias negativas también debe considerarse lesiva de la competencia. De este elemento se colige que el delito es uno de peligro, peligro que debiera ser real y proveniente de las conductas descritas en la LGSS. A estas condiciones, podemos agregar que el peligro debe ser inminente o próximo al proceso de tarificación.³⁹⁸

Los verbos rectores de las conductas descritas en el artículo 70 son dos: encubrir y distorsionar la información, siendo esta última la "acción de torcer o desequilibrar la disposición de figuras en general (...), de presentar o interpretar hechos, intenciones, etc. deformándolos de modo intencional".³⁹⁹

Respecto al encubrimiento, aparte del concepto natural y obvio de "ocultar una cosa o no manifestarla",⁴⁰⁰ está aquel utilizado para fi-

³⁹⁸ *Idem*, pág. 88

³⁹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op.cit.*, Vol. I, pág. 765

⁴⁰⁰ *Op.cit.*, pág. 827

nes penales, como una forma de participación en el hecho ajeno, realizada por el encubridor. Si usamos el concepto penal del encubrimiento, uno de sus requisitos es la intervención posterior a la ejecución del crimen o simple delito,⁴⁰¹ no puede usarse para efectos de la conducta descrita en el artículo 70 LGSS, ya que implica una conducta realizada por quien no es autor, justamente opuesto a la estudiada, que implica más bien la ocultación de la información o bien no manifestarla por su autor.

Tanto la distorsión como el encubrimiento de la información, es respecto a los costos de prestación de los servicios regulados.

Cualquiera sea el verbo usado, es claro que ambos se dirigen a la calidad y cantidad de la información usada en los procesos tarifarios.

2. FINALIDAD DE LA CONDUCTA

Las diversas conductas descritas en el artículo que estudiamos deben ser realizadas con el "fin de influir en la obtención de tarifas más altas en el proceso de fijación tarifaria". Sin esta voluntariedad especial, las conductas llevadas a cabo por un acto o convención que distorsionen la información utilizada en el proceso de tarificación, pero de manera fortuita o con una finalidad anticompetitiva diversa a obtener un alza de tarifas son perfectamente lícitas -al menos a la luz de la LGSS-. Es así como la finalidad de las conductas se transforman en

⁴⁰¹ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, Tomo II, pág. 248 y sgtes. Respecto al encubridor, señala que es quien, con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autor ni como cómplice, interviene con posterioridad a su ejecución, realizando alguna de las conductas descritas [en el Art. 17 del Código Penal: aprovechamiento, favorecimiento real, personal ocasional o personal habitual]

la pieza clave del ilícito concurrencial de la LGSS. Sin ella o con otra, no hay delito. Ciertamente, esta finalidad exigida por la ley, como intención del engaño persigue que se sancione a quien abusa de los usuarios como resultado de un proceso de tarifación, abuso que de no ser observado puede tener una duración máxima de un período tarifario (cinco años).

La finalidad exigida en este ilícito debe ser la causa consciente de actuar del sujeto, exigiéndose así que las conductas con la aptitud causal estén acompañadas de la intención o motivo de obtener tarifas más altas. Esta finalidad requerida por el legislador nos obliga a eliminar cualquier intento de someter a un régimen de responsabilidad objetiva la situación descrita en el artículo 70, con lo que no puede excluirse la culpabilidad en dicha práctica.⁴⁰² La conducta exige tanto una aptitud causal distorsionadora o encubridora como una intencionalidad específica, que conjuntamente, puede ser considerada lesiva de la competencia.⁴⁰³

De suyo importante es la finalidad de la conducta, que puede influir eficazmente o no en la fijación final de las tarifas. De la conducta realizada por el o los prestadores, que persigue influir en la obtención

⁴⁰² VALDÉS, *op.cit.*, pág. 90

⁴⁰³ Dentro de la vaguedad de las prácticas anticompetitivas especiales, ajenas al DL 211, como son el Art. 132 LQ, Art. 74 Ley Orgánica del Banco Central y este, el Art. 70 LGSS, hacen reenvíos de disímil calidad al DL 211. El Art. 132 precitado señala que la conducta de suspensión del suministro de servicios de utilidad pública contraviniendo las normas de la LQ "será considerado como un acto que tiende a impedir la libre competencia y será sancionado con arreglo al DL N° 211, de 1973". En el Art. 70 LGSS no queda determinado si el ser "considerado como contrario a la libre competencia" nos fuerza a remitirnos completamente a la Ley Antimonopolios, si este ilícito es de carácter penal o administrativo, o si sólo basta la sanción establecida en la Ley SISS. En atención a la creciente tendencia despenalizadora en materia de libre competencia, bien podría ser sólo un ilícito administrativo, aunque por su gravedad, de ser un delito penal sería una ley penal en blanco. *Cfr.* DEPOLO, *op.cit.*

de tarifas más altas, puede ocurrir que tenga ninguna o alguna influencia en las tarifas, como resultado del proceso de tarificación sanitario, de la decisión de la comisión de expertos, etc. En caso de que la conducta produzca resultados negativos, con una influencia más o menos significativa, su importancia como atentado a la libre competencia pareciera ser mayor que la de una práctica que no produce efecto alguno en el resultado final de las tarifas fijadas. Pero el artículo 70 no diferencia entre un resultado efectivamente dañino y uno que no produzca alteraciones.

La conducta descrita en el artículo 70 se le aplica a empresas prestadoras de servicio público de agua potable y alcantarillado, que como tales gozan de la imposibilidad de superposición de concesiones en su área de concesión. Por ende, ya hay una situación de posición dominante en el mercado de la empresa regulada, con lo cual la conducta que se realice en el proceso de tarificación no es una practicada por un actor secundario de un mercado, sino por su protagonista único, con lo cual su conducta anticompetitiva no es irrelevante en modo alguno. De tener influencia final en el decreto tarifario, demuestra ser un evidente y exitoso atentado a la libre competencia; en caso contrario, la práctica que pretendía obtener precios máximos más altos no finalizó a buen término producto del proceso mismo. Realizando un símil con otras prácticas realizadas por empresas de utilidad pública, la práctica no necesariamente debe llegar a puerto del abuso o práctica concertada *completa*, realizada por los prestadores;⁴⁰⁴ la conducta en procesos tarifarios tampoco debe llegar a obtener tarifas altas, sólo perseguir influir. La LGSS exige una finalidad, no un resultado, e incluso se considera contrario a la competencia el resultado frustrado. Ya sea que el prestador mantenga su privilegio monopólico en el área de concesión, o enfrente alguna

⁴⁰⁴ Así, R. N° 178, donde Servicomunal solamente realizó cotizaciones a Industrias Fourcade, sin que ésta haya realizado pagos.

eventual competencia, en ambos casos esta práctica le permite obtener rentas monopólicas en el tiempo.

De la finalidad de esta conducta, conseguir tarifas más altas, pueden obtenerse otros resultados económicos y que produzcan daño a la libre competencia. Con una tarifa más alta, el prestador puede subsidiar en forma cruzada servicios para que sean prestados a menor precio, embarcarse en políticas de precios predatorios, etc., y todas ellas la reserva que ha conseguido con una o más tarifas más altas de otros servicios.

La gravedad de la conducta es mayor si se considera que las empresas prestadoras de servicios sanitarios están en un status de monopolio en su área concedida. De este modo, no tienen competencia eventual, en el goce de este beneficio otorgado por ley.

3. ¿ES SÓLO APLICABLE A EMPRESAS SANITARIAS?

Este aspecto es de gran relevancia, ya que si la aplicación de la norma es general, con los aspectos comunes que poseen las tarifas, también lo debiera ser este ilícito concurrencial. Pero atendiendo al principio de la especialidad, la norma del artículo 70 LGSS precisamente debe limitarse a dicho ámbito de las empresas sanitarias.⁴⁰⁵

Aunque parecería deseable la aplicación a todas las industrias reguladas, en la práctica, este control puede realizarse con el requisito previo de poder tener acceso a la información que se usó para la fijación de precios. Sin esta accesibilidad a la información utilizada, la vigi-

⁴⁰⁵ La historia de la ley es inútil al respecto, pues este artículo se introdujo por indicación del H. Senador Jorge Prat, para luego ser reingresado por una indicación del Ejecutivo con la independencia que actualmente tiene. Además, este artículo careció de discusión alguna en ambas cámaras.

lancia queda entregada a la autoridad involucrada en el proceso tarifario que tiene conocimiento de los datos usados por las empresas. Con un conocimiento de los datos, usuarios escrupulosos, de manera aislada u organizada en organizaciones de consumidores, o empresas competidoras, podrán intentar accionar en contra de quienes infrinjan esta norma.

Por otra parte, este ilícito cobra real relevancia si la conducta prohibida se realiza en un mercado en el que se prohíba la competencia -como es el caso sanitario-, o donde ella no exista actualmente -monopolio natural en estricto sentido-.

1. ¿Es posible aplicar la legislación antimonopolios a los procesos de fijación tarifaria?

Esta interrogante pudiera responderse negativamente, ya que la norma establecida en la LGSS aparece con un carácter excepcional y especial. Pero frente a la aplicación de materias sobre competencia antes y después de realizado el procedimiento de fijación de tarifas, bien podría sujetar los procesos tarifarios a las normas antimonopolios, durante los mismos.

Existiendo la competencia de una autoridad específica en materia de fijación de tarifas, ¿no parecen incompetentes los órganos de defensa de la competencia en él? El ente regulador debe contar con los mecanismos, instrumentos y personal técnico necesario para verificar la información disponible y establecer las tarifas justas en base a información cierta con la finalidad de llevar a cabo un proceso transparente y beneficioso para la economía. El ente regulador es el encargado de coordinar, regular y vigilar todo lo relacionado con la fijación de las tarifas y el desarrollo de la actividad de una forma adecuada. En el caso que se sospeche de prácticas restrictivas de la libre competencia en el seno de un

sector regulado como lo es el abuso de la posición de dominio, es el tribunal de la competencia el encargado de actuar y pronunciarse al respecto, tal como actualmente se permite en materia sanitaria.⁴⁰⁶

No obstante, sigue en pie el conflicto sobre la prevalencia de las normas que se apliquen en estos casos: ¿rige para todo el proceso las normas de la ley que regula las tarifas? Así lo creemos. Ahora bien, para los eventuales actos contrarios a la libre competencia que se cometan durante el proceso tarifario debieran aplicarse las normas especiales sobre la materia, vale decir, las del D.L. N° 211. La CPC, en un dictamen que reconoce la competencia de los órganos especializados para la determinación de tarifas, también acota su propia competencia en dichos procesos de fijación

ya que las alzas de tarifas se han efectuado de acuerdo a las normas legales vigentes que regulan el sistema tarifario y si se produjere una infracción en la determinación de las tarifas, su conocimiento y resolución corresponde a la [SISS].

No obstante, tal competencia no es absoluta, ya que de producirse alguna infracción a las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, serían los organismos creados por éste los encargados de conocer una denuncia de tal naturaleza.⁴⁰⁷

Nace así la interrogante respecto a cuáles pueden ser las prácticas contrarias a la libre competencia durante el proceso tarifario.

⁴⁰⁶ Agradezco en este punto la opinión de Ana Carolina GONZÁLEZ, Superintendencia Para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, "Procompetencia", Venezuela, abril 1999.

⁴⁰⁷ D. N° 793, p. 11°, CPC

Creemos que es plenamente aplicable la norma descrita en el artículo 70 LGSS, dentro de la conducta descrita en el artículo 3 D.L. N° 211. Recordemos el criterio de la CR para conocer respecto a los cobros manifiestamente excesivos. Si estos cobros se originan en el proceso mismo de tarificación, sobre todo mediante prácticas que infrinjan la libre competencia, existe una mayor razón para revisar dicho acto. Habiendo una misma razón a la del artículo 70, y conociendo el amplio espectro de actos sujetos al actual D.L. N° 211, debiera conocerse de la misma conducta, en otros mercados regulados.

Estas conductas realizadas durante el procedimiento de fijación de tarifas ya sea por uno o más prestadores, debiera tener como finalidad obtener o influir en tarifas más altas. Ahora bien, respecto a la conducta coordinada de empresas, ella es una práctica concertada para obtener precios más altos.

Respecto a la conducta que realice una empresa buscando obtener tarifas más altas, ¿qué tipo de conducta es? Creemos que es un comportamiento *futuro* de abuso de posición monopólica respecto a los usuarios, que mediante la legalidad obtenida por el decreto tarifario permitirá cobrar mayores precios a los consumidores del servicio en cuestión. El obtener tarifas más altas implicaría un daño a la competencia, al conseguir el prestador ventajas exclusivas (una mayor tarifa) en perjuicio de los consumidores.⁴⁰⁸

¿Existen otros casos, además de los del artículo 70? Creemos que los hay, atendiendo que la revisión ocurre respecto a la obtención de tarifas más altas, no sólo respecto a la información del presta-

⁴⁰⁸ Opinión de León Ricardo ELIZONDO, Comisión Federal de Competencia, México), noviembre 1999.

dor, sino que siendo un proceso conjunto con la autoridad, el atentado puede provenir de dichas reparticiones, cuando las tarifas signifiquen un atentado a la libre competencia, estableciendo subsidios cruzados, discriminaciones arbitrarias o alguna contravención de las observaciones previas del TDLC.

Del texto del artículo 70 LGSS se desprende la intención de ocultar o manipular datos; pero si el alza de tarifas se obtiene por una maniobra conocida y evidente, ¿es una práctica contraria a competencia? Pensamos en un subsidio cruzado convenido entre regulador y empresa regulada, que pueda beneficiar a ciertos usuarios, pero que desaliente también el ingreso de competidores al mercado ayudado.

Para el caso de una práctica no incluida en la descrita en el artículo 70, ausente el dolo, y si hubiere acuerdo para establecer, por ejemplo, un subsidio cruzado entre el ente regulador y el prestador que atente contra la competencia, la medida que puede adoptar el Tribunal Antimonopolio podría ser modificar exclusivamente el precio del servicio o categoría subsidiada y el del subsidiante, no afectando el resto del decreto tarifario.

Considerando que las tarifas son un remedio a la falta de competencia, ellas no pueden transformarse en un virus contra el nacimiento y concurrencia de más partícipes que aumenten el bienestar social. Si se establece de común acuerdo una tarifa más alta de la que se hubiere conseguido con un proceso de tarifación normal en mercados regulados (subsidios entre servicios tarifados) o en mercados desregulados (subsidio de un servicio regulado a uno de precios libres); en ambos hay una restricción a la oferta en el mercado. Lo mismo ocurre si la autoridad efectúa discriminaciones u otras prácticas contra la competencia en el decreto tarifario, sin acuerdo del prestador.

En el derecho comparado, sólo conocemos el artículo 34.4 de la ley colombiana de servicios públicos domiciliarios, como norma relativa a prácticas monopolísticas dentro de procesos de fijación de tarifas. Dicho artículo ordena a los prestadores de servicios domiciliarios "abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia [mediante] cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en que deba hacer citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia".

2. Oportunidad de aplicar las normas antimonopolios en materia de procedimientos de fijación de tarifas

Respecto al momento de aplicar las normas de defensa de la competencia, creemos que ellas deben aplicarse una vez concluido el proceso tarifario, dado el carácter reservado que tiene el procedimiento. Junto a esto, las eventuales conductas contrarias serán más evidentes en el caso que sea posible conocer los datos que se utilizaron en el procedimiento, tal como ocurre en materia sanitaria.

Así lo sostuvo la CR al conocer sobre el decreto tarifario de la CTC para el quinquenio iniciado en 1999.⁴⁰⁹ Una empresa competidora solicitó disponer ciertas medidas y diligencias para impedir la entrada del D.S. y también, modificarlo, antes de su toma de razón por la CGR.

⁴⁰⁹ DS 187, D.O. 21-08-99, que Fija la Estructura, Nivel y Mecanismo de Indexación de las Tarifas de los Servicios Afectos a Fijación Tarifaria Suministrados por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.

La CR dispuso que no le correspondía intervenir en la fijación determinada de tarifas a los concesionarios, vale decir, durante dicho proceso, ya que ya había intervenido al señalar las condiciones del mercado. Más aún, la CR resolvió la improcedencia de dicha solicitud, debido a que "es un hecho de público conocimiento que el decreto [tarifario] aun no se encuentra en vigencia, toda vez que el trámite de toma de razón está pendiente en la [CGR]".⁴¹⁰

La CPC conoce de una denuncia con una pretensión similar, formulada por diversas empresas prestadoras del servicio de provisión de Internet a las cuales les podía afectar un decreto tarifario aún no tramitado por CGR. En dicha ocasión, la CPC acogió lo informado por la FNE, en el sentido que:

*En este contexto, algunas empresas de telecomunicaciones, entre las cuales se encuentran las denunciadas, comenzaron a aplicar las nuevas tarifas fijadas por el [D.S.] 187, antes de que éste estuviese totalmente tramitado, anticipando las rebajas que su aplicación produciría, fundándose, para ello, en la aplicación retroactiva de las tarifas dispuesta por la Ley N° 19.605. (...) dichas empresas abordaron el riesgo de que las tarifas anunciadas por la autoridad pudieran quedar sin efecto, a raíz de los recursos interpuestos por la CTC, por carencia de toma de razón o, incluso, por una toma de razón con alcances, debido a la existencia de algún error u omisión en el proceso de formación del acto administrativo.*⁴¹¹

Así, la intervención de los organismos antimonopolio no podría yuxtaponerse a la de los órganos reguladores mientras se realiza el procedimiento de tarifación, sino que sólo podría realizarse después de culminado el proceso, una vez publicado el decreto tarifario en el D.O.

⁴¹⁰ R. N° 548, Cons. 5°

⁴¹¹ D. 1210, N° 10, b) y c), CPC

III. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA MEDIANTE TARIFAS

Las conductas de acuerdo atentatorias de la libre competencia de empresas de utilidad pública pueden ser entre competidores en una zona geográfica coincidente o bien en territorios distintos, repartiéndose mercados o fijando en forma concertada los precios de sus productos. Pese a no coincidir en un territorio, debe tenerse presente que en el caso de empresas con tarifas reguladas, los costos son comparados por la autoridad al momento de fijar las tarifas, sirviendo como referencia los costos de una empresa respecto a los de otra (competencia subrogada).

En el caso de empresas que tengan concesiones superpuestas, su acuerdo en materia de tarifas puede estar destinada a expulsar del mercado a un competidor, o bien, hacia el abuso de los usuarios. Con esto, la colusión puede producirse entre empresas con servicios regulados o bien en empresas con servicios bajo precios libres.

En cualquier caso, las acciones que involucren un concierto de prestadores, como puede ser un acuerdo de precios máximos, de costos (en procesos de tarificación) o paralelismo consciente; son las menos factibles, pues usualmente los mercados son monopólicos y en ellos hay una posición de dominio, con lo que la figura habitual es la del abuso. En el abuso de posición monopólica situamos actos como la discriminación, predación de tarifas y los subsidios cruzados, junto a una serie de conductas simplemente abusivas. Todos ellos son comportamientos contra la ética que se espera de la competencia. La competencia, especialmente la existente en los mercados, debe ser cada vez más pura, más transparente y sana. Por eso es que están vedadas las prácticas predatorias, que no sólo agreden al competidor sino también al interés público; las prácticas de publicidad que confundan y engañen a los usuarios (competencia desleal); los abusos de posición dominante; los subsidios cruzados o encubiertos, y toda otra conducta que atente contra un armonioso crecimiento de los mercados.⁴¹²

⁴¹² DROMI, *op.cit.*, pág. 290

Siendo la tarifa un precio que se cobra, es mediante dicho cobro que el o los prestadores pueden atentar contra la libre competencia. La jurisprudencia antimonopolios nacional conoce de un caso en que lo sancionado fue el intento de cobrar la tarifa por el prestador.⁴¹³

La revisión de las decisiones de los órganos de defensa de la competencia permite observar que se ha resuelto situaciones de abuso tanto en empresas concesionarias como aquellas que no prestan el servicio mediante concesión; prestadores con poder de mercado y precios libres, etc. De la profusa jurisprudencia referente a empresas de utilidad pública, los tribunales antimonopólicos han conocido exclusivamente de casos de abuso de posición dominante, sin que exista decisión alguna relativa a prácticas de acuerdo entre empresas prestatarias.

A. METODOLOGÍA USADA EN EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

En este punto, seguimos el método propuesto por Domingo Valdés, en su *Discriminación Arbitraria*.⁴¹⁴

Tal como hemos realizado en el curso de este trabajo, usaremos tanto resoluciones como dictámenes de los organismos antimonopolio. Consideramos que el uso de dictámenes de la CPC puede avalarse en que muchas veces su decisión ha sido acatada por el denunciado, sin necesidad de reclamar ante la CR.

La selección de casos fue hecha en atención a la importancia de cada uno, como decisiones destacadas y significativas dentro de cada modalidad de abuso respecto a tarifas, sobre todo cuando ellas eran las

⁴¹³ D. N° 396, CPC y R. N° 178

⁴¹⁴ VALDÉS, *op.cit.*, pág. 111 y sgtes.

primeras en ser analizadas por los tribunales. Cada fallo utilizado funciona también un límite futuro al obrar de los prestadores, reconociendo el valor de la doctrina de las comisiones antimonopolio, basada en la protección de la libre competencia.

Los fallos relevantes son desmenuzados en tres: una breve descripción del problema, que coincide con la denuncia realizada por quien alega el abuso; una segunda parte consistente en la descripción de la ilicitud, vale decir, el juicio realizado por los organismos y su decisión sobre el abuso alegado; y finalmente el concepto de ilicitud o lo que se entiende por abuso de posición dominante cometido en materia de tarifas de empresas de utilidad pública.

La jurisprudencia seleccionada y aquí analizada corresponde a los fallos de la CR y la CPC, desde la publicación del D.L. N° 211, el 22 de diciembre de 1973, hasta agosto de 2003.

En algunos casos, se precedió al análisis de los casos con un refuerzo la doctrina nacional y extranjera, profundizándose en materias como la discriminación, la predación y los subsidios cruzados. En otros, el refuerzo provino más cercanamente de las leyes que regulan las diversas industrias estudiadas.

Finalmente, se estudiaron algunas situaciones en las que conductas aparentemente abusivas no tienen tal carácter, no habiendo ilicitud en esa actividad tarifaria de las empresas de utilidad pública.

B. ACUERDOS DE TARIFAS Y PRECIOS

La conducta aquí descrita son los acuerdos con otras empresas prestadoras para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de

competencia.⁴¹⁵ Esta prohibición de concierto entre los partícipes puede ser respecto a tarifas fijadas si las empresas son reguladas, o bien respecto a precios libres.

Dentro del catálogo de conductas ejemplares que indica el D.L. N° 211, se establecen como reprochables jurídicamente los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

De ocurrir casos de este orden en mercados de utilidad pública, debiera aplicarse la legislación y doctrina existente en la materia para empresas no reguladas. El acuerdo horizontal de tarifas entre empresas competidoras o dominantes en sus respectivos mercados parece ser la única hipótesis de práctica contraria a la Ley Antimonopolio, como puede colegirse del artículo 3, literal a) D.L. N° 211.⁴¹⁶

C. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El abuso, dentro del esquema del derecho antimonopolios, se presenta mediante la enunciación de conductas que lo componen, como son la discriminación arbitraria, contratos atados, precios ruinosos, negativas de suministro, primas de fidelidad, límites a la producción o al desarrollo tecnológico en perjuicio de los consumidores, etc.⁴¹⁷ Todas

⁴¹⁵ Art. 34.3, Ley 142, de 1994

⁴¹⁶ Otra hipótesis puede ser el reparto de cuotas entre las empresas prestadoras, acordando no superponer concesiones, careciendo de competencia eventual en el mercado geográfico relevante.

⁴¹⁷ BELLAMY y CHILD, *op.cit.*, pág. 533, siguiendo las conductas enunciadas en el Art. 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea del Acero y el Carbón (1957) [hoy, Art. 82, del Tratado de la Comunidad Europea], que expresa "Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. // Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no

estas conductas son relevantes en atención a la posición dominante que tiene quien la ejerce y el efecto de dichos actos en la libre competencia.

El D.L. N° 211 establece como conducta prohibida la explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un dueño común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes (Art. 3 b) D.L. N° 211).

Podemos clasificar a los abusos del prestador como aquellos dirigidos a los usuarios y hacia los competidores, como son la suspensión del suministro y cobros abusivos; aquellos casos de competencia desleal, dificultades respecto a interconexión de redes, etc.⁴¹⁸ Estimamos que esta distinción puede ser útil, pero finalmente los abusos de posición dominante tendrán siempre efectos sobre los usuarios, que verán disminuida la competencia con precios monopólicos en su perjuicio.

El abuso de posición dominante cometido por empresas de utilidad pública presenta diversas modalidades:

equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. "

⁴¹⁸ LÓPEZ ECHEVERRÍA, Elisa. *Poder de Monopolio en el Derecho Chileno y Comparado*, Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1986, pág. 141 y sgtes.

1. Cobros hechos por empresas de utilidad pública sin concesión cuando ella es necesaria para la prestación del servicio
2. Cobros sin fundamento económico ni causa legal
3. Tarifas predatorias
4. Discriminación de tarifas
5. Subsidios cruzados

1. COBROS HECHOS POR EMPRESAS DE UTILIDAD PÚBLICA SIN CONCESIÓN CUANDO ELLA ES NECESARIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

Como consecuencia de la teoría de los servicios públicos concedidos, la necesidad de que la empresa cuente con una concesión para desarrollar su cometido está presente en la legislación tarifaria nacional. Si bien el requisito de ser concesionario no es indispensable, cuando éste lo es y no hay concesión, es dable afirmar que el cobro hecha por esta empresa es ilegal. Pensemos por ejemplo en una empresa concesionaria de telefonía fija que comience a prestar un servicio de telefonía móvil sin concesión. Pese a ser las tarifas de la telefonía móvil libres, esto no obsta a que los cobros sean ilegales, por ausencia de concesión respecto a la telefonía móvil.

1.1. RESOLUCIÓN N°150.

Descripción del problema

Por denuncia de la empresa "Transradio Chilena Compañía de Telecomunicaciones S.A." comenzó una investigación en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (Entel) y la sociedad Sistemas y Equipos de Telecomunicaciones Limitada (Texcom). El repro-

che hacia Entel era que, por sí o a través de convenios con otras empresas, había prestado el servicio de télex internacional, sin contar con la concesión respectiva y aprovechándose de una situación de privilegio, por ser la única proveedora de enlaces internacionales vía satélite. Junto a carecer de concesión, Entel contravino el dictamen 284 de la CPC que expresamente prohibió su participación en dicho mercado.

Además de esta imputación, Entel es acusada de discriminar arbitrariamente a la denunciante y otras empresas prestadoras, favoreciendo a Texcom. Mediante este y otros arbitrios, Entel prestaba el servicio al cual tenía prohibido el acceso por carecer de concesión y debido a que su propietaria, la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, le había prohibido intervenir en dicho negocio pues contravenía los planes y programas del Gobierno.

Mediante el arbitrio de usar a Texcom Ltda., la empresa Entel presta un servicio cobrando tarifas a los usuarios por un monto idéntico al que se los vende a los prestadores del servicio, competidores de Texcom.

Debe señalarse que esta resolución se dictó bajo la vigencia del D.F.L. 4, de 1959, antigua Ley de Servicios Eléctricos, aplicable a las telecomunicaciones.

Determinación de la ilicitud

Para la CR,⁴¹⁹ la litis está trabada esencialmente respecto a la prestación de servicio de télex internacional sin concesión por Entel, directamente o a través de terceros. Esta situación se agrava pues esta

⁴¹⁹ Más antecedentes de esta resolución en R. N° 148 y D. N° 284, que prohíben a Entel la prestación de servicio de télex internacional, ratificada en R. N° 292, Cons. 11°. La R. N° 292 fue dejada sin efecto por fallo pronunciado por la E. Corte Suprema, con fecha 11 de enero de 1989, en Recurso de Queja Rol N° 848, *cfr.* R. N° 309 y 310, de 1992.

denunciada tiene impedido el acceso al negocio de servicio de télex internacional por el dictamen 284, de la CPC.

Pese a las alegaciones de Entel, "está suficientemente acreditado en autos que, a la época en que se produjeron los actos que se reprochan, ENTEL, no era titular, ni lo había sido nunca, de una concesión que la habilitara para prestar servicio de télex internacional".⁴²⁰ Debido a que conforme la legislación vigente al momento del abuso se requería de una concesión específica para prestar el servicio de télex y no una general de la que era titular Entel, ésta no podía operar en dicho mercado.

La CR, haciéndose cargo de una defensa de Entel, rechaza que por el hecho de solicitar una concesión de un equipo que reemplaza a otro, modifica la concesión otorgada primitivamente con una nueva concesión por un servicio distinto.

*una correcta interpretación de las normas legales pertinentes indica que las concesiones se otorgan para instalar, operar y explotar un servicio, y si en ellas o en las solicitudes se señalan los bienes que se afectan a ella, es con el sólo objeto de aclarar y garantizar la forma en que tal servicio concedido se prestará, y para determinar los demás efectos legales que de la concesión emanan*⁴²¹

Yendo al análisis de la conducta de Entel, la CR realiza la distinción de que no es relevante para el D.L. N° 211 la sola prestación sin concesión, sino desde el resultado que tal práctica tuvo en la libre competencia en el mercado del télex internacional.⁴²² Aparece como re-

⁴²⁰ R. N° 150, Cons. 5°

⁴²¹ *Ibidem*

⁴²² R. N° 150, Cons. 6°

prochable que Entel haya prestado el servicio sin concesión "aprovechando la posición especial que ocupa en el mercado de las telecomunicaciones vía satélite, [siendo] la única entidad en Chile que tiene acceso al satélite y que puede proveer estos enlaces a las demás empresas prestadoras de servicios similares", porque con ello alteró sustancialmente la libre competencia.⁴²³ De su aprovechamiento, Entel logra prestar el servicio, saltando una barrera de entrada al mercado, como es la concesión.

La prestación del servicio fue por dos vías: ENTEL, por sí misma, y luego indirectamente a través de Texcom.

Directamente, Entel prestó el servicio al cual tenía prohibición y carecía de concesión hasta después de que se la hubiera prohibido por su propietaria y por la CPC, mediante el dictamen 284 "que por su posición privilegiada en el campo de las telecomunicaciones, no podía prestar el servicio en cuestión".⁴²⁴

Con posterioridad a la prohibición antedicha, Entel prestó el servicio de télex internacional indirectamente; aprovechando su calidad privilegiada en las telecomunicaciones, a través de Texcom. Esta prestación del servicio de télex se realizó directamente a los usuarios, a precios iguales o inferiores a los que le vendía el servicio a los demás prestadores del servicio de télex, quienes necesariamente debían contratar con la empresa denunciada pues sólo por ella ingresaba y salía la señal de telecomunicaciones internacional.⁴²⁵

⁴²³ *Idem*, Cons. 10º

⁴²⁴ *Idem*, Cons. 9º

⁴²⁵ Además Entel, que prestaba su servicio con tarifas fijadas por la autoridad a las empresas que prestaban el servicio de télex internacional, podía prestar por vía de Texcom su servicio con precios libremente fijado a los usuarios finales pues la tarificación no los alcanzaba.

La CR estimó por diversos medios, que la injerencia de Entel sobre Texcom no era usual, perdiendo esta independencia en sus negocios propios. La dependencia entre ambas era una verdadera asociación frente a la prestación del servicio de télex internacional, más aún ante la participación mayoritaria que Entel tenía en las utilidades de Texcom.

La CR sancionó a las empresas denunciadas por el abuso cometido.

Concepto de ilicitud

En este fallo la CR estima como abuso de posición dominante el cobro de tarifas por un servicio prestado sin concesión; siendo necesaria la prestación mediante una concesión, por una empresa con un privilegio o dominio de mercado.

Como resultado de infringir una prohibición, la denunciada incurre en otros abusos de posición dominante, como son los subsidios cruzados y discriminaciones de tarifas.

Finalmente, como reflexión, aparece que la propiedad pública de las empresas de utilidad pública no garantiza la ausencia de prácticas contrarias a la libre competencia.

2. TARIFAS SIN FUNDAMENTO ECONÓMICO NI CAUSA LEGAL

Como resultado de su posición de mercado, la empresa de utilidad pública, servicio público concedido o no, puede realizar un cobro que carezca de fundamento o causa legal, ejerciendo un abuso. Presenciamos aquí la arbitrariedad misma, expresión del poder monopólico de la empresa de utilidad pública. Son tal vez el paradigma de justifica-

ción de la regulación tarifaria: se teme el poder del monopolio, y que éste se transforme en abuso de los usuarios con precios infundados.

Dentro de esta misma clasificación se puede incluir a aquellos cobros efectuados mientras no se presta el servicio, por hallarse éste suspendido o interrumpido por causa de la empresa de utilidad pública. Aunque para estos efectos, es útil la existencia de sistemas de medición, con lo que se previenen conflictos respecto a cobros variables, pero no así respecto a los que son fijos en el período de cobro.

Quizás un aspecto formal de un cobro ilegal es no contar con un decreto tarifario que legitime al cobro del servicio público concedido.⁴²⁶ Es claro que el decreto sólo se aplica a bienes y servicios que, por no ser competitivos, son prestados por los concesionarios en condiciones monopolísticas. Si de hecho llegasen a efectuar estos cobros sin decreto, deben abstenerse de efectuarlos, cesando en su cobro, fueren o no fijados por la autoridad.

El sustento legal de esta tesis son las diversas normas legales, en el artículo 112 LGSE, al señalarse que "El Ministerio (...) fijará las fórmulas tarifarias (...) mediante publicación en el Diario Oficial (...)", como también el artículo 92 LGSE. En un sentido idéntico, el artículo 30 J LGT establece que la oficialización de las tarifas propuestas es mediante decreto que se publicará en el D.O. Esta posición también se ve reforzada por el artículo 3 LTSS al señalar que las fórmulas tarifarias deben ser *determinadas y publicadas* en dicho diario; y también el artículo 12 de la misma ley que señala que las fórmulas tarifarias siguen rigiendo los precios que cobran las empresas sanitarias mientras no se dicte un nuevo decreto tarifario, incluso si ha vencido el plazo de vigencia. La aprobación de tarifas surge como medio de validez de los cobros realizados por el presta-

⁴²⁶ D. N° 396, CPC y R. N° 178

dor, y él no puede ni debe formular dichos cobros sin el respectivo decreto.⁴²⁷

De las normas indicadas en el párrafo anterior, queda en evidencia que el requisito de la publicación de las fórmulas tarifarias en el D.O. es esencial para su vigencia, y cualquier otra tarifa que deba ser publicada y no lo fuere, es ilegal como cobro, hasta que se subsane el vicio, esto es, que sea publicado.

Se desprende de toda la legislación tarifaria que si se fijan precios máximos por la autoridad, no puede sobrepasarse esta fijación por la empresa de utilidad pública. Hacerlo sería un despropósito, ya que se vulneraría la esencia del sistema de tarifas: que el cobro no esté a la total disposición de la empresa, como resultado de su poder monopólico, dejando indefenso al pequeño usuario. Este cobro por sobre el máximo deberá ajustarse por la empresa al precio máximo que se ha establecido en el decreto tarifario.⁴²⁸ Al respecto, el artículo 30 H LGT dispone que las tarifas vigentes que exceden a las máximas fijadas, deben ajustarse al nivel de éstas.

Pendiente queda el aspecto de lo que ocurre con lo pagado por el o los usuarios que han pagado estos cobros ilegales. Sin duda que han solucionado una obligación sin causa y objeto lícitos. La causa sería ilícita pues sería contraria a normas de orden público (económico), como lo prescribe el artículo 1467 CC. Además el objeto sería ilícito, al contravenirse normas de derecho público chileno, como lo son las leyes tarifarias (Art. 1462 CC), debiendo prevalecer las tarifas reguladas respecto a precios convenidos por el prestador. Al no haber causa ni objeto en estos pagos, la empresa debería restituir lo pagado en

⁴²⁷ D. N° 754, p. 4°, CPC, confirmado por R. N° 356

⁴²⁸ R. N° 178, Cons. 6°

exceso por los usuarios. Así lo dispuso la CPC respecto a cobros telefónicos no autorizados por decreto, ordenando que la compañía denunciada pusiera término de inmediato a dichos cobros, y debiendo "arbitrar las medidas del caso para que se compense a los suscriptores, en futuras cobranzas, los valores que hayan pagado por concepto de llamadas al nivel 103 cuando la información está en guía".⁴²⁹

Complementariamente, debemos considerar el principio general del enriquecimiento sin causa, ya que al ser este pago por sobre el máximo permitido por ley, el usuario no debe hacerlo, y si lo realiza y la empresa prestadora lo recibe de mala fe, creemos en la aplicación del artículo 2300 CC, que en su inciso segundo reza que "si se ha recibido de mala fe [el pago], debe también los intereses corrientes".

2.1. Tarifas sin fundamento económico

2.1.1. Dictamen N°873

Descripción del problema

Don Guillermo Videla, María Inés Brücher y otros propietarios de parcelas ubicadas en los loteos "Rocas de San Andrés", "Ensenada", "Bahía Azul" y "Cascabeles", de la IV Región son provistos de agua potable y electricidad a través de la Empresa de Servicios Totoralillo S.A., en adelante "ESETO", que es la continuadora legal de la empresa que vendió las parcelas. Esta empresa es denunciada por sus usuarios por diversas conductas de abuso de posición dominante en su calidad de monopolio natural, respecto a la poca claridad del contrato de suministro, tarifas excesivas y, en lo que nos es relevante, cargos fijos a cada parcela, independiente del hecho de tener o no empalme y medidor en funcionamiento.

⁴²⁹ D. N° 754, p. 5º, CPC

Determinación de la ilicitud

Antes de determinar la ilicitud, es necesario destacar la cuestión previa que la denuncia es conocida por la CPC debido a que la SEC rehusó tener competencia en la materia, pues ESETO es una empresa privada que desarrolla su actividad sin requerir concesión al suministrar electricidad en una propiedad privada, y sin estar sujeta a normas de regulación tarifaria de la LGSE. La CPC conoce de la materia en razón de que ESETO un monopolio natural.

Los propietarios denunciantes compraron los terrenos con servicios de agua y luz, incluidos en el precio de compra.

La empresa denunciada vende a los parceleros la electricidad que compra a "EMEC" (Empresa Eléctrica de Coquimbo), quien es concesionario de distribución eléctrica, por lo que la denunciada opera como subdistribuidor.

Es tan evidente el abuso de la denunciada por el cobro del cargo fijo a los dueños de terrenos que carecen de conexión o empalme, que expresa que pese a su cobro histórico, "en adelante no se cobrará un peso por tal concepto", con lo que demuestra su ausencia total de justificación. Pese a la voluntad expresada, ESETO siguió realizando el cobro a los denunciantes, con fecha posterior a dicho anuncio.

La CPC, sumándose a lo expuesto por la SEC y la FNE, acoge la denuncia en varias partes de lo pedido, y en la especie, respecto a su persistencia en cobrar el cargo fijo ya mencionado, a las parcelas no conectadas a la red de ESETO, que "constituye un abuso de posición dominante, pues no existe causa ni base legal para cobrarlas".⁴³⁰

⁴³⁰ D. N° 873, p. 4.3, CPC

El abuso se refiere tanto a la ausencia de causa económica, pues no había gasto alguno ante la inexistencia de empalme; como a la "base legal" que frente a una situación sin regulación de precios, se traduciría en el contrato de suministro entre las partes, que muchas de las denunciantes no habían firmado por considerarlo vago e impreciso.

Concepto de ilicitud

En la especie, es aquel que carece de causa, sin justificación tanto económica como legal, y resulta de un abuso de posición dominante de una empresa con tarifas no reguladas. En el mejor de los casos, el cobro se realiza por una "eventual" conexión a la red, pero al momento de la denuncia no había servicio, por lo que mal podía haber cobro.⁴³¹

2.2. Tarifas sin fundamento legal

2.2.1. Dictamen N°396 y Resolución N°178

Descripción del problema

Don Federico Magofke, por la empresa constructora Industrias Fourcade denuncia ante la CPC por abuso de posición dominante a la empresa prestadora de agua potable Servicomunal Ltda. Industrias

⁴³¹ Un caso análogo en D. N° 417 y R. N° 252; donde la distribuidora Chilectra realiza un cobro por un servicio no prestado a un usuario que estaba con el suministro cortado previamente. La CR, en ésta y otras resoluciones resuelve que "las empresas distribuidoras de energía eléctrica, atendida la condición de monopolio natural en que presten sus servicios, deben ser particularmente cuidadosas en la relación comercial con sus clientes, para cuya debida transparencia deben celebrar éstos contratos escritos, con cláusulas precisas y claras, en especial en lo relativo a la renovación y término de dichos contratos. Asimismo, la información a los usuarios no debe dejar lugar a duda alguna" R. N° 252, Cons. 2° y "el usuario tiene derecho a saber lo que se le cobra por el servicio que se le presta y la empresa tiene la obligación de proporcionarle la información correspondiente" R. N° 250, Cons. 4°

Fourcade considera que el precio para conectarse a la red de la denunciada sobrepasa los valores fijados en D.S. para las empresas sanitarias. La empresa constructora requiere de la conexión para un conjunto habitacional que desarrolla, según ella, en el área de concesión de la prestadora, y el monto cobrado encarece significativamente el precio de las casas que venderá.

La CPC acoge la denuncia en el dictamen 396.

Determinación de la ilicitud

Sin ser propiamente una tarifa, estos montos estaban fijados por D.S., como un cargo tarifario. Además, Servicomunal no tenía un decreto tarifario propio, sino que como resultado de su decreto de concesión, debía seguir aplicando las tarifas de su predecesora en el área de concesión, la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias, EMOS.⁴³² Esta situación, de continuar con las tarifas de EMOS, finalizaría cuando la denunciada tenga un decreto tarifario propio.

Durante el curso del juicio, la denunciada debió conectar las casas de Industrias Fourcade al valor establecido en el D.S. 584 como medida precautoria, con lo que el abuso de posición dominante no se habría llevado a cabo finalmente porque los precios no eran más que cotizaciones.

Acreditado por simple comparación la diferencia entre los valores que pueden cobrar las empresas públicas de agua potable y Servicomunal, la CR resuelve que la denunciada

no está facultada para demandar tarifas u otros cobros superiores a los que rigen para las empresas estatales del sector [que le son aplicables a

⁴³² DS 584, del MOP, de 26 de marzo de 1980

*Servicomunal], motivo por el cual los valores (...) que ha exigido a la denunciante carecen de base legal.*⁴³³

La CR acoge el requerimiento del Fiscal Nacional Económico y ordena a la denunciada "ajustar sus tarifas y demás cobros que formule a quienes demanden sus servicios a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes", por cobrar tarifas excesivas.⁴³⁴

Concepto de ilicitud

La CR estima que el cobro por sobre la tarifa fijada constituye un abuso de posición dominante por parte de Servicomunal, debiendo ajustarse al precio fijado en el decreto tarifario aplicable. Esta conducta ha sido clasificada por José Sifri dentro de las condiciones abusivas de contratación, consistente en la imposición de un precio injusto.⁴³⁵

3. TARIFAS PREDATORIAS

Dispone el D.L. N° 211, que se considera, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, las prácticas predatorias realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante (Art. 3, inc. 2°, c) D.L. N° 211). Los precios predatorios o ruinosos corresponden a una política de precios por una empresa en posición dominante que tiene como principal objetivo la eliminación o debilitación seria de la competencia en un mercado donde tiene una posición de dominio de

⁴³³ R. N° 178, Cons. 6°

⁴³⁴ *Idem*, decisión 1ª

⁴³⁵ SIFRI, *op.cit.*, pág. 120

mercado.⁴³⁶ Esta política de precios ruinosos consiste normalmente en rebajas selectivas de precios, un nivel de precios no rentable o escasamente rentable y una política de precios dirigida a un competidor específico.⁴³⁷ La teoría dice que una vez que se debilita o desaparezca la competencia, la empresa que sobreviva podrá fijar precios monopólicos. Normalmente, esta práctica es onerosa para la empresa, que debiera actuar racionalmente la mayoría de las veces, y siempre será temporal, pues su permanencia sólo podría producir su ruina. El precio predatorio representa también un aumento de la demanda en los servicios que presta la empresa, pues son inferiores a los de la competencia existente.⁴³⁸ Si la empresa depredadora tuviere éxito expulsando del mercado ciertos competidores, otras nuevas pueden ingresar, por lo que la política de precios debiera repetirse.

La amenaza que producen los precios ruinosos es creíble y relevante si quien la ejecuta tiene una posición de dominio en varios mercados mientras que sus competidores sólo en uno. La amenaza sirve para disciplinar a la competencia y prevenir nuevos ingresos. El usuario debiera aprovechar los precios depredatorios como un "free-rider" (polizón), pero debe tener en cuenta que si su elección se generaliza al universo de consumidores, puede acarrear la expulsión y el térmi-

⁴³⁶ En la R. N° 551, se impuso por la CR a CTC una medida precautoria de suspensión de oferta de gratuidad, rebajas, premios a nuevos suscriptores del servicio público telefónico, a petición de un competidor de dicha empresa, pero dominante en el mercado donde CTC ofrecía sus servicios. Dos años después, la CR, mediante su R. N° 631, dejó sin efecto la medida, por cuanto la empresa oferente no era dominante en las regiones donde tenía estas promociones.

⁴³⁷ BELLAMY y CHILD, *op.cit.*, pág. 537

⁴³⁸ Para Robert BORK, el deber de la empresa de satisfacer la demanda del mercado que produce una disminución predatoria de precios puede producir mayores costos para el predador que para la víctima, que puede suspender su servicio mientras el precio sea predatorio, aumentando la demanda del predador. Con ésta y otras objeciones, BORK se muestra escéptico a la eficacia de dichas prácticas. BORK, *op.cit.*, pág. 149 y sgtes.

no de la competencia, garantizando el precio monopólico posterior, viendo finalmente mermado su bienestar.⁴³⁹ Conjuntamente, debe distinguirse de una conducta predatoria de una promocional, introduciendo un producto nuevo o relanzándolo, incentivando el consumo brevemente, etc.⁴⁴⁰

No obstante, no debe confundirse una política de precios ruinosos con una normal competencia de precios. Dentro de la evolución de un precio competitivo a un precio depredatorio, hay un umbral que cubre ciertos precios en el límite del daño a la competencia y un precio no ruinoso. Estos precios se les conoce como "precios límite" (*limit pricing*), respecto a los cuales el monopolista mantiene un nivel de precios suficientemente bajos como para desincentivar el ingreso al mercado de competidores; aprovechando el monopolista su eficiencia, sin poder considerarse esta conducta como lesiva de la libre competencia, pese a no favorecer a los competidores.⁴⁴¹

¿Cómo saber entonces cuando un precio es depredatorio y cuando es sólo un proceso competitivo normal? Puede responderse que "cuando son precios inferiores a los costos". Un concepto un tanto vago que Posner acota, obligando a limitar el "costo" utilizado, teniendo así que serán predatorios los precios a un nivel calculado para excluir del mercado a un competidor igual o más eficiente, como son los costos marginales de largo plazo.⁴⁴²

⁴³⁹ POSNER, *Antitrust Law*, pág. 185

⁴⁴⁰ PAREDES, Ricardo. *Fundamentos para una Política Antimonopolios*, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Chile, Santiago, 1991, pág. 124 y sgtes.

⁴⁴¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, pág. 41. También en POSNER, *Antitrust Law*, pág. 195, nota 39

⁴⁴² POSNER, *op.cit.*, pág. 188 y sgtes.

Considerando que la conexión a las redes dificulta un rápido cambio de oferente respecto a los competidores por el usuario-demandante, la política de precios ruinosos será más eficiente en mercados que permitan un cambio rápido de prestador, donde ellos puedan reaccionar a precios más bajos.

Más allá del concepto de costo que se escoja, la mayor dificultad respecto una política de precios ruinosos, más que una teórica es aquella de orden práctico, respecto a la manera de conocer los costos de la empresa que emprende dicha práctica.

La jurisprudencia nacional ha sido escasa respecto a esta política de precios, pasando en un comienzo de absoluciones respecto a las denuncias, a una doctrina más predecible que acepta estos cobros como ilícitos. En estos casos, surgen los requisitos copulativos de la intención de prevalecer en dicho mercado a través de la práctica predatoria (elemento subjetivo) y la fijación de precios bajo el costo (elemento objetivo).⁴⁴³ Creemos que en atención al artículo 3 D.L. N° 211, que establece la posibilidad de atentados a la libre competencia, bien puede ocurrir que este elemento subjetivo no se presente. Además, la intencionalidad no sólo puede ser de prevalecer sino también la de disciplinar al mercado.

En sentencias sobre tarifas ruinosas de líneas aéreas,⁴⁴⁴ la CR señaló como condiciones específicas, entre otras, que la empresa

⁴⁴³ SIFRI, *op.cit.*, pág. 122 y sgtes.

⁴⁴⁴ Es posible el símil entre empresas de utilidad pública y las líneas aéreas denunciadas (Lan Chile, Ladeco y National), pues estas participaban en mercados competitivos (donde depredaban a Aerovías DAP) y mercados no competitivos, explicable mediante los subsidios de éstos a aquellos. Además, como resultado de la fusión de Lan Chile y Ladeco, estas empresas estaban sujetas a una autorregulación tarifaria ordenada a partir de la R. N° 445, considerada vital para proteger la competencia en el mercado aéreo nacional. Finalmente, no olvidemos que la industria del transporte era parte de los servicios públicos.

predadora tenga alguna ventaja sobre sus rivales, ventaja que no necesariamente debe ser de costos; y que existan algunos costos irre recuperables que hagan difícil la entrada de nuevos competidores cuando los actuales hayan sido eliminados. En ambos fallos, el Tribunal Antimonopolio opta por una definición de costo, debiendo considerarse predatorio el precio que carga por su producto es menor que su costo marginal de corto plazo;⁴⁴⁵ salvo en empresas multiproductos, en las cuales debiera usarse otros conceptos de costo, como el variable medio para aproximar al costo marginal.⁴⁴⁶ En ambos casos, es imprescindible determinar completamente y en forma razonable los costos. Aún así, tampoco puede utilizarse la relación precio-costo como criterio del precio predatorio, pues bien puede su conducta alterar e interferir las señales que recibe un nuevo competidor del mercado y sus posibilidades de inserción futura en la industria.⁴⁴⁷

En lo que refiere a la intención detrás de la práctica aquí estudiada, junto a la evidente finalidad de eliminar a la competencia, la CR también reconoce como finalidad de la depredación el disciplinar al mercado, con señales inequívocas para evitar una competencia más fuerte a actuales o potenciales entrantes;⁴⁴⁸ obteniendo así la empresa

⁴⁴⁵ R. N° 479, Cons. 9º, p. 3º; y R. N° 505, Cons. 4º

⁴⁴⁶ Se colige de la adopción de los costos variables medios por la Comisión que adopta el sistema que se conoce como la "*recomendación Areeda Turner*", que se funda en el artículo de Phillip AREEDA y Donald F. TURNER "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act", en *Harvard Law Review*, N° 88, 1975. Estos autores sugieren que el costo relevante para detectar una práctica predatoria es el costo marginal, pero que como existen dificultades en su medición, se puede utilizar como aproximado el costo medio variable. De esta forma, se señala que la presunción debe ser de legalidad o ilegalidad según los precios estén por encima o por debajo del costo medio variable, en Resolución 1460/98, *op.cit.*

⁴⁴⁷ R. N° 479, Cons. 9º, p. 1 y 3; y R. N° 505, Cons. 4º

⁴⁴⁸ *Idem*, Cons. 9º

una "fama" de hacer la guerra de precios a actuales o eventuales competidores.⁴⁴⁹

Finalmente, el tribunal desestima como defensa de la práctica el ser una forma de enfrentar la baja de la demanda en épocas periódicas, pues dichos precios rebajados debieran haberse dado antes y al menos no ser excepcional en su magnitud relativa.^{450 451}

Aunque lo usual es que la práctica de precios ruinosos sea realizada en mercados con varios competidores, una situación similar podría presentarse en un mercado monopólico regulado, al iniciar la empresa existente una rebaja respecto a sus precios máximos, ante la eventual o inminente entrada de un nuevo competidor, en un intento de impedir el ingreso de competencia.

Estas prácticas tarifarias restrictivas de la competencia en materia de servicios públicos pueden consistir en:⁴⁵²

1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación; y

2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

⁴⁴⁹ Resolución 1460/98, *op.cit.*

⁴⁵⁰ Creemos excesivo considerar que la ausencia de precedentes en materia de rebajas pueda ser considerado un elemento para determinar la conducta predatoria, ya que siempre puede haber una primera vez.

⁴⁵¹ R. N° 479, Cons. 9°, p. 4

⁴⁵² Art. 98, N° 1 y 2 Ley 142, de 1994, Colombia

De las conductas precitadas, se observa que las hipótesis de prácticas dañosas al mercado pueden ocurrir en mercados regulados o desregulados, y con posibles subsidios cruzados para financiar la práctica ruinosa en el tiempo. El depredador confía en su poder de mercado para destruir en el tiempo a sus competidores. Normalmente, la práctica predatoria está limitada en el tiempo, debido a que no pueden perpetuarse las pérdidas en una empresa.

No hay tarifa inferior a cero, por lo que el ofrecimiento o prestación de servicios gratuitos puede entenderse como una tarifa predatoria.

3.1. Resolución N°524

Descripción del problema

La CR conoce de una denuncia realizada por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones de Chile S.A. en contra de la Compañía de Teléfonos de Chile Transmisiones Regionales S.A. (CTC Mundo), portador filial de CTC.

La denunciante acusa al portador denominado Compañía de Teléfonos de Chile Transmisiones Regionales S.A. de haber incurrido en una práctica de tarifación predatoria, al aplicar al público por llamadas de larga distancia nacional, originadas en las zonas primarias de Iquique, Antofagasta, Curicó, Osorno, Coyhaique y Punta Arenas, tarifas inferiores a los costos de dichas comunicaciones.

Acreditado en autos el monto de dichos cobros, la CR resuelve precautoriamente disponer que la denunciada no podrá aplicar a público tarifas por llamadas de larga distancia nacional inferiores a la suma de los cargos de acceso a las redes de telefonía local de origen y destino, más la tarifa de transporte conmutado entre las zonas pri-

marías que aplica a los portadores. La medida dura hasta que la CR no adopte una decisión distinta que altere su vigencia.

Determinación de la ilicitud

La resolución en comento nos obliga a retrotraernos a algunas de las aprensiones de la participación a través de la integración vertical de la CTC en el mercado de larga distancia realizadas antes de que ésta se materializara.⁴⁵³

Una de las mayores dificultades en casos de predación y subsidios cruzados, como es conocer la estructura de costos de las empresas, es superada al conocerse parte de dichos costos, al estar fijados parte de esos costos. En un fallo anterior, la CR expresó esta dificultad señalando que

En cuanto al Dumping o precios predatorios, si bien esta conducta atentatoria contra la competencia no es posible acreditarla mediante prueba directa, pues la estructura de costos de las diversas empresas se mantiene en reserva, ella puede acreditarse mediante indicios o presunciones⁴⁵⁴

De los antecedentes acompañados a la causa, se prueba que la denunciada no puede cubrir los costos mínimos que involucra una

⁴⁵³ D. N° 718, CPC. Al respecto HOVENKAMP, *op.cit.*, citado por LANGLOIS, *op.cit.*, pág. 358 quien admite la importancia de que las autoridades u organismos que regulen los servicios públicos no permitan la integración vertical de empresas cuyos precios se encuentren regulados, o bien, en caso de permitirse esa integración, que vigilen cuidadosamente las transacciones internas entre la empresa que presta el servicio público y la filial verticalmente relacionada. La recomendación de que estas empresas integradas verticalmente accedan a los servicios en forma de empresas separadas, para evitar los subsidios cruzados parece desmentirse en este caso: aún con una sociedad anónima abierta, bajo la supervigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros (CTC Mundo), pueden producirse prácticas restrictivas de la competencia. DROMI, *op.cit.*, pág. 283 y sgtes.

⁴⁵⁴ R. N° 479, Cons. 3°, p. 2°

llamada de larga distancia nacional con origen en las zonas primarias indicadas, los cuales todo otro portador debe cubrir.

La constatación de la depredación realizada por el portador se materializa al verificar si el precio cobrado a los usuarios desde las zonas primarias señaladas alcanza a cubrir aquellos costos que deben incurrir los portadores en las comunicaciones telefónicas; a saber: cargos de acceso de entrada y de salida a la red de telefonía local que deben apagarse a todo evento a las compañías telefónicas locales correspondientes; más un cargo por el transporte conmutado entre las zonas primarias correspondientes. Como el supuesto depredador no alcanza a cubrir dichos costos con las tarifas que cobra, se presume la práctica como contraria a la libre competencia.

La eventual diferencia que podría existir respecto a los elementos que constituyen la *tarifa mínima*, por cargos de acceso que pudieren ser distintos entre denunciada y denunciante, se descarta pues las compañías de telefonía local aplican a todos los portadores "tarifas no diferenciadas por concepto de dichos cargos de acceso".⁴⁵⁵

Otro elemento que considera la CR son las tarifas de transporte de comunicaciones que cobra Compañía de Teléfonos de Chile Transmisiones Regionales S.A. a terceros portadores, en uso de su red, debiendo ellos incurrir en dicho costo de transporte junto a los cargos de acceso de entrada y salida al momento de suministrar comunicaciones de larga distancia si usan la red de la denunciada. Esta situación se origina en la existencia de sólo tres redes que cubren la totalidad de las 24 zonas primarias en que se divide el país para efectos de redes telefónicas locales, siendo una de ellas de CTC Mundo.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ R. N° 524, Cons. 2°

⁴⁵⁶ R. N° 515, visto 10°

Al conocer los costos mínimos en que debe incurrir un portador que carezca de red propia, la Comisión estima que la denunciada no puede tener costos inferiores a los costos mínimos, y que tal conducta busca dañar la competencia en el mercado de telecomunicaciones de larga distancia nacional.⁴⁵⁷

En el considerando 5, la CR reconoce adoptar dicha medida precautoria temporalmente, fundada en el *fumus boni juris* de los costos mínimos y pretendiendo evitar el *periculum in mora* para el mercado; por carecer de información adicional sobre los demás costos en que incurre para la provisión de comunicaciones de larga distancia la denunciada. Además, para dicho tribunal resulta

indispensable cautelar, [que, mientras se investiga la denuncia] los portadores que utilizan los servicios de la denunciada estén en condiciones de cubrir los costos mínimos que a éstas irrogan los servicios específicos [de transporte y acceso a redes locales].

Detrás de esta resolución que acusa precios ruinosos, hay también un reconocimiento a la discriminación de precios en que incurre la denunciada respecto a los demás portadores que ocupan su red pagando por dicho uso. Siendo dueña de su red, CTC Mundo puede bajar los precios del transporte de sus comunicaciones a niveles mínimos, recargando excesivamente el precio del transporte a sus competidores, y a la vez usuarios de su red. Mediante esta conducta, siendo tan

⁴⁵⁷ En este sentido, pese al régimen de libertad de precios, la Ley establece que "Las tarifas definitivas para las comunicaciones telefónicas de larga distancia serán establecidas mediante fórmulas tarifarias. Las fórmulas tarifarias para las comunicaciones de larga distancia nacional incluirán las tarifas de acceso a las redes locales y las tarifas de larga distancia nacional de los servicios intermedios de telecomunicaciones. Las fórmulas tarifarias para las comunicaciones de larga distancia internacional incluirán las tarifas de acceso a las redes locales, las tarifas de larga distancia, nacional e internacional, de los servicios intermedios de telecomunicaciones y los costos por concepto de participación de los corresponsales extranjeros derivados de los convenios respectivos." Art. 30 G LGT

competitivo el mercado de la telefonía de larga distancia por lo fácil de escoger portadores con tarifas más bajas, la denunciada podría sostener este comportamiento tal que le permita destruir a sus competidores menores o hasta alcanzar una cuota de participación mayor en el mercado de la telefonía de larga distancia.

La medida precautoria de la CR deja entrever también que la defensa de la denunciada en torno a que no habrían precios predatorios si el total de sus ingresos por concepto de los servicios que presta es superior al costo total de la empresa,⁴⁵⁸ oculta la existencia de un subsidio cruzado de otros servicios hacia los servicios prestados mediante precios ruinosos.⁴⁵⁹

Concepto de ilicitud

Pese a ser una medida precautoria, es a través de ella que la CR puede fijar un precio mínimo al suministro de un bien o servicio. Además, junto a otras medidas precautorias que han fijado precios mínimos,⁴⁶⁰ se facilita la determinación de éstos en consideración a costos conocidos y regulados.

En la especie, el considerando 4 de la resolución nos advierte que para determinar la existencia de un precio dañoso, debe considerarse si las tarifas aplicadas cubren los costos de dichas comunicaciones, y no si el total de ingresos de la denunciada por concepto de todos los servicios que presta exceden el costo total de la empresa.

⁴⁵⁸ R. N° 524, Cons. 4°

⁴⁵⁹ En sentido distinto, la R. N° 100, Cons. 5° "Que no estando expresamente prohibido por la ley que temporalmente una Administradora pudiera cobrar comisiones periódicas bajo el costo y estando ello compensado por el cobro anual por el mantenimiento de los saldos, puede estimarse que una política de esta especie puede deberse más bien a una táctica de mercado que a una preconcebida política de precios predatorios"

⁴⁶⁰ Por ejemplo, R. N° 508

Así, la autoridad debe fijarse del costo del servicio en particular y si éste es depredatorio o no, cubriendo su costo, atendiendo a la necesidad de que la tarifa cubra los costos del servicio utilizado.

La constatación de la operatividad de la depredación se ve facilitada al tener que incurrir los participantes en dicho mercado en costos comunes, que son públicos y operan como mínimos.⁴⁶¹

3.2. Resolución N°547

Descripción del problema

El Fiscal Nacional Económico realiza un requerimiento en contra de la concesionaria de servicio público telefónico móvil celular "CTC Comunicaciones Móviles S.A." ("Startel"), por diversas prácticas atentatorias de la libre competencia.

Se imputa al concesionario celular una práctica de tarifas predatorias respecto a un sistema de cobro del servicio móvil celular llamado "*Calling Party Pays Plus*" (CPP Plus) y el uso de la sigla "PCS".⁴⁶²

⁴⁶¹ El Art. 36 bis, inc. final LGT sanciona los subsidios cruzados que favorezcan a la concesionaria matriz originados en su portador, al establecer que "El concesionario de servicio intermedio que preste servicios de larga distancia y que sea filial o coligado de o de cuyo capital sea dueño en un 20% o más un concesionario de servicio público de telecomunicaciones que, a través de cualquier medio o por cualquier forma que no sea el reparto de dividendos, absorba costos de o transfiera utilidades al concesionario público de telecomunicaciones respecto del cual exista alguna de estas situaciones, incurrirá en causal de caducidad de la concesión, sin perjuicio de la aplicación de la multa máxima triplicada, al concesionario beneficiado con la infracción." Estas hipótesis de subsidio cruzado de portador a matriz sorprenden, ya que el portador participa en un mercado competitivo y traspasa utilidades o absorbe costos de una empresa en un mercado monopólico, cuando normalmente la subvención cruzada va en sentido inverso.

⁴⁶² Dejaremos al margen el análisis de la conducta de usar la sigla "PCS" (siglas de *Personnal Communications System*) por parte de Startel. En resumen, ella corresponde al sistema celular móvil digital (en la frecuencia de los 1900 Megahertz), mientras que Startel era concesionaria de un servicio celular analógico, digitalizado en un porcentaje mínimo. El uso de la sigla (marca registrada de la CTC) inducía a

La CR dicta una medida precautoria a los pocos días de la introducción del sistema objeto de la investigación, mediante la R. 508, que permaneció vigente hasta la dictación de la resolución en análisis.

Determinación de la ilicitud

El sistema de cobro general existente a la fecha del requerimiento, aplicado al mercado de la telefonía móvil, consistía en que las comunicaciones desde un teléfono de la red telefónica fija hacia un teléfono móvil, el usuario de la telefonía fija sólo pagaba el servicio local medido (SLM), y el usuario de la telefonía móvil pagaba, a su vez, el costo del uso de la red móvil, como si él hubiera efectuado la llamada, siendo que él sólo la recibía. Respecto a las comunicaciones realizadas desde un teléfono de la red de telefonía móvil hacia uno de la red de telefonía fija, el usuario de la telefonía móvil pagaba las llamadas que efectuaba, y el usuario de la telefonía fija no soportaba cargo alguno, siendo subsidiado por el usuario móvil. Aunque injusto y discriminatorio para el suscriptor celular que pagaba por una llamada recibida no efectuada, siempre alguien pagaba por el uso de las redes. Al respecto, los costos involucrados en una comunicación fijo-móvil o móvil-fijo están compuestos por el uso de la red móvil y el de la red fija.⁴⁶³

El CPP Plus innovó respecto al sistema de cobro general, ya que en las comunicaciones desde teléfonos fijos a móviles el usuario del teléfono móvil quedaba liberado del pago de la llamada que recibía, mantenién-

equivocos a los usuarios, además que este uso fue anterior al inicio del servicio de las tres concesionarias de servicio móvil digital, conocido técnicamente como "PCS". La Comisión estima dicho uso como contrario a la libre competencia. R. N° 547, Cons. 70° a 84°

⁴⁶³ *Idem*, visto N° 1.10, c) y N° 1.11

dose el usuario de la telefonía fija afecto exclusivamente al pago del SLM. Respecto a las llamadas salientes desde la red de telefonía móvil, el CPP Plus mantuvo el sistema preexistente. La novedad no era de una significación menor: una llamada fijo-móvil en la época de introducción del sistema Plus era del orden de diez veces la tarifa del SLM.

Como se percibe, con el CPP Plus Startel percibía ingresos en las comunicaciones móvil-fijo; y en el otro, no percibía ingreso alguno por el uso de su red móvil (comunicación fijo-móvil). Para la requerida, el sistema no representaba una disminución de ingresos, sino una "recomposición" de los mismos.

La defensa de Startel en contra de la predación es que el precio promedio de un abonado celular era inferior a sus costos promedios.⁴⁶⁴ Esta alegación supone que existían subsidios cruzados entre los usuarios móviles del CPP Plus ofrecido por la empresa celular.

Para determinar si había una política de predación de precios, la CR fijó como punto de prueba "si los recursos de la red móvil que intervienen en las comunicaciones Fijo-Móvil, son equivalentes a los utilizados en las comunicaciones Móvil Fijo y la incidencia del tráfico en el dimensionamiento de dicha red móvil".⁴⁶⁵ Resuelto este punto, el Tribunal determinaría si la práctica era dañina de la competencia en los diversos mercados de servicio público telefónico (fijo, móvil y de larga distancia).

De las múltiples pruebas periciales y testimonios rendidos, el tribunal estimó acreditado que los recursos de red móvil que intervienen en las comunicaciones entre un teléfono fijo hacia uno móvil, y desde uno móvil a uno fijo, son casi idénticos, e incluso levemente superio-

⁴⁶⁴ *Idem*, Cons. 37º, 40º y 41º

⁴⁶⁵ *Idem*, Cons. 9º

res en el caso fijo-móvil. Además, concluye la CR que para cursar el mayor tráfico que supondrían las llamadas desde los teléfonos fijos a los móviles, Startel necesariamente debía incurrir en mayores costos de inversión y de explotación, en proporción directa al tráfico agregado de ambos tipos de comunicaciones.⁴⁶⁶

Para efectos de estimar predatorio el sistema del CPP Plus, la CR tuvo a bien considerar precisamente el monto fijado para los cargos por interconexión a servicios móviles, que comenzó a operar mientras se conocía del requerimiento, a través del sistema conocido como "Calling Party Pays" (el que llama paga). Este sistema de cobro dispone que el usuario que realice una llamada saliente pague el costo total de esa llamada, de manera que el suscriptor que recibe la llamada no realiza pago alguno por esa llamada recibida. Este sistema se fundamenta en que la decisión de comunicarse implica asumir el costo de dicha comunicación por quien la persigue, liberándose de cobro a quien recibe la llamada. El valor fijado por la autoridad para los cargos de acceso de Startel era de \$ 71,4 por minuto en horario normal, y de \$ 50,0 por minuto en horario bajo (valores con IVA, a pesos de diciembre de 1997).⁴⁶⁷ Estas cifras son significativamente distintas al compararlas con la tarifa gratuita ofrecida a través del CPP Plus. Conociendo el valor del uso de la red móvil, para una empresa eficiente, se salva la incertidumbre de costos que presenta la predación.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ *Idem*, Cons. 21°. Al respecto, teniendo igual calidad el mismo servicio pero uno sólo a SLM versus el valor de la llamada móvil-fijo; el suscriptor móvil interesado en hablar con un usuario de red fija y pagar el mínimo bastaba con llamarlo y decir "llámame". Esta situación habría sido catastrófica para Startel, la que sólo podría recuperar dichos costos a través de el cobro por el arriendo de equipos y cargos fijos (que incluyen minutos para llamadas, ya sea de entrada o salida). R. N° 547, Cons. 35°

⁴⁶⁷ *Idem*, Cons. 57°. DS 7, de 1999, Minecon y MTT

⁴⁶⁸ Debe tenerse presente que la empresa eficiente, para efectos del *CPP*, era una empresa con su red al 100% digitalizada, estado alcanzado en menos de un 12% por la red de la requerida en la parte central del país y un 0% en el resto del Chile.

De las conclusiones del tribunal se desprende el raciocinio efectuado para determinar la ilicitud de la conducta: la gratuidad establecida bajo el amparo del CPP Plus de las comunicaciones fijo-móviles sólo puede incrementar dichas comunicaciones, por sobre el nivel de una situación de equilibrio en condiciones de libre competencia. El aumento del tráfico desde teléfonos fijos a móviles hace imprescindible una mayor inversión, que tiene como contrapartida que la empresa Startel deje de percibir ingresos por concepto de las comunicaciones fijo-móviles, lo que conlleva un natural deterioro de sus resultados, y como se probó en autos, inviable en el tiempo.⁴⁶⁹

Frente a la política del CPP Plus, las demás empresas competidoras móviles sólo podían igualar dicha oferta, incurriendo en pérdidas, o perder sus clientes capturados por lo atractivo del sistema Plus, al menos hasta la salida del mercado de Startel, fruto de su inviabilidad. Las empresas que no habían ingresado al mercado (en la especie, las concesionarias de telefonía móvil personal, que precisamente se conocen como "PCS"), sólo podían desistirse o ingresar en condiciones iguales a las del CPP Plus.

Respecto al mercado de servicio público telefónico de larga distancia, el CPP Plus constituía un aliciente para comunicarse desde un teléfono de red fija hacia uno celular, ya que dicha llamada se calificaría como local, con los costos exclusivos del SLM para dicho usuario. Esta situación incentivaba la sustitución de comunicaciones a través de portadores, por comunicaciones fijo-móviles hacia teléfonos de Startel, agravada por la situación que la requerida escogía el portador para dicha llamada, eliminando la libertad del usuario que tiene garantizada por el sistema del multiportador, en sus modalidades contratado o discado. De este modo, el CPP Plus no sólo agredía la competencia en el mercado de la telefonía pública móvil sino también en el mercado de larga distancia nacional.

⁴⁶⁹ R. N° 547, Cons. 52°

El sistema CPP Plus, que hace incurrir en pérdidas a Startel, que pasaría a operar como una empresa "minimizadora de sus resultados", y con una gestión deficiente, conlleva un necesario aumento del tráfico desde teléfonos de red fija destinados a teléfonos de usuarios de Startel. Este mayor tráfico fijo-móvil pagaba sólo SLM, lo que significaba mayores utilidades para las empresas de telefonía local.⁴⁷⁰ Siendo Startel una filial de CTC, ésta obtendría utilidades anormales por dicho mayor SLM. ¿Qué hubiera ocurrido de perseverar Startel con el CPP Plus? Reformulando la pregunta, ¿qué hubiera ocurrido si Startel no hubiera sido filial de CTC?, ¿podría haber adoptado como política de precios el CPP Plus? La limitación a los precios predatorios puede romperse excepcionalmente por una empresa de utilidad pública monopólica en un mercado y que enfrente competencia oligopolística en un mercado desregulado, pudiendo soportar en el tiempo una política de precios ruinosos en desmedro de sus competidores que no son monopolios en un mercado regulado.⁴⁷¹

Para la CR, las pérdidas que incurría Startel por la aplicación del CPP Plus "eran paliadas por las utilidades extranormales que el aumento del tráfico fijo-móvil generaba para su matriz, la [CTC], al tarificar ésta el servicio local involucrado en las comunicaciones fijo-móvil por sobre su costo directo".⁴⁷²

Esta compensación de pérdidas de Startel, toleradas por su matriz, son un subsidio cruzado de la matriz a su filial, obtenido desde un SLM que financia el costo de usar la red móvil de Startel. A la luz del

⁴⁷⁰ Revelador resulta para demostrar lo beneficioso del sistema CPP Plus para las empresas de telefonía fija, que la empresa CMET haya estimado que el sistema era razonable y sano para la competencia.

⁴⁷¹ AVERCH, Harvey y JOHNSON, Leland. "Behaviour Of The Firm Under Regulatory Constraint", en *The American Economic Review*, N° 5, diciembre 1962, pág. 1058 y sgtes.

⁴⁷² R. N° 547, Cons. 90°

juicio de la CR -pero teniendo presente el requerimiento de la Fiscalía, resulta incompleto sancionar al predador y no también a quien le permite mantener en el tiempo, indefinidamente, dicha conducta.⁴⁷³

Parece innecesario determinar mediante un test de predación respecto al CPP Plus: las llamadas fijo-móvil tenían un costo cero para el suscriptor celular, y sólo del SLM para el suscriptor de telefonía fija, por lo que ante un servicio ofrecido en condiciones de gratuidad por Startel, no puede haber un servicio a precio menor. Aún así, la CR fija como criterio para una empresa que ofrece diversos servicios en un régimen de libre competencia que debe

*necesariamente aplicar tarifas a cada uno de ellos, de modo de cubrir su respectivo costo marginal de largo plazo o incremental de desarrollo [tal como lo establece la LGT en el procedimiento de tarifación], emulando las condiciones básicas que deben cumplirse en un régimen de libre competencia, de modo de prevenir ineficiencias en la asignación de recursos de la economía.*⁴⁷⁴

Una eventual excepción que pudo alegar la requerida respecto a la implementación del CPP Plus bien pudo ser el carácter transitorio o promocional que éste podría tener, previendo el aumento de la competencia que representaría el inicio de servicio de las concesionarias de telefonía personal, persiguiendo captar clientes en breve plazo. No obstante, las declaraciones de los ejecutivos de la telefónica celular eran enfáticas en el carácter permanente del CPP Plus, pese a reservarse contractualmente el derecho de la empresa a modificar unilateralmente el valor de las tarifas a sus suscriptores. Sólo como malos gestores podrían incurrir en una política que hacía inviable a la empresa en el tiempo.⁴⁷⁵

⁴⁷³ cfr. R. N° 306, Cons. 5°

⁴⁷⁴ R. N° 547, Cons. 55°

⁴⁷⁵ *Idem*, Cons. 66° y 68°

Posteriormente, al conocer del recurso de reclamación de la telefónica, la Corte Suprema confirmó la resolución de marras, pero rebajó la multa impuesta por cuanto las conductas no alcanzaron a concretar perjuicios por competencia desleal.

Concepto de ilicitud

La práctica del CPP Plus es constitutiva de un atentado a la libre competencia constituido en la especie por la gratuidad del servicio de llamadas fijo-móvil, ofrecido en condiciones no promocionales.

Finalmente, podemos indicar que esta resolución es la más extensa que haya dictado la CR en su historia (55 fojas, noventa considerandos) y la mayor multa que ésta hubiera aplicado a una empresa (10.000 U.T.M.).⁴⁷⁶

4. DISCRIMINACIÓN DE TARIFAS

Es sin duda en los mercados monopólicos donde la discriminación de precios y entre usuarios es más factible. El usuario se ve enfrentado a un coloso como lo es la empresa, con escasas o inexistentes posibilidades de dirigirse a un oferente distinto al prestador del servicio. Como dijimos antes, la posibilidad de discriminar es mayor en mercados donde el proveedor es un monopolio. Y como esa característica la tienen muchos de los mercados que estudiamos, es más factible esta acepción de usuarios.

Para Dromi, la defensa de la libre competencia implica la prohibición de cualquier medida discriminatoria en aquellos servicios que han

⁴⁷⁶ La multa fue reducida a la mitad por la E. Corte Suprema, confirmando la R. N° 547, conociendo de un recurso de reclamación en contra de esta resolución, en enero de 2000. Recurso de Reclamación contra Resolución N° 547, *CTC Comunicaciones Móviles S.A.*, Rol 3.354-99

sido otorgados bajo un régimen de exclusividad, en los cuales los prestadores deben obrar dentro de un marco de competencia leal y efectiva.⁴⁷⁷

Nuestro derecho ha acogido uniformemente la prohibición de la discriminación arbitraria en materia económica, como consecuencia de múltiples normas constitucionales y legales que impulsan al principio de la igualdad y de la no discriminación en materia económica.⁴⁷⁸

No obstante, afirmar que la legislación ha establecido la prohibición total de la discriminación es erróneo. La discriminación puede existir, mientras sea justificada y no arbitraria, especialmente cuando ella obedezca a diferencias de precios por motivos de costos. Tal vez no se haya estudiado suficientemente que entre usuarios hay diferencias que deben ser atendidas por el servicio público al fijar los precios. Si hiciere caso omiso a estas diferencias, estaría discriminando a los usuarios, al equiparar distintos tipos de usuarios en un solo gran grupo, uniforme dentro de la diversidad. La diferencia de precios simplemente refleja los distintos costos de producir el bien o el servicio.⁴⁷⁹

Se ha sostenido que hay discriminación de tarifas cuando los precios de los bienes o servicios son desproporcionados a la producción, distribución, almacenaje y riesgo marginales y a la incertidumbre de costos.⁴⁸⁰ De manera más simple, Posner señala que la discriminación es una manera de describir la "práctica de vender el mismo producto a diferentes compradores a distintos precios aun cuando el costo de venta es el mismo para ambos".⁴⁸¹

⁴⁷⁷ DROMI, *op.cit.*, pág. 96 y sgtes.

⁴⁷⁸ Arts. 19 N° 2, 20, 21 y 22 CPR

⁴⁷⁹ POSNER, *Antitrust Law*, pág. 62

⁴⁸⁰ BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 520

⁴⁸¹ POSNER, *Antitrust Law*, pág. 62. La traducción es nuestra

Respecto a la discriminación monopólica de precios, ella consiste en el cobro de precios diferentes a los consumidores, lo que no tiene explicación en los distintos costos marginales de ofrecer el producto.⁴⁸² De este modo, para descubrir la práctica de una conducta discriminatoria debemos conocer los costos de producción, porque las diferencias de precios son solamente una condición necesaria, pero insuficiente para verificar la discriminación.

En el caso de empresas monopólicas, y dadas las características de escasa o imposible conservación del bien o servicio que se usa, la posibilidad de discriminar es mayor, porque no hay arbitraje factible entre los usuarios respecto a los cuales se les discrimina. Como no pueden revender quienes reciben los bienes a un menor precio a aquellos que pagan más por el mismo, abre la posibilidad de que la empresa de utilidad pública pueda fijar precios no basados en sus costos (que son los mismos) sino en las distintas elasticidades de demanda que tienen sus clientes.⁴⁸³

No está ausente la legislación tarifaria el deber de no discriminar indebidamente por los prestadores de servicios públicos, encontrando la expresión utilizada de manera intensiva, especialmente en la LGT.

4.1. Diferencias y discriminación.

¿Es cualquier diferencia de tarifas una discriminación?

Aunque pareciera que la ley comprende a la diferencia dentro de la discriminación (al no hacer distinción) puede ser necesario estable-

⁴⁸² PAREDES, "Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile", pág. 244

⁴⁸³ POSNER, *Economic Analysis of Law*, pág. 305

cer que muchas de las situaciones que parecieran abiertamente como discriminación no son sino diferencias de precios.

El D.S. N° 136, de 1989, que fijó tarifas para el operador telefónico dominante a nivel nacional, CTC, reconoció como categorías distintas áreas geográficas (tres), cargo fijos y tarifas para de clientes con renta plana (residencial, básico-comercial y troncal-PABX) y horarias (nocturna, diurna y baja).⁴⁸⁴

En la legislación eléctrica, el D.S. N° 300, de 1997, que fija tarifas eléctricas reconoce como criterios de diferenciación de tarifas la hora de consumo, opciones tarifarias según la tensión y por "áreas típicas" (zonas geográficas y densidad de habitantes).⁴⁸⁵

Expresado el vínculo entre costos marginales y precio de venta, habrá discriminación si las diferencias entre usuarios no es resultado de los distintos costos marginales, sino de otros factores.

Reconocida la distinción entre diferencia y discriminación, ella ha sido remarcada por numerosos dictámenes

*Esta [CPC] ha manifestado en reiteradas oportunidades que las diferencias de precios sólo deben emanar de antecedentes objetivos e impersonales derivados de la venta misma, aplicables de una manera general a todos los compradores, como serían, por ejemplo, las diferencias de volúmenes o de modalidades de pago. Toda otra discriminación, resulta ilegítima y, por lo tanto, conduce al establecimiento de precios individuales y a franca discriminación*⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ DS 136, Minecon, de 16 de agosto de 1988 (D.O. 4/1/1989) que Fija Niveles Tarifarios a la Compañía de Teléfonos de Chile S.A. para el Quinquenio 89-94

⁴⁸⁵ DS 300, Minecon, de 1997. Que Fija Formulas Tarifarias Para las Empresas Eléctricas Concesionarias de Servicio Público de Distribución que Señala.

⁴⁸⁶ D. N° 786, 11, CPC, D. N° 484 y R. N° 250 (*vid infra*)

4.2. Discriminación por volúmenes de tráfico alterando el decreto tarifario

4.2.1. Dictamen N°1013

Descripción del problema

La denuncia es entablada por el Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos, "CMET" en contra de CTC Corp S.A. y la CTC, al ofrecer estas últimas un sistema de renta plana a grandes clientes, como son la Municipalidad de Vitacura, Cruz Blanca S.A. y la Compañía General de Electricidad S.A. (C.G.E).

CMET expresa que el sistema de renta plana es discriminatorio respecto a los demás usuarios y que dicho sistema es ilegal, porque contraviene las tarifas fijadas a CTC, mediante D.S. 95 de 1994, MTT.

Determinación de la ilicitud.

En Chile, las empresas telefónicas pusieron en funcionamiento un sistema de medición del consumo conocido como SLM, Servicio Local Medido. Este mecanismo de tarificación se basa en la cantidad de minutos efectivamente cursados por el usuario. El D.S. 95, aplicable a la denunciada, indicaba expresamente el valor de cada minuto de tráfico telefónico, estableciendo precios diferentes para horarios punta (normal) y otro reducido. Conocer previamente el valor del minuto hablado permite a los usuarios saber el monto que se les cobra en función de su tráfico cursado.

Recogiendo la opinión de la Subtel, la CPC califica como inmutable el sistema del SLM mientras dure la vigencia del respectivo decreto tarifario, con la excepción de que el mismo decreto establezca casos en que el SLM no se aplique.⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ D. N° 1013, p. 5.1, CPC

El sistema ofrecido por CTC en las licitaciones, conocido como "rentas o tarifas planas" es el valor histórico de un conjunto de servicios públicos telefónicos prestados a los usuarios, que se cobra en forma fija, periódica y estable con independencia del volumen real del tráfico telefónico de la respectiva empresa, organismo o cliente.⁴⁸⁸ Este sistema hará que el usuario no pague por sus consumos reales actuales, sino por un promedio de sus consumos históricos.

Al ofrecer un sistema distinto al normal de tarificación, debe verse junto con la oferta de precios menores a grandes consumidores. En este punto, la CPC advierte que están permitidos los descuentos, realizados en condiciones objetivas, generales, preestablecidas y no discriminatorias; situación que no se presenta en la especie, pues se ofrecen precios menores sólo a la Municipalidad, CGE y Cruz Blanca. Eso sí, la discriminación está prohibida entre usuarios de una misma categoría (Art. 30 H LGT), correspondiendo a sólo una categoría la de usuarios conforme el decreto tarifario aludido, salvo para los cargos fijos.

Preclara es la señal de advertencia respecto a la eventual existencia de precios predatorios encubiertos bajo las rentas planas, forma de tarificación que puede hacer "menos visible la posible existencia" de estas prácticas dañosas por quien tenga una posición de dominio en el mercado.⁴⁸⁹ Al respecto, esta presunción resulta excesiva, pues no hay pruebas que estas tarifas ofrecidas hayan sido bajo el costo de prestación del servicio. Y más que una política de predación, creemos que las rentas planas fomentan los subsidios cruzados entre usuarios de consumos diversos, beneficiándose quienes consumen más y perjudicándose a aquellos usuarios que usan menos del servicio,

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 5.2

⁴⁸⁹ *Idem*, p. 5.4.

traspasándose los consumos sobre el promedio desde los excesivos a los deficitarios.

En este dictamen, la CPC refuerza su doctrina de permitir la discriminación basada en categorías objetivas. Si se desea que la tarifa favorezca a cierto tipo de usuarios, debe hacerse por medios distintos a la discriminación, como son los subsidios directos.

*Los descuentos por volumen que las empresas de Servicio Público Telefónico puedan aplicar a sus clientes deberán hacerse siempre sobre la base del tráfico realmente cursado por el usuario, tasado según el Servicio Local Medido; sobre criterios objetivos y no discriminatorios, pactados previamente entre las partes.*⁴⁹⁰

Finaliza el fallo con indicaciones de la CPC respecto a la aplicación de un sistema que contraviene la LGT, es una cierta forma de "competencia mediante infracción de normas", beneficiando a las empresas que la ofrezcan por sobre quienes cumplen la ley. Este beneficio ofrecido no puede justificarse en que sean los mismos usuarios quienes piden tal servicio, debido a que los concesionarios deben actuar en sus mercados ajustados a derecho. Ofrecer un sistema de tarificación ilegal, infringiendo las normas, aparece acá como un gesto de competir sin respetar las reglas del juego. Acá, el juego consiste en usar un sistema de tarificación, pero al ofrecer otro prohibido, la empresa salta la valla de la ley. Casos extremos de esta competencia mediante infracción podrían ser delitos, como quemar las instalaciones de la competencia, amenazar a los usuarios, etc.

También es importante la precisión respecto a la aplicación de estas conclusiones no sólo en mercados regulados (servicio local), sino también en mercados desregulados, como es el de larga distancia, ya que

⁴⁹⁰ *Idem*, p. 6.3.

su estructura de precios también se determina en base a los minutos efectivamente cursados a través del portador.

Concepto de ilicitud

En la especie, junto con señalar que el abuso de posición dominante lo constituye una cierta invisibilidad de precios depredatorios, lo constituye también una competencia mediante infracción de normas, en evidente perjuicio de quienes se ajustan al marco jurídico correspondiente; que significó un mecanismo de tarificación ilegal. La pretensión de la compañía denunciada de ofrecer descuentos por volúmenes, mediante un sistema de tarificación ilegal, resulta abusiva por ser discriminatoria arbitrariamente e ilegal por alterar el sistema de medición establecido por el decreto tarifario.

Respecto a esta situación, valga saber que la CR estimó posteriormente que puede realizarse una fijación de tarifas según categoría de usuarios, debiendo contemplarse la existencia de "fundamento de costos, tarifas para los casos en que los servicios sean ofrecidos en grandes volúmenes".⁴⁹¹

4.3. Discriminación de tarifas mediante "descreme de mercado"

4.3.1. Dictamen N°847

Descripción del problema

Rafael Sariego y 353 personas de la comuna de La Florida denuncian a la CTC por abusos de posición monopólica que habría incurrido la empresa contra sus usuarios.

⁴⁹¹ R. N° 515, decisión 4ª, literal c

La empresa denunciada, aprovechando su dominio del mercado, mediante amenazas logró que los denunciantes firmaran contratos de líneas telefónicas futuras a precios que en pocos meses iban a bajar por un nuevo decreto tarifario. Con esto, la empresa cobró a distintos usuarios del mismo sector, por idénticos servicios, precios significativamente inferiores a los cobrados a los denunciantes.

Determinación de la ilicitud

En la comuna de La Florida, la compañía telefónica ofrecía escasas líneas nuevas de teléfono, surgiendo un mercado secundario, donde se transaban las líneas existentes de teléfono. Para sus líneas futuras, la empresa las vendía "en verde", sistema consistente en la contratación anticipada a la fecha de conexión del servicio. Esta venta se realizaba a un precio libre conocido como "cargo por asignación de línea".

Conociendo que dichos valores iban a disminuir, hasta desaparecer al final del período de vigencia de la tarifa, la empresa comienza a amenazar a las personas que han solicitado dicho servicio, forzándolas a contratar perentoriamente a esos precios, bajo el apercibimiento de tenerlas por desistidas de sus solicitudes de teléfono en caso de no presentarse a su oferta. Por vía de esta coerción, la empresa logró pactar con dichos clientes a precios altos que en un lapso posterior reducidos la denunciada rebajó significativamente.

Esta actitud de la telefónica constituye una demostración de una política de "descreme de mercado", consistente en un tipo de discriminación de precios contraria a la libre competencia. El descreme consistió en ofrecer un mismo servicio, en una misma comuna, a distintos valores que variaron significativamente en 17 meses. Con esta discriminación, la compañía agotó la demanda de teléfonos de los interesados con mayor disposición a pagar un precio elevado, para,

una vez satisfechas las necesidades de ese grupo de consumidores, rebajar dicho precio con el fin de acceder a otro segmento de consumidores.⁴⁹²

Junto a lo repudiable de la discriminación exitosa, agravada por las amenazas, debe señalarse que ella sólo pudo producirse si se conocía que los precios iban a bajar a futuro, producto de un proceso de tarifación en curso al momento de realizar la acepción de personas.

Pese a considerar la conducta como un abuso de posición monopólica, por ende reprochable, la CPC no sancionó a la denunciada pues se alcanzó un avenimiento con los denunciantes y no se persistió en la conducta.

Concepto de ilicitud

En este caso la conducta de abuso es una amenaza que discrimina arbitrariamente entre consumidores según su disposición a pagar por un servicio que posteriormente bajaría de precio. La discriminación se agrava pues la empresa conocía que dicho valor disminuiría de precio, como resultado de un proceso de tarifación en curso.

5. SUBSIDIOS CRUZADOS

Los subsidios cruzados constituyen una práctica realizada por empresas en mercados monopólicos regulados, por lo que su ocurrencia es casi exclusiva de empresas de utilidad pública. Su origen reciente y su finalidad redistributiva obliga a preguntarse cuando ellos son sancionables, si es que lo son en alguna medida.

⁴⁹² D. N° 847, p. 11.2, CPC

Hay subsidio cruzado o interno cuando "un grupo de consumidores es gravado para costear un subsidio en beneficio de otro [grupo]".⁴⁹³ Casos de subsidio cruzado se presentan cuando hay un precio fijado bajo el costo marginal del servicio o la empresa es incapaz de concentrar los costos fijos en aquellos consumidores dispuestos a pagarlos. De este concepto se ilustra que el subsidio cruzado tiene dos partes: un "usuario *subsidiante*", quien forma parte del grupo que financia el subsidio, y un "usuario subsidiado", integrante de un grupo de consumidores beneficiados por dicho subsidio. Limitar el servicio o usuario subsidiante significa una restricción a la rentabilidad impuesta por el regulador al prestador regulado.

De ligar los costos de los bienes o servicios al precio de ellos, se desprende la ausencia de subsidios cruzados y otros incentivos que distorsionan el mercado. Una estructura de precios que se base en sus costos puede definirse en principio como precios libres de subsidios cruzados. En consecuencia, se puede concluir que un precio no encierra subsidios cruzados cuando no supera el "stand alone cost" (o costo individual) o, alternativamente, cuando el resto de los precios de la empresa están por encima del costo incremental.

En uno de los primeros dictámenes sobre cobros abusivos, se señaló la doctrina esencial respecto a los subsidios cruzados y el costo real de los servicios prestados, como resultado de la posición monopólica de SENDOS y de EMOS:

*las tarifas de los bienes o servicios que se transen en la economía deben ser reflejo de los costos que involucran su producción o servicio, por una parte, y, por la otra, que todo cobro debe ser explícitamente informado al usuario o consumidor*⁴⁹⁴

⁴⁹³ POSNER, *Economic Analysis of Law*, pág. 394. La traducción es nuestra

⁴⁹⁴ D. N° 220, CPC

Más adelante, en el mismo dictamen, se lee como las tarifas deben guardar relación con los costos de bienes y servicios prestados a los usuarios: rechazando la arbitrariedad y desproporción en la relación de unos y otros

Los valores han sido fijados discrecionalmente en el sentido que no tienen una contrapartida con los costos efectivos que involucra el servicio; por otra parte, las modalidades de cobro son producto de técnicas artificiosas que, además de ser poco claras, van más allá de lo que la ley ha establecido

El primer paso es determinar cuándo un precio está libre de subsidios cruzados entre consumidores, y ello ocurre en la medida que los costos se puedan sostener en base a los precios de mercado. En cuanto a monopolio, si no existe ningún competidor potencial a una empresa con posición dominante multiproductor que pueda ofrecer una canasta de bienes y servicios a un precio menor que el que puede imponer aquél, sin tener que incurrir en pérdidas. En este sentido, el costo incremental del dominante es un límite inferior al precio de la canasta que no puede ser igualdad (sostenido) por potenciales rivales. La razón es sencilla: el dominante está explotando economías de alcance que le permiten ahorrar costos que ningún proveedor especializado potencial puede explotar.⁴⁹⁵

El financiamiento del subsidio es a través de un precio de servicios del grupo subsidiante artificialmente más alto que el costo del servicio, con su contrapartida, de un servicio artificialmente más bajo que su costo de servicio.

Los subsidios cruzados son un mal medio de gravar a los usuarios, ya que la empresa que costea con un grupo de usuarios puede ver en su mercado el surgimiento de nueva competencia, que puede prestar dicho servicio a un precio menor (costo marginal), sin atender el finan-

⁴⁹⁵ Resolución 1460/98, *op.cit.*

ciamiento del subsidio para otra zona, pudiendo destruir el subsidio y además desperdiciar recursos económicos en dicho mercado ("*descremar el mercado*"). Si la autoridad desea conservar el subsidio, debe controlar el ingreso al mercado de nuevos competidores; o bien hacer 'explícito' el subsidio en el mercado que financia el subsidio, cobrando un impuesto en tal sector que evite el ingreso de nuevos oferentes. Además, debe controlarse que el prestador del servicio subsidiado no abandone dicho mercado, al serle poco atractivo sin el subsidio cruzado. Aunque el concesionario no puede dejar de prestar el servicio a quien lo desee contratar, como consecuencia de la obligación de servicio.⁴⁹⁶

Pese a lo reprochable que puede parecer el subsidio cruzado, ("*además de mis impuestos y de la tarifa que pago, ¿por qué debo financiar a otros usuarios?*"), los motivos para su existencia pueden ser más que atendibles, como el intento de aumentar el consumo de bienes o servicios considerados socialmente más deseables que el resto, y bien puede remplazarse el subsidio cruzado por otro medio legal que permita rescatar la finalidad del subsidio.

Los motivos para permitir el subsidio atienden a la solidaridad entre usuarios. Así el artículo 87.3. de la Ley 142, de 1994, de Colombia, señala que "Por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a 'fondos de solidaridad y redistribución', para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas."

La R. 515 declara expresamente que "las tarifas que se fijen deben estar desprovistas de cualquier tipo de subsidios y en particular de

⁴⁹⁶ POSNER, *loc.cit.*

subsidios cruzados entre servicios o entre prestaciones pertenecientes a un mismo servicio".⁴⁹⁷ Esta declaración obliga a que los servicios se sustenten por sus tarifas.

El subsidio cruzado que exista entre usuarios de un mismo servicio, donde la empresa de utilidad pública cobra más a unos y menos a otros, evidentemente es una diferencia de precios por el mismo servicio. Previo a determinar si es discriminatoria *per se* esta diferencia de precios, hay que resolver si no obedece a costos distintos de producción del mismo servicio.

La CR ha sostenido que en el caso de la conducta de subsidio cruzado entre usuarios de un mismo tipo de servicio, importa discriminación: ambos usan el mismo servicio y no hay razones de costo para diferenciar a unos a favor de otros:

el financiamiento del sistema de control de las llamadas telefónicas será de cargo del usuario que deseara tenerlo, ya que sería discriminatorio que el costo lo soportaran todos los suscriptores, en circunstancias que se beneficiaría sólo un pequeño porcentaje ⁴⁹⁸

Ante un subsidio cruzado entre usuarios de un mismo servicio tenemos una doble discriminación arbitraria, tanto para quien subsidia como para quien ve traspasado sus costos a otro usuario. El usuario subsidiante injustamente sufre un aumento de tarifas que financia a otros usuarios, con un precio mayor que el del subsidiado a un idéntico servicio. El usuario subsidiado recibe injustamente un beneficio, consistente en una rebaja del precio del servicio, financiado por alguien que no está obligado a pagar más de lo que debe. Un tipo de subsidio cruzado puede ser así el cargo fijo que no discrimine entre

⁴⁹⁷ R. N° 515, declaración 4ª, literal a

⁴⁹⁸ R. N° 286, Cons. 3º

usuarios residenciales y comerciales, o entre usuarios de distinto nivel socioeconómico, como ocurre en Colombia. Esta estratificación económica parece acercarse al precio justo, aunque fácilmente puede imaginarse las arbitrariedades que se producirían para pertenecer al menor nivel, con el fin de pagar menos.⁴⁹⁹

El subsidio cruzado existente entre usuarios de distintos servicios es más difícil de determinar, no siendo tan evidente como el anterior, al bastar la comparación material de los precios.

*Tampoco puede argüirse que existe el peligro de que CTC subsidie el servicio telefónico celular con los ingresos provenientes del servicio estacionario, en aquellas zonas en que tenga competencia, porque este último está sujeto a fijación de tarifa por parte de la autoridad, lo que garantiza que no se producirá una discriminación arbitraria en las tarifas de los abonados*⁵⁰⁰

Una dificultad práctica para comprobar la existencia de un subsidio cruzado es, tal como lo era respecto a la predación de precios, conocer la estructura de costos de la empresa y de los servicios subsidiados y subsidiantes. Si se ignora dicha estructura, no existe competencia ni punto de comparación, no puede conocerse el "stand alone cost" por el regulador.

Reconocido el daño que puede causar la aplicación de un subsidio cruzado, es creciente el rechazo a este tipo de práctica en la legislación comparada. En esta materia, las normas señalan en forma explícita dicha prohibición. La legislación boliviana de telecomunicaciones hace la sana advertencia: el subsidio desde un servicio no compe-

⁴⁹⁹ LARA CORTÉS, Claudio. *América Latina. Electricidad, Telecomunicaciones y Agua Potable. La Perspectiva de los Consumidores*, Oficina Regional Para América y el Caribe, Consumers International, Santiago, 1998, pág. 133

⁵⁰⁰ R. N° 306, Cons. 5°

titivo y regulado, a un servicio prestado en condiciones de competencia.⁵⁰¹ Otros, como ocurrió respecto al artículo 6 transitorio LGT, reconocen su existencia y propugnan la eliminación progresiva de dichos subsidios.⁵⁰²

5.1. Tipos de subsidios cruzados

Presentes principalmente en telecomunicaciones, puede encontrarse diversos casos, como son:⁵⁰³

1. Tráfico versus acceso (interconexión versus tráfico)
2. Entre empresas distintas (matriz versus filiales)
3. Entre regiones de un mismo país (pueblos versus ciudades)
4. Entre distintas rutas troncales
5. Entre servicios en competencia y servicios prestados en forma monopólica
6. Entre servicios pre-existentes y nuevos servicios

⁵⁰¹ Art. 142, e, Reglamento de Telecomunicaciones, Bolivia "No existirán subsidios cruzados entre sus servicios, particularmente en favor de los servicios que se presten bajo un régimen de competencia y subvencionados por servicios no competitivos."

⁵⁰² Este Art. 6º transitorio se tradujo en el Art. 4 DS 136, que fijó tarifas de la CTC para el quinquenio 89-94, dispuso una disminución progresiva del "cargo de asignación de línea", hasta llegar a cero al fin del período. También Artículo 39.5. Ley 31, de 8 de febrero de 1996 "Por la Cual se Dictan Normas Para la Regulación de las Telecomunicaciones en la República Panamá", dentro de los principios que deben regir en materia de tarifas dispone que ellas "Procurarán la eliminación de los subsidios cruzados." También la Directiva 19/96/CE, de la Comunidad Europea

⁵⁰³ Resolución 1460/98, *op.cit.*

7. Entre segmentos de la industria (local versus internacional)
8. Entre tipos de consumidores (residenciales versus comerciales)

5.2. Subsidios cruzados

5.2.1. Resolución N°150

Descripción de la conducta.

Consecuencia de una prohibición de operar en el mercado de servicio de télex internacional, Entel S.A., por sí o a través de Texcom Ltda., prestó el servicio careciendo de concesión para operar.

La denuncia formulada por Transradio, ya analizada en lo que respecta a la falta de concesión, comprendía otras prácticas contrarias a la libre competencia, que pueden circunscribirse en lo que se conoce como "subsidio cruzado".

Determinación de la ilicitud.

Relacionada íntimamente con la práctica de prestar el servicio sin concesión, cuando ella es indispensable, Entel incurrió en una serie de actos que atentaron contra la libre competencia al prestar directa o indirectamente el servicio de télex internacional. Pese a que la CR nunca señala en la resolución que dicha práctica sea la que atenta la libre competencia en esta causa, se desprende de su texto que fueron varios los subsidios cruzados allí existentes.

La CR señala que las imputaciones contra la empresa de telecomunicaciones "constituían una discriminación a favor de [Texcom Ltda.] y contra las demás empresas privadas prestadoras".⁵⁰⁴ Calificar esta práctica de Entel como "discriminación", al establecer una modalidad

⁵⁰⁴ R. N° 150, Cons. 2°

de descuentos especiales, bajo la forma de "venta de arrendamiento",⁵⁰⁵ parece una observación incompleta que ignora la relación existente entre Entel y Texcom como medio para burlar la prohibición de prestar un servicio. Dicha conducta de Entel pudo permitirle prestar el servicio en condiciones económicas imposibles para sus competidores.

La finalidad de las diversas prácticas de Entel, que mediante arbitrios y convenios celebrados con Texcom aparece nítida y certeramente descrita como una prolongación de las ventajas monopólicas que disfruta en un mercado.⁵⁰⁶

Cuando la empresa denunciada prestó el servicio directamente por sí, aprovechando su posición especial de monopolista; al ofrecer los servicios de télex a usuarios finales a los mismos precios que cobra a las empresas prestadoras, incurrió en un subsidio cruzado entre servicios distintos, pues "[Entel] ha tomado utilidades del mercado en que es monopolista para aplicarlas al mercado en que tiene competencia, y ha impedido, efectivamente que las demás empresas puedan competir en condiciones similares".⁵⁰⁷

En la prestación directa del servicio, Entel mantuvo unos precios similares a los de las demás empresas prestatarias, aunque con una tolerancia de 30 segundos gratuitos, condición que no otorgaban las otras empresas. Esta gratuidad puede entenderse como predación tarifaria al máximo, financiada por un subsidio cruzado.

Al no poder continuar con la prestación del servicio directamente, Entel continuó prestándolo a través de Texcom; empresa a la cual se traspasaron diversas ventajas que los demás prestadores no podían acceder, como eran el:

⁵⁰⁵ VALDÉS, *op.cit.*, pág. 167

⁵⁰⁶ R. N° 150, Cons. 3°

⁵⁰⁷ *Idem*, Cons. 11°

1. Uso gratuito de marca y denominación: Texcom hacía uso en el extranjero de la marca de Entel;⁵⁰⁸

2. Uso de domicilio: al solicitar su concesión de servicio, Texcom señaló como domicilio el mismo que tenía Entel en Santiago;

3. Facturación y cobranza de los cobros a los usuarios de Texcom por Entel sin que tengan estas prestaciones un valor determinado; y

4. Servicio de télex a precios y condiciones más favorables que la de la competencia, como era la tolerancia de 30 segundos gratis antes de cobrar el minuto superior; mantención gratuita de equipos; líneas de enlace de sin costo; descuentos de hasta un 70% del valor del servicio. Texcom, no teniendo costos definidos, ofrecía las ventajas que sólo podía ofrecer Entel.⁵⁰⁹

Una atenuante que realiza el tribunal ante la conducta de la principal denunciada es indicar que ella estuvo llana a facilitar sin reservas toda la información que le fue requerida, aun pudiendo perjudicarla. Esta disposición de la empresa permitió conocer *in extenso* las prácticas y costos envueltos en la conducta denunciada.

Las denunciadas fueron condenadas al pago de una multa y al cese de las "discriminaciones" de Entel en favor de Texcom.

Concepto de ilicitud

Las prácticas abusivas fueron conformadas por diversos subvenciones cruzadas, entre empresas distintas y entre servicios de una misma empresa, intentando extender las ventajas del monopolio a mercados competitivos.

⁵⁰⁸ DROMI, *op.cit.*, pág. 288

⁵⁰⁹ R. N° 150, Cons. 29

5.2.2. Resolución N°483

Descripción de la conducta

El origen de esta resolución es la denuncia interpuesta por la empresa de telefonía móvil Bellsouth Comunicaciones S.A. en contra de la empresa de telefonía CTC y su filial de telefonía celular Compañía de Telecomunicaciones Móviles de Chile S.A., ("CTC Celular").

La denuncia se origina en la puesta en marcha del servicio conocido como "Superteléfono Personal Móvil" (SPM) por las denunciadas. La telefónica denunciante alega la existencia de tres conductas contrarias a la libre competencia, principalmente llevadas a cabo por CTC. Ellas son la existencia de subsidios entre la matriz y su filial por el SPM, la prestación de un servicio concesionado sin concesión por parte de CTC y la discriminación de CTC hacia las demás empresas de telefonía móvil consistente en la negativa de permitirles ofrecer un servicio a los usuarios en idénticas condiciones al SPM.

Determinación de la ilicitud

El conflicto se origina por un servicio conocido como "Superteléfono Personal Móvil", consistente en un sistema combinado de telefonía fija y móvil celular, que requería necesariamente de un abonado de red fija de CTC, a quien se ofrecía por esta empresa la posibilidad de arrendar con opción de compra (leasing) un equipo de telefonía celular asociado a su línea de telefonía fija, de tal manera que las llamadas recibidas en esta línea pudieran ser transferidas gratuitamente al equipo celular, a voluntad del abonado.

Dentro de los servicios que ofrecía ser cliente del SPM estaban la gratuidad del servicio de transferencia de llamada desde la red fija al teléfono celular; entrega al abonado por parte de CTC de un equipo celular en arrendamiento con opción de compra; cobro en cuenta úni-

ca de CTC del arrendamiento del teléfono celular y de los cargos correspondientes al servicio telefónico celular y al tráfico de servicio local medido generado por las transferencias de llamadas; y cien minutos de tráfico celular gratuito.

Para el traspaso de subsidios de la matriz a la filial celular, la CR estima como un hecho público y notorio, carente de mayor análisis, el dominio de mercado de CTC como operador mayoritario de telefonía fija del país, con un 95% de participación en el mercado.

*Desde esta posición de dominio en el mercado, CTC se encontraba en situación de privilegio de ofrecer a sus abonados un sistema combinado de telefonía fija y móvil, sobre todo si se tiene presente que era la propietaria casi exclusiva de CTC Celular, uno de los principales operadores de telefonía móvil del país.*⁵¹⁰

La justificación de la conducta de CTC respecto a los eventuales subsidios financieros respecto a su filial fue mediante un mandato oneroso. El mandato comprendía el publicitar, ofrecer, comercializar, contratar, administrar y cobrar a los abonados de red fija de la CTC el SPM. La telefónica local era remunerada a través de las diferencias del cobro realizado a los usuarios del SPM y lo que le facturaba su filial celular.

CTC Celular facturaba a CTC todo el tráfico de entrada y salida, incluido el transferido del teléfono fijo al teléfono celular de los abonados al SPM, excluido el "roaming" y tráfico de larga distancia. El tráfico de salida se facturaba a 60%, más IVA, del precio del minuto establecido en los planes tarifarios del servicio telefónico celular; mientras que el tráfico de entrada era facturado a CTC a \$ 60 por minuto, más IVA.

Pese a lo pactado entre ambas compañías denunciadas, el sistema de remuneración no operó en la práctica, pues CTC no facturó a los clien-

⁵¹⁰ R. N° 483, Cons. 8°

tes del SPM el valor del tráfico frecuente, pero la telefónica móvil si facturó a CTC las sumas por dicho concepto, montos que CTC, conforme lo estipulado, pagó oportunamente a su filial.

Alegando un "error" entre ambas compañías, la CR lo consideró injustificable debido a que no se podía "desconocer la existencia de un subsidio financiero por parte de CTC a favor de su filial celular, subsidio que se habría mantenido por un lapso de cinco meses y que, atendida la infraestructura, tamaño y características de ambas empresas, no puede atribuirse a un simple error contable".⁵¹¹ En definitiva, la única remuneración que CTC Celular pagó a CTC fue el tráfico de salida facturado por la compañía móvil a razón del 60%, por minuto cursado.

De este modo, los pagos de CTC operaban como subsidios entre distintas empresas, de matriz operadora de un mercado regulado a una filial prestataria de un mercado competitivo.

Junto a este subsidio, CTC se hizo cargo, asumiendo los costos y no traspasándoselos a su filial, de introducir el SPM, publicitándolo y comercializándolo. Acá, el subsidio entre las empresas es respecto a la promoción de un producto de un mercado competitivo por una empresa con dominio de un mercado regulado. Lo mismo ocurrió posteriormente con el cobro y administración del sistema. Fruto de este "mandato", parecía que el servicio era ofrecido por CTC, aunque la CR no consideró que ella pudiera confundirse con el hecho formal del mercado de telefonía celular, porque CTC no "participó realmente en el ámbito técnico de la telefonía celular".⁵¹²

La ausencia de reproche respecto a la "prestación sin concesión" nos parece insuficiente, pues la prestación de un servicio otorgado en concesión, incluso en un mercado libre, comprende no sólo la prestación técnica del servicio (mediante antenas, conmutadores, etc.) sino también actividades comerciales. En éstas incluimos aquellas como la publicidad del servicio, cobro y facturación a los abonados, arriendo y venta de equipos, que eran realizados por CTC La confusión para los usuarios de

⁵¹¹ *Idem*, Cons. 10º, p. 3º

⁵¹² *Idem*, Cons. 12º, *cfr.* R. N° 150, sobre prestación del servicio sin concesión

quien les prestaba el servicio es evidencia de que el sistema integrado entre telefonía celular y de red fija se superponía de tal manera que no se sabía quien estaba prestando el servicio. Es probable que ante una falla de los equipos el abonado se hubiera dirigido a reclamar a las oficinas de la matriz, pues a ella le pagaba el servicio por el SPM. Más allá de la prestación sin concesión, el SPM permite una integración de servicios imposible para las prestadoras de servicio público telefónico fijo que carezcan de una filial de telefonía móvil o viceversa. Este servicio integrado redefinía el servicio telefónico fijo y el móvil, estableciendo un servicio telefónico único. El SPM era un nuevo servicio, definido entre CTC y su filial, desarrollado con el fin de excluir a sus rivales de dicho producto, alterando el mercado de la telefonía móvil, donde CTC Celular enfrentaba competencia. La exclusión se tradujo en que el SPM sólo fue "ofrecido" a CTC Celular, y denegado al resto de concesionarios de telefonía celular. Con el SPM CTC intentaba extender su monopolio en la telefonía fija a un mercado competitivo como era el móvil, creando un nuevo mercado integrado de telecomunicaciones.⁵¹³

Respecto a la gratuidad del tráfico frecuente y del proceso de transferencia de llamadas, como ejemplos de subsidios, bien puede considerarse como una política de precios predatorios, pues al usuario dichos servicios no tenían valor, y su prestación a costo cero es expresión de un "vender a un precio inferior al costo". Estas medidas predatorias

⁵¹³ Tal como lo crearía Microsoft al integrar su *browser* Internet Explorer con su sistema operativo Windows y su *suite* Office (Word, Excel, etc.). BORK, Robert H. *White Paper on DOJ vs. MS*, 1998. Este planteamiento está basado en *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985)

no resisten la defensa de ser promocionales, pues no fueron transitorias para la CR, sino más bien definitivas.⁵¹⁴ Aún así, la confusión entre subsidio y tarifa predatoria prueba la relación que puede existir en mantener una práctica predatoria en el tiempo: ella se sostiene por un subsidio cruzado, que le permite perdurar y resistir el aumento de la oferta que dicho servicio a costo cero tiene. Esta conexión íntima entre ambos se refleja en la recomendación hecha para evitar que los servicios que se inicien con precios promocionales que se constituyan en alternativas permanentes de mercado basadas en el otorgamiento de subsidios de cualquier índole, entre empresas integradas.⁵¹⁵

La CR acoge la denuncia, sancionando a la matriz con una multa de 2.500 UTM.

Concepto de ilicitud.

En la especie, la ilicitud consiste en diversos subsidios cruzados desde la empresa matriz de red fija telefónica a su filial celular, subsidios financieros y otros que permitieron tener una política sostenida en el tiempo de servicios gratuitos y otros, a costos inferiores a los que podría haberse prestado el servicio por empresas sin relaciones de propiedad entre sí.

D. CASOS DE AUSENCIA DE ILICITUD

Tal como hay prácticas abusivas que cometen los prestadores en el precio de su servicio, existen diversas situaciones en que la conducta no es de abuso, y aunque pueda parecer abusiva primeramente, por motivos de costos, medición o propios del decreto de tarifas, la conducta no constituye abuso de posición monopólica.

⁵¹⁴ R. N° 483, Cons. 14°

⁵¹⁵ *Idem*, declaración 4ª, literal b

El criterio que utilizamos para seleccionar los casos de ausencia de licitud fue esencialmente respecto al número de los usuarios afectados por la práctica de la empresa de utilidad pública.

Los casos que analizamos son de:

1. Diferencia de tarifas
2. Cobros del servicio en épocas que no se utilizan
3. Alza unilateral de tarifas de servicios desregulados de un monopolio natural

1. DIFERENCIA DE TARIFAS

1.1. Dictamen N°484 y Resolución N°250

Descripción del problema

Estas resoluciones analizan el segundo aspecto que se discutió en contra de la CTC, al imponer a sus suscriptores de servicio público telefónico un sistema de tarificación conocido del SLM.

El mecanismo de medición SLM fue objetado por los denunciantes Sres. Bosselin, Briones, Irureta y Zaldívar; ya que este sistema discriminaría según la hora en que se efectúe la llamada, variando el monto por unidad de medida, fluctuando entre \$0,74 y \$ 15,99 por llamadas de tres minutos. Según los denunciantes, este mecanismo no sería razonable ni correspondería a un estudio serio de costos, encubriendo un alza considerable de tarifas en perjuicio de los usuarios, que hace manifiesta la incapacidad de la compañía telefónica de atender eficazmente a los usuarios.

Determinación de la ilicitud

La empresa denunciada estableció el sistema de SLM con la finalidad de racionalizar el tráfico telefónico existente en el mercado en relación con los equipos que ella tenía para realizar las comunicaciones. El SLM es un medio de tarifación que permite a la compañía cobrar, y al suscriptor pagar, de acuerdo al uso efectivo que éste haga del servicio telefónico local, conforme a pautas previamente conocidas por el usuario.⁵¹⁶

Más que la objeción del sistema en sí, los denunciantes acusan la discriminación efectuada por la compañía como una destinada a obtener más dinero por los mismos servicios.

La CPC procedió a analizar la estructura de costos de la telefónica, siendo un 98% de ellos costos fijos, siendo un hecho determinante para el nivel de dichos costos, el dimensionamiento que se realiza de los equipos e instalaciones para poder cursar llamadas en las horas más congestionadas del día. En atención a la congestión mayor en ciertas horas que otras, se entiende válida el efectuar una "discriminación horaria". La discriminación beneficia a los usuarios que realizan llamadas en las horas que los equipos están congestionados y obliga a los usuarios que llaman en horas de congestión a pagar por las mayores inversiones que debe realizar la denunciada para poder cursar sus llamadas.⁵¹⁷ En tal sentido, la discriminación está justificada por una razón de costos y congestión distinta en horarios diversos.

Justificando el sistema de tarificación escogido, la CR considera que el usuario no sólo debe estar sujeto a un sistema de medición del consumo, siendo deseable la variedad de alternativas que se le ofrezcan al suscriptor, tanto para la fijación de tarifas como para el control

⁵¹⁶ D. N° 912, 3.1., CPC. La evolución en la jurisprudencia del SLM en los dictámenes 484 y 912, CPC y resoluciones 250, 286, 300 y 358

⁵¹⁷ D. N° 484, 10.b.3, CPC

de lo cobrado, en ejercicio del derecho del usuario de conocer, controlar y verificar el consumo del servicio prestado.⁵¹⁸

El análisis del SLM, con las salvedades realizadas, es aprobado por la CR, justificando la existencia de tarifas diferenciadas sin que ellas sean discriminatorias, junto con considerarlo un eficiente incentivo para disminuir la congestión de ciertas horas en el tráfico telefónico⁵¹⁹

*Que en cuanto al funcionamiento del mismo [SLM] (...), esta Comisión lo considera confiable y el mecanismo de tarifas diferenciadas es eficaz para descongestionar el servicio telefónico en las horas de mayor frecuencia de llamadas*⁵²⁰

Estas resoluciones reconocen el distingo realizado por la doctrina entre la discriminación y la diferenciación de tarifas, reconocida por la doctrina. Considerando el prejuicio de arbitrario que conlleva cualquier tipo de discriminación, debe distinguirse que una diferencia de precios es cosa diversa a la discriminación de precios. Los precios diferentes no hacen sino reflejar costos distintos de prestar el servicio o producir el bien, y no por ello hay un atentado a la libre competencia.⁵²¹

En materia telefónica, como en otros servicios aquí tratados, la demanda es muy distinta en horarios diurnos respecto a los nocturnos, siendo necesario imponer precios menores en favor del tráfico menor, como resultado del principio de precios de productos unidos. Al contrario, de no

⁵¹⁸ R. N° 250, Cons. 4°

⁵¹⁹ Respecto a la imposición de una "tarifa de congestión" por la CTC, la Corte Suprema se pronunció aceptando y justificando las tarifas diferenciadas: "Que, finalmente, el referido aumento de tarifas no importa una discriminación arbitraria en perjuicio de la recurrente, porque ella afecta a todos los usuarios que utilicen el servicio telefónico en determinados días y horas." *Organización Contable Jurídica Ltda.*, Rol 20.020, Apelación Protección; en *Fallos del Mes*, N° 323, pág. 681

⁵²⁰ R. N° 250, Cons. 5°

⁵²¹ BORK, *The Antitrust Paradox*, pág. 391

reflejar estos costos distintos, los precios uniformes serían discriminatorios con alguna de las partes que adquiere el bien o servicio, que subsidia a otras o aumenta excesivamente la utilidad del monopolista.⁵²²

2. AUSENCIA DE ILICITUD POR COBROS DEL SERVICIO EN ÉPOCAS QUE NO SE UTILIZAN

2.1. Dictamen N°496

Descripción del problema

Don Luis Arechaga reclama ante la FNE por la falta de información respecto a las tarifas cobradas por la Empresa Eléctrica del Litoral S.A. por el suministro de electricidad a su propiedad de El Quisco; facturándole los consumos de enero y febrero como el valor durante todo el resto del año, incluso en meses donde no hay consumo, lo que pareciera ser un abuso de posición monopólica, especialmente respecto al "cargo por potencia base".

Determinación de la ilicitud

El reclamo hecho por el Sr. Arechaga es recurrentemente objeto de denuncias ante los medios de comunicación y los órganos de defensa de la libre competencia. Este es el primer dictamen que recayó sobre la materia y contiene la esencia de la licitud de la conducta.

La CPC efectúa una breve síntesis de la justificación y forma de regular precios en materia eléctrica, explicando las tarifas de la empresa de distribución analizando en detalle los elementos que componen los cargos pagados por los consumidores. En primer lugar comprende un "cargo fijo mensual", que representa el costo para la empresa

⁵²² BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 528

de tener conectado a un cliente a sus redes, facturándose incluso cuando no hay consumo. Hay un cargo variable por consumo puro de KWH (kilowatt hora), conocido como "cargo por energía", que resulta de multiplicar los respectivos KWH por su precio unitario.

Respecto al "cargo por potencia base", de aplicación permanente durante el año se obtiene de multiplicar el mayor de los consumos energéticos de los meses de enero o febrero, por su precio unitario. En palabras de la CPC, "este cargo representa el costo de transmitir y distribuir la potencia que exige el servicio durante los meses de Enero y Febrero". Esta potencia máxima dice relación con el dimensionamiento de las instalaciones que debe tener la empresa que suministra electricidad para satisfacer la demanda máxima en el período estival y específicamente en los meses ya señalados. Para que sean rentables las instalaciones, Eléctrica del Litoral S.A. tiene dos opciones: cobrar un valor muy elevado por KWH en esos dos meses; o cobrar el mayor valor de enero o febrero en doce cuotas iguales.

Junto a esta justificación económica del cobro objetado por el denunciante, la CPC estima que no ha habido ilegalidad ya que se ha ajustado en el cobro a la LGSE y al respectivo decreto tarifario.

3. ALZA UNILATERAL DE TARIFAS DEL MONOPOLIO NATURAL DE SERVICIOS DESREGULADOS

3.1. Dictamen N°484 y Resolución N°250

Descripción del problema

Los señores abogados Hernán Bosselin, Narciso Irureta, Ramón Briones y Adolfo Zaldívar presentan tres denuncias en contra de CTC por las tarifas que ella cobra a los usuarios.

La empresa denunciada habría incurrido en un abuso de posición dominante al subir en forma unilateral sus tarifas, contraviniendo el artículo 29 LGT y el artículo 1809 CC, según el cual no puede dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes y establecer un sistema de tarificación discriminatorio, fluctuante según la hora, e informando a los usuarios en las boletas de cobro. Analizaremos acá sólo la denuncia por alza unilateral.

Determinación de la ilicitud

En primer lugar, debe señalarse que el artículo 29 LGT, entregaba a la FNE la calificación del grado de competencia en el mercado que actualmente la realiza el TDLC. Hecha la calificación, los ministerios MTT y Minecon pueden fijar dichas tarifas.

En el caso en estudio, el Fiscal Nacional Económico realizó dicha calificación, pero los ministerios no habían realizado la fijación de precios máximos, ya que la LGT no los obligaba, otorgándoles la facultad de tarificar. Por ende, las empresas de telefonía local, como monopolios naturales, y en atención al interregno de no regulación de precios por la pasividad de los ministerios involucrados, se vieron enfrentadas a la necesidad de subir sus precios a los usuarios, sin una libre negociación con sus usuarios, como lo establece el artículo 29 LGT. Puede afirmarse que las empresas de telefonía, pese a ser monopolios naturales sujetos eventualmente a regulación de precios, se hallaban en una situación de "no regulación" de precios libres.

La CPC objeta el modo de fijar precios, ya que si bien es *oferta*, los usuarios no tienen alternativa, ya que pueden aceptar la "oferta" o prescindir del servicio; no pudiendo constituir dicha oferta una "libre convención" entre usuario y prestador de servicio público telefónico.

Pese a lo reprochable de la fijación unilateral, la misma CPC estima que ella constituiría un abuso si se cumplen las condiciones de un *test del abuso tarifario* que crea para estos efectos. Dicha prueba se cumple si concurrieran dos circunstancias:

1. En primer lugar, si existiera *otro medio para convenir una tarifa con cada uno de los usuarios* (la empresa denunciada tenía al momento del dictamen 400.000 suscriptores), o si podía obtener de algún modo la fijación por la autoridad. Piénsese lo absurdo de la negociación caso a caso si un usuario deseara realizar una llamada en un teléfono público con una empresa que deba negociar libremente en todos los casos. Pero el absurdo desaparece respecto a una negociación caso a caso con unos cientos de usuarios, o unos millares. Dicha discriminación perfecta es imposible, con costos prohibitivos con cientos de miles o millones de consumidores. Respecto a la autorización de las tarifas, existía una supervigilancia de ambos ministerios involucrados en todas las tarifas de la compañía de teléfonos objeto de la denuncia; y

2. Profundizando su análisis, la fijación de tarifas unilateral sería reprochable, junto a la condición ya señalada, si la denunciada hubiere "fijado tarifas excesivas que le han representado ganancias indebidas, que no habría podido tener a no mediar su condición de monopolio de hecho".⁵²³ Tras un largo análisis, la CPC estima el alza como no abusiva, ya que el alza fue inferior al aumento del IPC en el período desde la última alza (tres años); que perseguía eliminar el subsidio cruzado de las tarifas de larga distancia hacia las llamadas locales y que la eventual rentabilidad asociada al servicio local de hasta un 11% no podía considerarse monopólica.

⁵²³ D. N° 484, p. 10, b), CPC

En el estudio del abuso de posición dominante, Álvaro Bofill encuentra acertadas, aunque con reparos, las conclusiones del dictamen. Empero, estima que debió haberse "investigado plenamente el mercado, junto con las restantes empresas de telefonía y comparar este mercado con otro real o hipotético que se comporte de manera competitiva"; junto con verificar si CTC traspasaba sus mayores ingresos a los trabajadores.⁵²⁴ Creemos que el estudio del mercado sería irrelevante, ya que CTC era la empresa con una posición de dominio cercano al 95%, restándoles a las demás compañías telefónicas el seguimiento en materia de tarifas del líder del mercado.

En el recurso de reclamación interpuesto por los denunciantes, la CR, confirmando el dictamen aludido, expresó que "no se divisa de que otra forma [CTC] podría haber procedido para fijar sus tarifas por el servicio que presta, ya que teniendo en cuenta el número de sus usuarios no era factible llegar a convenirlas una por una y con cada usuario en particular, sin perjuicio [de] la incongruencia legal anotada por la [CPC]",⁵²⁵ no habiendo abuso de posición monopólica en la fijación de tarifas o en la forma convenida para su reajuste.

Respecto a este dictamen, sirve para aclarar que no cualquier alza de tarifas unilateral es *per se* abusiva, sino sólo aquella "manifiestamente excesiva", tal como lo ha sostenido reiteradamente la CPC.

El alza de tarifas y el funcionamiento de las empresas de utilidad pública debe permitirles a éstas "mantener rentables condiciones de funcionamiento, pues en ello está comprometido el interés de los consumidores".⁵²⁶

⁵²⁴ BOFILL, *op.cit.*, pág. 117 y sgtes.

⁵²⁵ R. N° 250, Cons. 2°

⁵²⁶ R. N° 69, Cons. único

Esta resolución tiene interés también respecto a la ocurrencia de un alza de tarifas de una empresa de utilidad pública con poder de mercado y sin regulación de precios (o con regulación, pero sin el ejercicio de dicha facultad por la autoridad pese a las condiciones poco competitivas del mercado), tal como es el estado prerregulación de precios. Es en este *mundo prerregulatorio* que podemos ver el carácter supletorio de la legislación antimonopolios respecto a la legislación tarifaria. No obstante, si bien puede haber cierto control del abuso por los tribunales antimonopólicos, la fijación de precios por un período de tiempo no aparece como aplicable mediante el D.L. N° 211, sino sólo por una ley que regule detalladamente dicho proceso tarifario.

CUARTA PARTE
LA FIJACIÓN DE TARIFAS

LA FIJACIÓN DE TARIFAS

A. JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS TARIFAS.

1. ANTECEDENTES

Dentro de un país con una economía social de mercado, la regulación de precios pareciera ser lo más alejado de los precios determinados por la libre concurrencia de oferentes y demandantes en un mercado. Ya al esbozarse lo que sería la política económica que se aplicaría a partir de 1973 se dispuso que:

Por lo dicho en el N° 1 anterior [otorgar completa libertad de precios en todas aquellas actividades en que exista un nivel razonable de competencia interna y/o externa], las actividades que se encuentran en esta situación [monopolios y oligopolios con dificultad de competencia externa] serán muy pocas, y en consecuencia, el control de precios podrá ser aplicado efectivamente. A vía de ejemplo podemos nombrar los casos más obvios: teléfonos, luz, agua, gas, locomoción (servicios en general) ⁵²⁷

Esto es sin duda un reconocimiento que ciertas empresas, más bien, precios de ciertos bienes, no pueden quedar entregados al juego del mercado, al existir escasa o nula competencia. La intervención del Estado en la regulación de los precios de esos bienes y servicios fue sin duda un cambio en la legislación que existía hasta ese momento,

⁵²⁷ CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. *El Ladrillo. Bases de la Política Económica del Gobierno Militar*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1992, pág. 88

buscándose estimular la eficiencia de las empresas, claro que con poca claridad respecto al mecanismo de tarificación, proponiéndose tres mecanismos: "cost plus", acompañado de aumentos en la productividad; costos de servicios similares en otros países en desarrollo y constituir empresas de usuarios para impedir la aplicación de prácticas monopólicas.⁵²⁸

2. JUSTIFICACIÓN

Las principales razones para regular las empresas de utilidad pública, y en particular sus tarifas, son dos; que aparecen en nuestra jurisprudencia expresadas como el monopolio natural y un mercado imperfecto.

Estas razones para regular deben ser salvadas mediante la fijación de precios, con lo que las tarifas son de este modo, un corrector de la libertad de conformación de los precios en un mercado imperfecto o uno monopólico. Pese a la apertura y competencia de algunos mercados, la tarificación es solamente un remedio para asegurar que algunos objetivos de interés público sigan cumpliéndose.⁵²⁹

2.1. Monopolio natural

La existencia de un monopolio natural en el mercado es el motivo de justificación de la regulación de precios de empresas de utilidad pública más aceptado por la doctrina. Incluso se afirma que es un asunto indiscutible.⁵³⁰ Pero esta postura *a priori* es resultado de la necesi-

⁵²⁸ *Idem*, pág. 89

⁵²⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado. Las Telecomunicaciones*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1998, Vol. II, pág. 146

⁵³⁰ ORDOVER, Janusz y PITTMANN, Russell. "Competition Policy for Natural Monopolies in a Developing Market Economy", en *Proceedings of The OECD / World Bank Conference On Competition and Regulation in Network Infrastructure Industries*,

dad de proteger a los consumidores del poder monopólico de la empresa.⁵³¹ En la economía se expresa que surge un monopolio natural "cuando el costo medio de una empresa decrece a lo largo de un intervalo tan amplio de producción que una sola empresa puede producir la cantidad total que se vende a un costo medio menor que lo podrían hacer dos o más empresas".⁵³²

Tal vez el caso paradigmático citado en la literatura económica sea el de la telefonía local. Es por eso que sorprenda que en Chile existan varias empresas de servicios telefónicos locales con concesiones y redes superpuestas, como son las ciudades de Santiago y Viña del Mar, o, más aún, con redes superpuestas de distribución de gas natural, como ocurre en Valparaíso. Estas pequeñas empresas, con costos altos, se ven en graves dificultades para competir con una gran empresa de costos bajos, resultados de las economías de escala. Y si aparecen, no será difícil hacerlos desaparecer a través de precios predatorios que se prolonguen en el tiempo, o mediante la adquisición de los competidores. Una vez acabada la eventual competencia, el monopolista alzaré los precios para recuperar lo perdido durante la lucha.

Para distinguir una industria con características de monopolio natural, depende del volumen de producción, en el que se minimicen los costos medios en relación con las dimensiones del mercado. El monopolio natural tenderá a terminar si la demanda es lo suficientemente elevada, y el monopolio natural se encuentra con una empresa que

Budapest, 28 de junio - 1 de julio de 1994, Organisation For Economic Co-Operation And Development, Paris, 1995, pág. 49 y sgtes.

⁵³¹ En todo caso, algunos economistas creen que debe permitirse al monopolio natural fijar precios monopólicos, siempre que se licite la concesión del servicio público. DEMSETZ, Harold. *op.cit.*, pág. 55 y sgtes.

⁵³² WONNACOTT y WONNACOTT, *op.cit.*, pág. 526

logre niveles de producción con costos medios inferiores que aquellos del monopolista, dejando de ser un monopolio natural.⁵³³

Del monopolio natural aparece socialmente eficiente que exista una sola red de alcantarillado y agua potable, una de tendido eléctrico, una de tuberías de gas, etc., y que al existir redes paralelas, es la sociedad que está desperdiciando recursos. Existen casos de redes de servicio duplicadas que no han encarecido el costo de tarifas, sino que permiten competencia, favoreciendo con bajos precios a los usuarios.⁵³⁴ Son estos antecedentes lo de una creciente desregulación de tarifas y fomento de la competencia en mercados tradicionalmente considerados monopólicos. La CPC recoge esta tesis, expresando que:

*La autoridad, al fijar estas regulaciones, consideró que la existencia de economías de escala al nivel de la distribución eléctrica, impide la competencia en este mercado, convirtiéndose así, las empresas (...) en monopolios naturales.*⁵³⁵

Los monopolios naturales se originan en los grandes volúmenes de inversión que permiten el aprovechamiento de las economías de escala de la producción, necesitándose solamente un oferente en el mercado para satisfacer la demanda, como ocurre en el caso de las empresas de servicios sanitarios.⁵³⁶

Más adelante, el dictamen 908 señala que:

El reconocimiento de la situación monopólica y las ineficiencias que se originan desde el punto de vista de la asignación de los recursos, ha dado

⁵³³ CONNELLY, *op.cit.*, pág. 2, citando a STIGLITZ, Joseph. *Economía*, Ariel Economía, Barcelona, 1993

⁵³⁴ BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 19

⁵³⁵ D. N° 496, N° 2.4., CPC

⁵³⁶ D. N° 908, N° 5, (a), CPC

lugar a la existencia de un marco regulatorio para la determinación y aplicación de las tarifas correspondientes a la prestación de servicios, cuyo objetivo principal es fijar valores compatibles con la eficiencia económica.

A *contrario sensu*, siempre es deseable que haya competencia en un mercado poco competitivo. Mientras más sean las empresas que presten el servicio, más alternativas tienen los usuarios para escoger. Este nuevo evento de más competencia, no puede considerarse como atentatorio a la libre competencia, pues precisamente busca aumentar y diversificar la oferta:

*Desde el punto de vista del mercado, el ingreso de nuevos competidores constituye un beneficio evidente, pues supone liberalizar un sector tradicionalmente caracterizado por la existencia de un monopolio natural, poniendo a disposición de los usuarios distintas alternativas de oferta, hasta el momento inexistentes.*⁵³⁷

La regulación encuentra como uno de sus principales motivos la existencia de monopolios naturales, que como todo monopolio puede abusar de sus consumidores. La regulación es un mal necesario, como envejecer: no es deseable, pero no hay alternativas mejores. Otros motivos para regular estas empresas y sus servicios son la prevención de la discriminación de precios, externalidades, asimetría de la información, eventual competencia predatoria y otras justificaciones.⁵³⁸ La jurisprudencia nacional ha agregado la existencia de un mercado imperfecto.

⁵³⁷ D. N° 986, p. 7.2., literal a y b, CPC

⁵³⁸ Entre otras, la creencia de que el Estado "sabe lo que hace", un desigual poder de negociación entre empresa y usuario, etc. BREYER, Stephen. *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, MA., 1982, pág. 32 - 34, citado por BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 40

Estudiadas las prácticas de discriminación arbitraria y precios predatorios en el capítulo anterior; analizaremos a continuación al mercado imperfecto y la existencia de externalidades. Más adelante se verá la asimetría información como defecto de todo procedimiento de tarifación.

2.2. Mercado imperfecto

Al considerar que la competencia perfecta en un mercado con ciertas características es eficiente, la situación de monopolio no puede serlo. El monopolio es un agente económico con poder de decisión en el precio al no existir competencia en el mercado:

Según la jurisprudencia reiterada en la materia, tales condiciones [de mercado imperfecto] consisten principalmente en la existencia de un mercado cautivo y en el hecho que el usuario no tenga posibilidad de pactar el valor del servicio con el prestador ⁵³⁹

El fallo en comento es acertado al exponer la especial característica que tienen los usuarios: generalmente no pueden cambiarse de proveedor del servicio, debido a la escasa o nula competencia como consecuencia del monopolio natural y a la dificultad técnica y económica de cambiar las conexiones al proveedor del servicio debido a las cañerías y cables que conectan al usuario con la empresa que suministra el servicio. Es precisamente esa condición de no poder escapar, de estar atrapados por el prestador del servicio, que da ese distintivo rasgo de los usuarios. Es también esencial la naturaleza de la asimetría, la desigualdad, existente entre el usuario y la empresa de utilidad pública quien carece de información suficiente, y más importante, de

⁵³⁹ D. N° 854, 3, literal k, CPC En el mismo sentido, D. N° 396, N° 4, literal a, CPC: "Los servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado se prestan, en general, en ausencia de posibilidad efectiva de competencia. Esta condición del mercado hace indispensable el establecimiento de mecanismos que eviten abusos de carácter monopólico."

poder negociador frente a la empresa. Aunque algunos por su tamaño puedan, será difícil para un usuario de la multitud enfrentar individualmente a la empresa prestadora, porque "la inmensa mayoría de los usuarios no tiene ningún poder o posibilidad de negociación, no quedándole más alternativa que aceptar la 'proposición' de aquella o prescindir de servicio telefónico".⁵⁴⁰

Ahora bien, ¿es el mercado imperfecto una causal para la regulación de un mercado? El mercado imperfecto, fruto de una competencia imperfecta, contrasta con un mercado de competencia perfecta. Pero la competencia perfecta es un modelo, que no se presenta en la práctica. Y lo normal es un mercado imperfecto, oligopólico, con empresas dominantes. Lo usual es que en casi todos estos mercados no se regule la forma de fijar precios, sino que sólo quedan al escrutinio y vigilancia de la ley de defensa de la competencia. Con ello, un mercado imperfecto no parece ser causal suficiente para regular la forma de determinar los precios de una empresa de utilidad pública, sino las "imperfecciones" que en él se presentan, como son las externalidades, asimetrías, etc.

2.3. Externalidades

El monopolio natural y el mercado imperfecto no son los únicos motivos que se usan para justificar la intervención, pues no todos los mercados donde hay monopolio natural o imperfecciones son regulados. Podemos hallar como causal de la intervención el alto nivel de conflictos que se originan entre empresas competidoras, al fijarse sus tarifas de interconexión.

Estos conflictos e imperfecciones se producen por externalidades que se presentan en los mercados, cuando la acción de un agente econó-

⁵⁴⁰ D. N° 371, p. 2º, CPC

mico afecta a terceros sin que medie una compensación entre ellos; una de cuyas causas es la existencia de redes para la interconexión de prestadores de servicios.⁵⁴¹ En materia telefónica, tras varios años de precios libres en materia de interconexión, y pese a la obligación de interconectar, se produjeron largos juicios que motivaron la reforma a la LGT; sometiéndose actualmente la tarificación de la interconexión a las mismas normas que los demás servicios regulados, pero sin una calificación previa del TDLC. En esta situación no hay una situación de desequilibrio entre las partes, ni tampoco un mercado imperfecto. Más bien hay una razón que resulta de la experiencia, entre dos competidores que deben negociar los precios para los servicios que se prestan mutuamente empresas de utilidad pública y que carecen de un procedimiento para hacerlo.

Asegurada la interconexión obligatoria entre concesionarios y las tarifas que se fijen para acceder a las redes, permiten que las economías de escala asociadas a algunos servicios prestados por las empresas de utilidad pública tienda a dejar de constituir un monopolio natural en su concepción clásica, facilitándose la competencia entre empresas.⁵⁴²

3. ¿ES PERFECTA LA REGULACIÓN?

Aún con las razones ya expuestas para regular un mercado, la regulación del estado también es imperfecta, requiriendo de modificaciones legales y reglamentarias que muchas veces son superadas por adelantos tecnológicos, situaciones no previstas, etc. Las leyes permanentemente sufren modificaciones, pero más lo hacen aquellas que intentan subrogar mercados, emulando su funcionamiento.

⁵⁴¹ JADRESIC y otros, *op.cit.*, pág. 9

⁵⁴² PAREDES, Ricardo. *Telecomunicaciones en Chile: Desregulación, desempeño y políticas*, Gemines Consultores, Santiago, 1998, pág. 19

La misma regulación puede ser ineficiente y producir costos mayores que la situación de libertad (el costo de regular o distorsiones en los mercados); o bien el mismo mercado puede producir incentivos para superar sus propias ineficiencias e imperfecciones. Finalmente, deberá sopesarse los beneficios netos de regular un mercado *versus* la libertad de empresa, y en caso de tener un resultado positivo el balance último a favor de la regulación, optarse por dicho medio, cuyo objetivo no debiera ser otro que favorecer la competencia y salvar las externalidades presentes.⁵⁴³ En ese sentido, debido al natural antagonismo entre empresas reguladas y organismos reguladores, la regulación de los precios es un estado transitorio, previo a la competencia, que debiera ser promovida por el Estado.⁵⁴⁴

4. LA TARIFICACIÓN COMO APROXIMACIÓN AL PRECIO JUSTO

Para que un precio sea justo, no siendo vil, debe existir equivalencia con la cosa vendida.⁵⁴⁵ En nuestro ámbito, una tarifa justa sería aquella que guarde equivalencia con el servicio prestado.

Pese a la escasa participación de los usuarios, precio-aceptantes de las tarifas, debe admitirse que el procedimiento de fijación de tarifas para servicios regulados posee características que lo hacen ser un proceso bastante informado y dialéctico para las partes, casi como puede ser una negociación en un mercado, a falta de competencia.

⁵⁴³ JADRESIC y otros, *op.cit.*, pág. 10

⁵⁴⁴ MELO, José Ricardo y SERRA, Pablo. "Competencia y Regulación en Telecomunicaciones: la Experiencia Chilena", en *Revista Perspectivas*, Vol. 1, N° 2, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, Santiago, 1998, pág. 221

⁵⁴⁵ ALESSANDRI, *op.cit.*, Vol. I, pág. 337

¿Hace estas características que el precio fijado por autoridad y empresa se acerque al precio justo fuera del precio competitivo del mercado? La justicia del precio puede derivarse, entre otros, de las reglas previamente conocidas para su determinación, de la información que cotejan ambas partes, de los plazos, de la *amenaza* de eventual desregulación del mercado, etc. Surge la interrogante respecto de para quien es el precio justo. Parece obvia la respuesta que busque la justicia: "para ambos, tanto los usuarios como la empresa". Difícil objetivo, ya que el *usuario* es representado legalmente por la autoridad, quien raramente puede representar los intereses de todos y cada uno de los usuarios que son clientes de la empresa regulada. El usuario representado es uno difuso, diverso, múltiple y desinformado. Más difícil es si recordamos los otros parámetros que deben considerarse en la tarificación, como orientadores buscan la eficiencia, el autofinanciamiento, aunque también la equidad.⁵⁴⁶

Recordando la prohibición de subsidios cruzados en materia de tarifas fijadas, en ellas bien puede señalarse que la tarifa debe corresponder al valor en justicia del servicio prestado. Aun así, la relación del *justum pretium* parece más ética que económica, ya que el precio "justo" para un usuario difícilmente será "justo" para otro usuario, y dicha justicia podría alcanzarse mediante una negociación para cada caso del prestador, posibilidad descartada por lo costosa de dicha discriminación de primer grado.⁵⁴⁷

B. FORMAS DE REGULACIÓN DEL PRECIO DE LAS TARIFAS

No es fácil determinar el mecanismo por el cual se determinará la tarifa. Esta elección tiene tanto un componente político como uno

⁵⁴⁶ *Vid infra*

⁵⁴⁷ BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 180

económico. Si la respuesta fuese unívoca, viniendo del área económica o jurídica, el problema de cual mecanismo usar estaría fuera de duda. Pero esto no es así, y hay varios sistemas para elegir. En este debate no debe olvidarse la propiedad de las empresas de utilidad pública que hasta hace poco era mayoritariamente pública, a través de un Estado Empresario, con lo que se permitían innumerables subsidios cruzados, cierta ineficiencia en las empresas, ausencia de financiamiento, cobertura insuficiente de los servicios, etc.

1. ESQUEMA TRADICIONAL DE REGULACIÓN DE TARIFAS

El sistema habitual de regulación de tarifas de empresas de utilidad pública que se ocupó en nuestro país fue el de tipo contable, en el cual no cabría la eficiencia económica: las tarifas debían cubrir los gastos de explotación, conservación y mantención de las instalaciones, junto con dar cierta rentabilidad sobre el capital inmovilizado (activo bruto menos depreciaciones acumuladas).⁵⁴⁸

Este sistema permite, entre otros, que no se favorezca la eficiencia en las empresas, ya que al considerar los costos efectivos, sin importar sus niveles, se permiten ineficiencias en la gestión y desarrollo de las empresas, entre otros.⁵⁴⁹ En este sistema se establecen mecanismos de fijación de tarifas sin un método y procedimiento general, y su frecuencia se sujeta a la voluntad discrecional de la autoridad administrativa. Los costos contables no reflejan los costos económicos de los recursos

⁵⁴⁸ Por ejemplo, el Art. 144, inciso 1º, del D.F.L. 4, de 1959 dispone que "La Comisión de Tarifas fijará las tarifas de las empresas eléctricas de servicio público, de modo que ellas produzcan a las empresas una utilidad neta anual de 10 % sobre el capital inmovilizado vigente de la respectiva concesión."

⁵⁴⁹ ALÉ Y., Jorge. "Un Nuevo Esquema de Regulación de Monopolios Naturales", en *Revista Estudios Públicos*, N° 37, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1990, pág. 172

que comprenden los costos del servicio. Este esquema tampoco permite prever la ampliación de los servicios. Además, al no existir una adecuada relación entre el costo económico de los diversos servicios, se permite un sistema de subsidios cruzados entre diversos servicios, por ejemplo, de la telefonía de larga distancia y del "cobro del derecho telefónico" (cargo de asignación de línea) a la telefonía local.⁵⁵⁰

Agréguese la importante influencia política en la fijación de precios de empresas de utilidad pública, que politiza el proceso de tarificación significativamente, al requerirse del visado de Minecon para la modificación de las tarifas.⁵⁵¹

Finalmente, no debe omitirse que las empresas eran de propiedad pública, por lo que no estaba sujeta a la posibilidad de quiebra, al decir de Jorge Alé: "diseminándose la responsabilidad por el uso óptimo de los recursos, que se traduce en deficiencia en la administración y gestión, pero también un potencial déficit financiero".⁵⁵²

Pese a la propiedad pública de las empresas, las tarifas bajas y los subsidios cruzados, este régimen de tarifas no iba en beneficio de los

⁵⁵⁰ AGURTO, Renato. "Sector Telecomunicaciones", en LARROULET, *op.cit.*, pág. 226 y sgtes.

⁵⁵¹ Sobre el uso político de las tarifas, *cfr.* PELTZMAN, Sam. "Toward a More General Theory of Regulation", en *J. Law & Econ.*, Vol. XIX (2), 1976; y MANN, Patrick. "User Power and Electricity Rates", en *J. Law & Econ.*, Vol. XVII (2), 1974. En estos artículos se plantea la relación "votante-usuario", sobretudo en empresas donde la propiedad es estatal o donde el Estado tiene participación; o bien a través de subsidios. Esta relación se ve acrecentada justamente en períodos de fijación tarifaria, persiguiéndose disminuir las tarifas y/o atacar el poder monopólico de las empresas, su privatización y el papel del Estado en la economía, *cfr.* la discusión en ambas cámaras respecto a la Ley 19.549 como la proposición de eliminar el cargo fijo SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. "Cargo Fijo Telefónico. Los tonos de una controversia", en *Revista Consumo y Calidad de Vida*, Santiago, agosto 1997

⁵⁵² ALÉ, *op.cit.*, pág. 175

más necesitados (sobre todo en materia sanitaria), sino más bien de la clase media y alta, ya que los pobres no estaban conectados a estos servicios.⁵⁵³ Careciendo de acceso, no era relevante la existencia de subsidios.

2. UN NUEVO ESQUEMA DE TARIFICACIÓN

Expuestos los problemas que trajo el esquema tradicional de regulación, surgió la necesidad de establecer un nuevo sistema, que promoviese la eficiencia económica, junto a la calidad y cobertura de los servicios.

A esta necesidad debemos agregar la expresa declaración de la CPR sobre la función subsidiaria del Estado, que en la economía se tradujo en la polémica privatización de empresas estatales primero con la venta de las empresas eléctricas y de telecomunicaciones en la década del ochenta,⁵⁵⁴ y de las empresas sanitarias a fines de la década del noventa.

Dentro de las funciones que el Estado no puede dejar de cumplir destacan las de regular y supervigilar estos servicios concesionados, tanto en su relación con el Estado concedente como con los usuarios y fijación de tarifas. En materia de tarifas se deben promover soluciones justamente a las deficiencias del antiguo esquema: eficiencia y financiamiento de las empresas.

⁵⁵³ La preocupación para que estos servicios fueran del acceso de los más desposeídos comenzó en la década de 1960. Conversación del autor con el historiador Juan Eduardo Vargas, marzo 1998. En un sentido similar, ALÉ, *op.cit.*, pág. 178

⁵⁵⁴ Polémica tanto por el hecho de vender empresas estratégicas, la mínima protección de los usuarios, el precio obtenido por su venta y por quienes las compraron.

Enmarcado en el concepto de un Estado subsidiario, debe permitirse el acceso del servicio a los más pobres, focalizando subsidios de manera transparente y eficiente.

Una vez tomada la decisión de privatizar, y cambiar el esquema de tarificación, el nuevo esquema se basó en cuatro principios orientadores y fundamentales: eficiencia económica, autofinanciamiento, equidad e inteligibilidad.⁵⁵⁵

2.1. Eficiencia económica

Este principio persigue que la sociedad maximice los beneficios que obtiene de los escasos recursos que dispone. Esto significa que las tarifas igualen el costo de oportunidad del bien, lo que implica que el precio de la unidad física adicional para cada usuario debe igualar al costo en recursos para la economía de proveer dicha unidad adicional.

El principio de la eficiencia económica comprende tres condiciones necesarias y simultáneas para que se afirme su existencia:

1. *Eficiencia Técnica*, consistente en la obtención de la máxima producción física posible, mediando la tecnología existente, a partir de una cantidad de insumos.

2. *Eficiencia de Costos*, a través del cual el gasto monetario total en insumos debe ser el menor posible para producir una cantidad dada de bienes, teniendo como referencia al precio de estos insumos.

3. Finalmente, la *Eficiencia Económica Global*, que significa que para la sociedad consumir una unidad adicional del bien es igual al costo de producir esa unidad, i.e., su costo marginal.

⁵⁵⁵ ALÉ, *op.cit.*, pág. 183

Otro tipo de eficiencia que se buscó agregar por los consultores encargados de diseñar el sistema de tarificación para los servicios sanitarios fue la "eficiencia dinámica del sistema", que busca inducir a los productores a mejorar su productividad a través del tiempo, y así poder traspasarla a los usuarios por la vía de disminución de tarifas. Esto se lograría sin considerar los costos efectivos incurridos por las empresas afectadas por el proceso de tarificación, lo que obliga a los prestadores a mejorar su eficiencia, requiriéndose ajustar dichos niveles en el tiempo.⁵⁵⁶

2.2. Autofinanciamiento

Este principio busca que las empresas de utilidad pública obtengan ingresos suficientes de las tarifas fijadas, como para autofinanciarse, alcanzando con lo recaudado a cubrir sus costos de operación, mantención y desarrollo.

2.3. Equidad

El principio de equidad consiste en que mediante las tarifas no debe discriminarse a los usuarios sino por costos distintos, evitándose los subsidios cruzados entre consumidores de una misma región o entre regiones, o entre distintos servicios regulados. Se busca que cada servicio tenga por tarifa lo que cuesta, y no se desvíen ingresos de otros servicios para subsidiar servicios, ya sea por razones políticas o sociales.

2.4. Inteligibilidad

Con este principio se busca que las tarifas entreguen señales claras e inequívocas para la toma de decisiones, tanto para los usuarios o con-

⁵⁵⁶ ECONSULT/INECON. *Estudio de Tarificación a Costo Marginal en Agua Potable y Alcantarillado*, Informe Final, Ministerio de Economía/SENDOS, Santiago, 1988, 2.54.

sumidores, como para las empresas. Esto no significa que deba existir solamente una simple y única modalidad de tarifas, sino que puede haber varias modalidades.

3. TARIFICACIÓN A COSTO MARGINAL.

Tal como se indicó más arriba, el nuevo esquema de tarificación que se implantó en Chile estableció la tarificación a costo marginal como sistema común.⁵⁵⁷ Por costo marginal debemos entender el "costo en que se incurre para suministrar una unidad adicional del producto para un nivel dado de producción [o bien], dado un nivel de producción, es el costo que se evita al dejar de producir la última unidad" (Art. 150, f) LGSE) y para fines de servicios sanitarios "el incremento en el costo total (...) de proveerlo, considerando el aumento de una unidad en la cantidad provista" (Art. 4 LTSS).

En aplicación del principio de eficiencia económica pura, el costo marginal debe ser igual al precio del bien o servicio. Ahora bien, dentro del área de los monopolios naturales la determinación del costo marginal se hace más compleja. En presencia de monopolios naturales, originados en economías de escala, los costos marginales de

⁵⁵⁷ ECONSULT/INECON, *op.cit.*, pág. 2.30. También, MELO y SERRA, *op.cit.*, pág. 218. La tarificación a costo marginal es más antigua de lo que se podría imaginar. En 1938, Harold HOTELLING publica "The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates", en *Econometrica*, N° 6; y en 1939 "The Relation of Prices to Marginal Costs in an Optimum System", en *Econometrica*, N° 7; quien a través de estas obras delineó los aspectos esenciales de esta doctrina. A su vez, HOTELLING cita a Jules DUPUIT, quien en "De la Mesure de l'Utilité des Travaux publics", en *Annales des Ponts et Chaussées*, N°8, 1844; desarrolló el principio para los servicios públicos. La aplicación práctica del costo marginal para regular precios comenzó en Francia en la década del cincuenta ("*le tariff vert*", 1957) y en la década del sesenta en el Reino Unido. BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 413 y sgtes.

corto plazo pueden ser inferiores a los de largo plazo, con lo que la tarificación realizada con costos marginales de corto plazo podría no alcanzar a financiar los proyectos futuros de expansión de la empresa. O bien, estos costos marginales pueden estar bajo los costos medios, con lo que las tarifas de eficiencia impedirían financiar todos los costos de operación, mantención y de capital.⁵⁵⁸

Las tarifas que se fijen, si llegan a garantizar la recuperación de todos los gastos, institucionalizarían las ineficiencias de la empresa.

La legislación tarifaria nacional hace un reconocimiento expreso de que el sistema para regular las tarifas es el costo marginal. En la legislación sobre tarifas encontramos una distinción útil, entre "costo incremental de desarrollo" y "costo marginal de largo plazo" (Art. 4 LTSS, Art. 30 LGT, respectivamente). El primero obedece a costos de explotación eficiente y de inversión de proyectos del prestador, mientras que el segundo se establece para el caso de que no haya planes de expansión.

De cualquier forma, las diversas leyes para empresas de utilidad pública poseen reglas especiales para cada caso particular, no necesariamente coincidentes en la forma, pero similares en su fondo y enfoque general.

4. ESQUEMAS MODERNOS DE REGULACIÓN DE TARIFAS

La opción de privatizar empresas públicas (que originariamente habían sido privadas, para luego ser estatizadas⁵⁵⁹) hace necesario que

⁵⁵⁸ En empresas como las que trata este estudio, los costos de corto plazo son de 1 a 3 años, los medianos de 3 a 5, y los costos de largo plazo, hasta 10 años.

⁵⁵⁹ Esta situación se presenta en muchos países, dentro de ellos Chile. En el caso chileno, estas empresas privadas, de carácter local, eran relativamente eficientes; hasta que surge la CORFO en la década del treinta, cuando surgen empresas públicas (sin problemas para trabajar con resultados negativos o una natural necesidad de autofinanciamiento), llegando la *salvación financiera* por parte del Fisco a estas pequeñas empresas con problemas económicos. Estas empresas serán paulatinamente estatizadas, traspasándose sus activos a la CORFO. Conversación con el historiador J. Ricardo Couyoumdjian, marzo 1998. En el mismo sentido: ALÉ, *op.cit.*, pág. 175 y sgtes.; y BERNSTEIN, *op.cit.*, pág. 180

el Estado escoja una opción en el espectro de los mecanismos de regulación. El espectro estaría limitado a sólo tres posibilidades: vigilancia de una firma dominante a través del D.L. N° 211, regulación por costo de servicio y regulación por incentivos.⁵⁶⁰

El primero de los sistemas se sostiene en una legislación antimonopolios que a través de sus órganos se encarga de vigilar a la empresa dominante, quien se restringe en el ejercicio del poder monopólico. El segundo sistema se refiere a los esquemas de regulación por costos de servicio, siendo el más conocido el de regulación por tasa de retorno. Finalmente tenemos un tercer sistema de regulación por incentivos, tratando de reducir la relación entre los precios y los costos efectivos para generar incentivos a la minimización de costos. En esta tercera categoría comprendemos a los "*price caps*", la regulación conforme a una "empresa eficiente" y la licitación periódica del derecho de proveer el servicio.

A continuación expondremos brevemente en que consisten los más destacados:

4.1. Regulación por tasa de retorno.

El mecanismo de la tasa de retorno *-rate of return-* es el usado comúnmente en Estados Unidos, pese a los intentos de promover la

⁵⁶⁰ ORDOVER y PITTMAN, *op.cit.*, pág. 49 y sgtes.

tarificación a costo marginal en dicho país.⁵⁶¹ Consiste esencialmente en que la empresa que desea modificar los precios de sus servicios debe realizar una solicitud al regulador, previo cálculo de los costos de operación, capital empleado y los costos del capital. El órgano regulador audita esta información, ayudándose de los datos que aportan las informaciones relativas a las ventas, y establece una tasa de retorno razonable sobre el capital. Las tarifas se obtienen con los datos de ventas, que producirán la tasa de retorno. Este método depende del desdoblamiento de la autoridad, exigiéndole fijar precios que deben ser justos y razonables, sin discriminación arbitraria ("*just and reasonable with no undue discrimination*"), junto a determinar el beneficio máximo que puede obtener la compañía.

Para el cabal cumplimiento de la labor del órgano regulador, éste debe conocer la estructura de costos históricos de la empresa monopólica, y no sólo estimaciones de costos futuros.⁵⁶²

4.2. Regulación por índice de precios.

La regulación de las tarifas a través de índices de precios o "*price caps*" ("precios techo") es ampliamente acogida en Europa como el sistema de tarificación más corriente. Con este método se pretende subsanar los errores de la tarificación por tasa de retorno.⁵⁶³

⁵⁶¹ La legislación federal de Estados Unidos se une a esta corriente en 1978, a través de la Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA), aunque persiste un atavismo hacia la tarificación por costos promedio; en BONBRIGHT y otros, *op.cit.*, pág. 416 Sistema aplicado parcialmente en Colombia y México (electricidad) y en forma más pura en el sector sanitario mexicano. LARA CORTÉS, *op.cit.*, pág. 121

⁵⁶² Aplicado también en Argentina, México y Perú para los precios en telecomunicaciones. LARA CORTÉS, *loc.cit.*

⁵⁶³ Una crítica al sistema RPI-X, con una propuesta de cambios en DOBBS, Richard y ELSON, Matthew "Current Research: Regulating utilities: Have we got the formula right?", en *The McKinsey Quarterly*, N° 1, 1999

Este sistema se le conoce también como "Regulación RPI-X" (*retail price index*, Índice de Precios al Consumidor, *menos X*), donde X representa una estimación *ex ante* de los aumentos de eficiencia de la empresa, siendo determinado exógenamente.⁵⁶⁴ ⁵⁶⁵ Dicho de otro modo, se establecen precios regulados por un período de cuatro o cinco años, los que no pueden crecer por sobre la tasa RPI-X. Al concluir el período tarifario, se recalcula el valor X, y cualquier aumento de eficiencia superior a esa tasa, mientras estuvo vigente X, se mantiene como un beneficio de la empresa.

Es respecto a este valor X donde se presentan más problemas, ya que no está definido conceptualmente, al no estar explícito el mecanismo de modificación, y puede prestarse fácilmente a comportamientos oportunistas del regulador o de la empresa. No obstante esta contrariedad, se logran incentivos para que las empresas reduzcan sus estructuras de costos.

El comportamiento oportunista que señalábamos se traduce en que las empresas reguladas decidan "invertir" en influir al regulador ("*rent seeking*") tratando de obtener ventajas antes y durante la negociación. Además se llevan a cabo costosos y largos juicios contra los reguladores al existir marcos legales vagos o poco claros, como es "el valor X".

Normalmente, el regulador en la revisión periódica del valor X tratará de ajustarlo al nivel de costos o de rentabilidad de la empresa. Al ocurrir la situación antes descrita, la empresa monopóli-

⁵⁶⁴ En materia sanitaria el índice "*menos X*" ha sido reemplazado por un "*más K*" (más tasa de capital), dando la fórmula RPI+K

⁵⁶⁵ BITRÁN, Eduardo y SAAVEDRA, Eduardo. "Algunas Reflexiones en Torno al Rol Regulador y Empresarial del Estado", en MUÑOZ, Oscar (editor). *Después de las Privatizaciones. Hacia el Estado Regulador*, CIEPLAN, Santiago, 1993, pág. 262

ca pierde los incentivos a reducir costos al acercarse el período de revisión de X.

4.3. Ajuste de precios de acuerdo al modelo de empresa eficiente

Este sistema es el actualmente vigente en Chile para la tarificación de monopolios naturales.⁵⁶⁶ Comprende un ajuste de precios de acuerdo a la inflación de costos, con una revisión periódica (cuadrienal o quinquenal) basándose en el establecimiento de una tasa de retorno meta que debería obtener una empresa modelo eficiente. Los costos de esta empresa modelo eficiente no corresponden a los de una empresa específica real, sino que se trata de establecer una competencia subrogada en el mercado.

La principal dificultad de este sistema es saber como se obtienen los costos de una empresa eficiente. Al existir un solo monopolio natural, los datos que esta proporciona influyen significativamente en el modelo de la empresa eficiente, con lo que se contraen los mismos males que tiene el mecanismo de regulación por índices de precios. Así, en materia de telecomunicaciones, este inconveniente se ve agravado por el tamaño relativo de la CTC, comparado con las demás empresas reguladas. Ciertamente, la empresa regulada alega que sus costos son siempre los eficientes.

La posible solución a esta dificultad puede ser la desintegración del monopolio natural antes de la privatización, que operen en distintas

⁵⁶⁶ Aunque para Thomas CONNELLY el sistema que se aplicaría en Chile para las empresas eléctricas sería una tarificación RPI-X, y una versión del RPI-X en los servicios regulados de telecomunicaciones y de servicios sanitarios. CONNELLY, Thomas. *Los Sistemas Tarifarios Empleados Para Regular a Los Monopolios Naturales Que Entregan Los Servicios Públicos*, Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios y Extensión, Serie Estudios, Año 6, N° 130, Santiago, mayo 1996; pág. 17 y sgtes.

áreas del país en condiciones de monopolio natural.⁵⁶⁷ Al llegar la ocasión de calcular los costos de la empresa modelo se pueden usar los costos de las demás empresas monopólicas, excluyéndose los de la empresa regulada en particular. Ahora bien, esta posibilidad de compartir la información de costos de otras empresas sólo debe hacerse si éstas presentan características de operación similares, ya que si se usan sin considerar las circunstancias especiales de cada empresa puede atraer males, ineficiencias o deterioros en la calidad del servicio de ésta empresa.

4.4. Licitación periódica del derecho de prestar el bien o servicio monopólico

Una alternativa a la privatización con características de monopolio natural ha sido la de mantener la propiedad pública pero entregando la gestión de ésta a una empresa por períodos similares al de la regulación RPI-X, vale decir, 4 ó 5 años. Las concesiones se entregan en licitaciones competitivas periódicas. Mientras dura esta concesión de corto plazo, los precios se reajustan por la inflación del período. Al vencer el plazo de la concesión, se llama a una nueva licitación, pudiendo participar el antiguo concesionario. Aunque ha sido objeto de estudios, la implementación de este sistema no es fácil: el período de 4 ó 5 años no permitiría alcanzar a recuperar la inversión hecha por el concesionario.⁵⁶⁸ Pese a haberse propuesto soluciones a este proble-

⁵⁶⁷ La posibilidad de desintegrar al monopolio natural se trató de llevar a cabo cuando se privatizó la Compañía de Teléfonos de Chile en 1987, pero el desinterés de los inversionistas extranjeros hizo necesario que se privatizara como conjunto global, y no como compañías telefónicas regionales. Pese a esta privatización "no-óptima", han habido aumentos en la eficiencia de la empresa para sus usuarios. GALETOVIC, *op.cit.*, pág. 15

⁵⁶⁸ DEMSETZ, Harold, *op.cit.*, y CHADWICK, E. "Result of Different Principles of Legislation in Europe: of Competition for the Fields as Compared with Competition within the Field of Service", en *Journal of the Royal Statistical Society*, Series A22, 1959; citado por BITRÁN y SAAVEDRA, *op.cit.*, pág. 267

ma, el riesgo de que el concesionario pierda su concesión, adjudicada a un nuevo operador, puede desincentivar a realizar inversiones que representen costos hundidos.

5. EL OMNIPRESENTE PROBLEMA DE LA ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN.

Como se evidencia de los principales sistemas que se han descrito, el mayor elemento que dificulta la regulación eficiente de las tarifas es la falta de información a la que se ve sujeto el órgano regulador. Este es un hecho ampliamente estudiado por la literatura económica, y que en el caso chileno se vio acrecentado por la privatización concentrada y monopólica de las empresas de utilidad pública, con una legislación posterior a dicha privatización. Entendemos que las asimetrías de información son imperfecciones que surgen cuando demandantes y oferentes tienen distinta información sobre las características de los bienes y servicios que se transan en el mercado. Ellas pueden distorsionar el desarrollo de los mercados y justificar disposiciones destinadas a promover la transparencia y defender el derecho de los consumidores.⁵⁶⁹

La empresa regulada mantiene un monopolio de información tal, que obliga al regulador permitir al monopolista el obtener rentas con el fin de mantener incentivos para proveer el servicio adecuadamente.

Y debemos tener presente que pese a ésta gran contrariedad, el objetivo al privatizar es buscar mayor competencia, más eficiencia interna y en la asignación de los recursos.

Tanto la transparencia como la entrega de información fidedigna de la empresa al organismo fiscalizador son esenciales al proceso de

⁵⁶⁹ GALETOVIC, *op.cit.*, pág. 10 y sgtes.

tarifación. Cualquier desequilibrio causado por el prestador o concesionario, al no entregar datos reales, omitiendo información, aumentando los costos, etc., puede tener como consecuencia una significativa diferencia entre las tarifas que se podrían haber obtenido con datos fidedignos *versus* las tarifas con datos falseados. Aunque la diferencia que se obtenga al final en una tarifa de uno o más servicios sea ínfima, el resultado de pagarla en un período de varios años por miles o millones de usuarios significa mayores utilidades.

A su vez, el uso de la información, ya sea por parte del ente regulador, como resultado de su potestad de inspección debe condecirse con algún grado necesario de confidencialidad y secreto respecto a los datos obtenidos, con relación a su difusión pública cuando puedan afectar aspectos sensibles o estén directamente protegidos por el secreto comercial o industrial.⁵⁷⁰

C. EL PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN DE TARIFAS

El procedimiento de fijación de tarifas, o de tarificación, puede verse en dos perspectivas: como un procedimiento administrativo o como una negociación, similar a la negociación colectiva del derecho laboral. A continuación analizaremos ambas definiciones.

1. LA TARIFACIÓN COMO UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En primer lugar, la fijación de tarifas es un procedimiento administrativo, lo que implica entenderlo como mecanismo de garantía de certeza, seguridad y resguardo para todos los agentes del sistema.

⁵⁷⁰ FERNANDO PABLO, Marcos. *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Ed. Colex S.A., Madrid, 1998, pág. 180

Esta garantía no es sólo para la empresa regulada, en el sentido que permita determinar un precio justo que pueden cobrar por el servicio prestado, que represente sus costos y contemple una utilidad cierta, en el desarrollo de su actividad económica. También es garantía para los usuarios y la colectividad, en cuanto los precios regulados reflejen el costo verdadero de la prestación del servicio e impidan los cobros abusivos, allí donde el mercado no es un instrumento eficaz de regulación de los precios.⁵⁷¹

Asimismo, el procedimiento administrativo es un instrumento de control de la legalidad del proceder de la Administración con ocasión de la fijación de tarifas, que vela por su legalidad y razonabilidad – *legitimidad*, en otros términos, sin la cual la actuación deviene en ilegal, por parte de los administrados, sean empresas reguladas o usuarios.

La doctrina nacional, jurisprudencia judicial y administrativa caracterizan al procedimiento de fijación de tarifas como uno reglado, lo que implica que sea un proceso “administrativo especial no contencioso”,⁵⁷² “reglado y objetivo”⁵⁷³, “técnicos objetivos y no discrecionales”⁵⁷⁴ y “específico y reglado desarrollado para cada caso particular”.⁵⁷⁵

Es menester señalar que los procedimientos tarifarios son específicos y especiales para cada caso en particular, encontrándose regulados

⁵⁷¹ *Asociación de Empresas de Servicio Público contra Presidente de la República y Ministro de Minería*, Recurso de Protección, Corte de Apelaciones de Santiago, rol ingreso 3852-98, Cons. 17º y 19º. En sentido similar, D. N° 30127/99, CGR

⁵⁷² QUINZIO y ZÚÑIGA, *op.cit.*

⁵⁷³ *Empresa Eléctrica Puente Alto, Compañía Eléctrica Río Maipo y Chilectra S.A. con Comisión Nacional de Energía*. Recurso de Protección, Corte de Apelaciones de Santiago, Cons. 2º, en RCD, Vol. 25 1, 1998, Sección Jurisprudencia, pág. 234

⁵⁷⁴ R. N° 537, Cons. 8

⁵⁷⁵ D. N° 46234/01, CGR

por leyes especiales. De este modo, y conforme el artículo 1 LBPA, se aplica supletoriamente dicha ley a los procedimientos tarifarios administrativos.

El procedimiento administrativo tarifario comprende una sucesión de múltiples actos trámite de instrucción y preparatorios, dictámenes de comisiones e informes, según sea el caso, emanados de la Administración, y de antecedentes allegados por particulares; vinculados entre sí, desde antes de la fijación de fórmulas tarifarias hasta la publicación del decreto tarifario por el Ministerio respectivo, como acto administrativo terminal, debiendo cumplirse los plazos contemplados en las leyes para dar inicio al procedimiento o bien para concluirlo.⁵⁷⁶ El procedimiento puede iniciarse de oficio o bien por la solicitud de un interesado, conforme lo dispongan las leyes especiales.

Su rasgo de procedimiento especial es admitido por el legislador, reconociendo que el proceso está recargado de aspectos técnicos. El legislador establece paso a paso los trámites que deben llevarse a cabo, evitando la discrecionalidad administrativa de la autoridad que pudiere desvirtuar el establecimiento de tarifas sustentadas en criterios técnicos y objetivos.

Para parte de la doctrina nacional, hay discrecionalidad en la excesiva amplitud de la interpretación de los preceptos legales por la autoridad.⁵⁷⁷ Pero, ¿se pretende que todo el procedimiento tarifario, de suyo complejo y sujeto a cambios en la percepción de la técnica y la economía, esté reglado agotadoramente en la ley y los reglamentos,

⁵⁷⁶ El procedimiento administrativo se define como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”, Artículo 18 LBPA. Es pertinente señalar que los estudios de costos de la Administración son cotejados o ponderados con los de las empresas reguladas.

⁵⁷⁷ EVANS ESPÍNEIRA, *op.cit.*, pág. 225

evitando las apreciaciones de la autoridad? No lo creemos así. La discrecionalidad ocurre cuando en determinadas circunstancias de hecho la autoridad administrativa puede, libremente, decidir y tomar tal o cual medida, igualmente justas (como dos soluciones económicas) o jurídicamente indiferentes, para que se cumplan oportuna y eficazmente los medios y el momento –oportunidad- de su actividad, dentro de los fines que señala la ley. En la decisión que toma, el órgano no está obligado a seguir algún criterio o norma preexistente. La discrecionalidad, a diferencia de las potestades regladas, reconoce límites jurídicos relativos, pero inmutables e invariables (como son los principios generales del derecho: razonabilidad, buena fe, finalidad, igualdad) y límites técnicos, concretos, pero mutables y variables.⁵⁷⁸ Además, la potestad discrecional conoce elementos reglados, como es su existencia, la competencia del órgano, su extensión y finalidad pública.

Ciertamente, no puede haber arbitrariedad de la Administración en un procedimiento de fijación de tarifas, porque ésta repugna al Derecho. En primer término, la decisión adoptada por la autoridad debe superar el control de arbitrariedad, debiendo ser motivada y tener fundamentos razonables, respecto a los costos considerados, los precios fijados, la inclusión o no de otros costos, los eventuales subsidios, etc.; debiendo ser justificados y fundados por el regulador los criterios determinantes de la tarifa.⁵⁷⁹

Mas tampoco hay discrecionalidad en la potestad tarifaria, dado que en los procedimientos de fijación de los costos se da el uso de conceptos jurídicos indeterminados en su aplicación legal, y por expresa disposición del Legislador, pero que son determinados al momento de su aplicación, con elementos de incertidumbre en los cuales se reco-

⁵⁷⁸ DROMI, *Derecho Administrativo*, pág. 509 y sgtes.

⁵⁷⁹ VILLAR ROJAS; *op.cit.*, pág. 123 y 134

noce o debe admitir un margen de tolerancia, que se aleje de la esencia o núcleo del concepto, pero que mantenga su finalidad, con razonabilidad y racionalidad de la decisión del regulador; sin que tengan que considerarse como una eventual discrecionalidad.

Es más, los conceptos jurídicos indeterminados poco tienen que ver con la discrecionalidad. La existencia de márgenes de apreciación no implica ni convierte a estos conceptos indeterminados como parte de la discrecionalidad técnica, la que no existe en el ámbito tarifario. Luego, los criterios de cuantificación de los costos son explicable para quienes conocen la ciencia o arte respectivo, pues responden a reglas técnicas, son aplicables por la Administración, y fiscalizables por los jueces, en lo que se refiere a su revisión de los conceptos determinantes de los precios, cuando la decisión evidencia una carencia de fundamento, razonabilidad y racionalidad.⁵⁸⁰

Agregamos que una característica singular de las fijaciones de precios es que utilizan predicciones de hechos futuros. Estos augurios pueden ser, con el cotejo del tiempo, más o menos exactos a lo realmente ocurrido en el mercado. Es más, un pronóstico que se efectúe en un momento dado, respecto a otro realizado anteriormente, y sobre un mismo hecho (v.gr., la demanda de un servicio en un mercado, la fecha de ingreso de una central eléctrica, etc.) siempre será más certero, pues cuenta con más y mejor información. En otras palabras, las incertidumbres propias de todo futuro e incierto, disminuyen a medida que el hecho futuro es más cercano y las incertidumbres, menos.

Eso si, hay ocasiones en las que el control judicial es limitado, como cuando la Administración puede optar por valores igualmente váli-

⁵⁸⁰ VILLAR ROJAS, *op.cit.*, pág. 197 y sgtes. En iguales términos, CASSAGNE, *op.cit.*, t. I., pág. 236 y sgtes.

dos, pero el Tribunal, no. Villar Rojas, citando a Joaquín Tornos Mas, califica como un *caso límite*, que sería el margen de beneficio fijado por el regulador, cuando éste pueda hacerlo. La pregunta del caso límite es si los jueces pueden determinar un valor distinto al decidido, determinando su *corrección* respecto a la rentabilidad. Ahora bien, que no pueda fijar el monto no implica que no pueda requerir su justificación, al controlarla. En este caso límite, fuera de los elementos ya reglados, por normas especiales, y en subsidio, generales como la LBPA, como son los presupuestos de hecho, competencia, procedimiento y fin público; puede existir una decisión discrecional por la Administración. Sólo ahí los Tribunales pueden valorar la decisión, someténdola a los principios generales de igualdad e interdicción de la arbitrariedad. Cumpliéndose estos requisitos, se entiende válida la decisión discrecional adoptada, si la hubiera, en lo relativo al caso límite. De no cumplirlos, la corrección de los efectos puede sustituirse por la obligación de reparar.⁵⁸¹

El procedimiento de tarifación exige la fijación de los valores fundamentados, basados en la potestad reglada que goza la autoridad. Dicha potestad se sujeta a las reglas establecidas en leyes y reglamentos, que fijan el procedimiento, los diversos aspectos sustantivos que norman el proceso y la determinación de tarifas de que se trata. El proceso, que representa una limitación al ejercicio de la propiedad como ya vimos, permite un adecuado resguardo de los derechos de los participantes, permitiendo su participación de manera reglada y definidas por las leyes y reglamentos, formulación de opiniones y el desarrollo de su actividad económica.⁵⁸² Lo anterior es lo que algunos denominan el *principio de concertación* o *contractualista* entre la autoridad y las empresas reguladas, que se concreta a través de una confrontación de posiciones técnicas.

⁵⁸¹ *Op.cit.*, pág. 202 y sgtes.

⁵⁸² D. N° 15439/94, CGR; D. N° 46234/01, CGR

Por otra parte, los procedimientos tarifarios se caracterizan por ser formales y rituales, en razón de su construcción sobre etapas y plazos que deben cumplirse, a través de informes, dictámenes y comunicaciones y su concreción, a través de decretos supremos. Todos los antecedentes constitutivos del procedimiento tarifario requieren una expresión por escrito, o por medios electrónicos, como forma de dejar expresión y constancia (Art. 5 LBPA). Las formalidades exigidas son indispensables, dado que persiguen dejar constancia indubitada de las actuaciones del procedimiento y evitar, a la vez, perjuicios para las empresas reguladas, usuarios, y eventualmente, del Fisco, como responsable por fijación errónea de tarifas.⁵⁸³

Esos procedimientos, y pese a la pormenorizada regulación que se observa en leyes y reglamentos, no implican que el ente regulador no deba ni pueda hacer las ponderaciones y calificaciones que estime pertinentes para el debido ejercicio de su función encomendada, al efectuar el cálculo y determinación de los precios en estudio.

La potestad tarifaria de la autoridad involucra la potestad de evaluar, ponderar y apreciar los distintos elementos de carácter técnicos, económicos y legales involucrados en cada fijación, que se consignan durante el proceso tarifario correspondiente, de modo que la decisión que se adopte sea reflejo de los estudios que justifiquen los valores respectivos, siendo la autoridad quien las fija, en definitiva. Ejerciendo esta potestad tarifaria, el fijar precios comprende, mínimamente, estimar los costos que correspondan.⁵⁸⁴

La autoridad administrativa, en el ejercicio de la apreciación y evaluación, puede complementar los múltiples aspectos específicos que

⁵⁸³ El artículo 13 LBPA establece como principio del procedimiento la no formalización. Pues bien, el procedimiento tarifario exige formalidades contempladas en las leyes especiales que lo regulan.

⁵⁸⁴ D. N° 263/95, CGR

no haya precisado el Legislador en las pautas generales que da en sus leyes y reglamentos, reglamentando o complementando algunos aspectos, o bien rectificando errores cometidos en el cálculo o procedimiento específico, por la vía de la impulsión de oficio, especialmente cuando ellos son manifiestos.⁵⁸⁵ La corrección oficiosa mencionada, por parte del regulador, de los defectos, omisiones o errores de forma en el procedimiento o acto trámite se funda ya no sólo en la LBGAE, sino en la LBPA, y encuentra por límites una norma legal expresa en contrario, y los derechos subjetivos públicos de los prestadores.

La autoridad reguladora no puede caer en actos arbitrarios en ejercicio de sus cometidos, y la fijación de precios debe basarse en estudios razonados, que justifican y fundamentan las medidas y decisiones que adopten durante el procedimiento, que tienen como resultado en el decreto tarifario.⁵⁸⁶

Los procesos tarifarios contemplan mecanismos que resuelva las diferencias entre prestador y regulador, tras haber intervenido diversos órganos públicos,⁵⁸⁷ estableciéndose expresamente la ponderación de los estudios de uno y otro; o bien, negociación directa tendiente a alcanzar acuerdos y, en subsidio, mecanismos de solución de las diferencias por la vía expertos convocados a dirimir las controversias que queden pendientes, con carácter definitivo y obligatorio.⁵⁸⁸ Estas ins-

⁵⁸⁵ QUINZIO y ZÚÑIGA, *op.cit.*

⁵⁸⁶ D. N° 9361/98, CGR donde, entre otras cosas, se discute si la decisión de la CNE sobre una turbina de gas de 100 MW es o no el medio más adecuado y económico para satisfacer los requerimientos de potencia de punta del Sistema Interconectado Central.

⁵⁸⁷ Tales como el TDLC para la calificación o descalificación de servicios afectos a fijación de precios, Superintendencias, Subsecretarías y Ministerios. Además, Comisiones Periciales (VNR del D.F.L. 1/82, sanitarias y telecomunicaciones) y empresas consultoras privadas; los que hacen las veces de auxiliares de las partes.

⁵⁸⁸ Un comentario a estos mecanismos en INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, "Institucionalidad Regulatoria", *Temas Públicos*, 534, 22 de junio de 2001

tancias de solución de controversias, y como excepción a la gratuidad del procedimiento administrativo, son onerosas para el impugnador, por expresa disposición de las leyes.

El procedimiento administrativo de cálculo y fijación de tarifas culminan con el acto administrativo terminal de un *iter* de actos tendientes a la fijación del precio por la autoridad administrativa facultada para ello, estando investida de las potestades necesarias para llevar adelante el procedimiento y concluirlo en tiempo y forma, dando aplicabilidad y eficacia a la norma jurídica. Con lo anterior, y conforme el principio conclusivo que rige el procedimiento administrativo, la Administración dicta un acto decisorio –el decreto supremo– que se pronuncia sobre la cuestión de fondo –las tarifas– y en el cual exprese su voluntad (Art. 8 LBPA).

La *fijación* es competencia exclusiva de la autoridad, de modo privativo, sin que pueda constituir un procedimiento consensuado o que se logre a través de un acuerdo de voluntades entre la autoridad y el regulado.

Todos estos principios rectores se comprenden dentro de lo que se ha llamado *debido proceso adjetivo*, que incluye la bilateralidad, existencia de plazos para ser oído ante el regulador, ofrecimiento de antecedentes, alegación del mérito de los resultados, el derecho a una decisión fundada, publicidad y transparencia de los antecedentes, legitimación de los participantes, audiencia pública –cuando corresponda, entre otros.

1.1. Las bases de los estudios

Las tarifas que determina la autoridad se fijan de acuerdo a procedimientos administrativos especiales, pero con bases de cálculo de los estudios tarifarios o de costos. En el derecho administrativo, las bases y sus efectos jurídicos están asociados generalmente a un proce-

diminuto de licitación de un contrato. La Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en su artículo 10 dispone que

Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente.

Del precepto transcrito, aplicable en general a las licitaciones, públicas o privadas, que celebre la Administración del Estado, se desprenden como características distintivas que las bases obligan tanto a la entidad licitante como a los participantes, quienes deben estricta sujeción a ellas, en los aspectos administrativos y técnicos. Estos aspectos determinan el procedimiento a seguir y los criterios a través de las cuales se decidirá la oferta más conveniente. Las bases son aprobadas por la autoridad, previamente a su entrada en vigencia, para cada procedimiento de licitación.

En lo que nos ocupa, las características anotadas son útiles, y puede afirmarse que las bases son los actos administrativos que contienen los términos de referencia sobre el cual se ejecutan los estudios tarifarios, dentro de un procedimiento de fijación de tarifas, conteniendo las normas de la ciencia, técnica o arte que deben respetarse en la ejecución del estudio, como lo son la economía y las técnicas propias de cada industria regulada.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ La Ley 19.886 dispone en su artículo 6° el contenido de las bases de licitación "Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta. // En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones."

La legislación sectorial distingue claramente el rol de las bases separado de los procedimientos, mas se ligan entre sí por la finalidad de la fijación común de servir a la finalidad de fijar la tarifa. Así, el artículo 29 LGT señala que “los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican”, y la LGSE, en su único visto, y aludiendo al artículo 11 Ley 18.091, textualmente señala la facultad delegada para establecer “las bases, procedimientos y normas a que deberán ajustarse las tarifas máximas que podrán cobrar las empresas eléctricas de servicio público”.

La función de las bases es principal para las empresas reguladas, pues deben utilizar las mismas bases que fija la autoridad para realizar sus propios estudios, bajo el mandato de ajustarse a ellas, como también las observaciones y objeciones que se puedan presentar en su desarrollo, pues sólo así es dable técnicamente la comparación o ponderación de los resultados de los estudios del regulador y del regulado (Art. 10 LTSS, Art. 111 LGSE). Son estos resultados de los estudios de cálculos los que se insertan al procedimiento tarifario reglado. La utilización de las mismas bases entre los distintos actores se ajusta al objetivo de la legislación de comparar los estudios, con metodologías preestablecidas que permitan arribar a resultados que puedan cotejarse, aun cuando los resultados de los estudios sean diferentes, pues tienen fundamentos técnicos, jurídicos y económicos comunes e idénticos. Además, las bases de cálculo se caracterizan por ser obligatorias e indisponibles, no pudiendo prescindirse de ellas para efectuar los estudios en cada procedimiento, tanto para la autoridad administrativa como para las empresas que encargan sus estudios. Las bases también son un requisito previo para la realización de los estudios y obligatorias, no sólo para el encargo del mismo, sino para su posterior desarrollo y ejecución. Ahora bien, no puede esperarse que las bases sean de dominio público e ilustren a los usuarios sobre los derechos y obligaciones derivados de la prestación del servicio.⁵⁹⁰

⁵⁹⁰ R. N° 364, Cons. 5°

Las bases de los estudios tarifarios contienen, junto a la normativa legal y reglamentaria aplicable, las reglas que deben cumplirse para determinar las tarifas en materias de procedimiento y sustantivas. Las bases son determinadas y aprobadas por la autoridad, siendo ellas el origen y límite de los estudios que determinen o calculen las fórmulas tarifarias o los estudios de costos que sirvan para su determinación, según correspondan.

Las bases, calificadas como técnico-económicas en la regulación de telecomunicaciones, son establecidas y resueltas en definitiva por la autoridad administrativa, con la colaboración de los administrados, quienes las pueden proponer –es decir, son ellos quienes dan inicio al procedimiento administrativo que concluye con su dictación como acto administrativo⁵⁹¹- o formular observaciones respecto a algunos elementos de ellas (Art. 30 I LGT, Art. 111 LGSE), sin perjuicio de los mecanismos previos de opiniones de las controversias suscitadas. El contenido mínimo de las bases de cálculo se encuentra, también, en la ley, y deben contener los aspectos que se estime necesarios y posibles de definir en forma previa a la realización de los estudios tarifarios, por lo que su contenido, salvo el que impone la ley, es una potestad discrecional del regulador (Art. 13 LTSS, Art. 30 I LGT, Art. 111 LGSE). Las bases sirven también para acotar el ámbito de las objeciones que formulen los prestadores afectados, debiendo enmarcarse con estrictez a ellas.

En materia sanitaria, se permite la participación, a través de observaciones, de quienes tengan interés comprometido, debiendo el regulador responderlas fundadamente (Art. 13 LTSS).

Con ocasión del recurso de protección deducido en 1996 por la empresa concesionaria de servicio público de distribución eléctrica,

⁵⁹¹ Normalmente, resoluciones del regulador sectorial. Art. 11, Reglamento que Regula el Procedimiento, Publicidad y Participación del Proceso de Fijación Tarifaria Establecido en el Título V de la Ley N 18.168

Chilectra, respecto a la fijación de tarifas de distribución, se reprochó el quebrantamiento de las bases establecidas por la CNE, la cual en forma unilateral, extemporánea y arbitrariamente habría procedido a modificar las bases, cuando ellas estarían fijadas irrevocablemente de conformidad a la ley; y que existían aspectos que no estaban comprendidos en la regulación específica de las bases. En otras palabras, la recurrente sostenía que, una vez dictadas las bases, ellas eran un contrato para la concesionaria y la autoridad, inamovible para ésta sin el consentimiento de aquella. El tribunal *a quo*, al acoger la petición de la distribuidora, razonó en el sentido que

el procedimiento descrito en la ley para los efectos de la fijación tarifaria descansa en el establecimiento por parte de la autoridad de las bases a que se refiere el artículo 111 de la [LGSE], las que han debido quedar definitivamente determinadas dentro de los plazos a que alude el citado precepto, vale decir, una vez que la Comisión se pronuncia sobre las observaciones de las empresas, aceptándolas o rechazándolas. A partir de ello se pasa a una nueva etapa (...) de lo anotado, se sigue que las bases en referencia no pueden modificarse en forma unilateral por la Comisión recurrida, una vez agotados los plazos establecidos por la ley y que cualquier objeción o modificación debe ser consentida por el concesionario, ya que en caso contrario primará su criterio por imperativo legal⁵⁹²

La Corte Suprema rechazó el recurso en lo que nos ocupa, por razones de extemporaneidad de la acción constitucional, sin entrar al conocimiento de la materia de fondo, como era la rectificación por el regulador de las bases, a través de un “addendum”. No obstante, lo considerado por la Corte de Apelaciones resultaba errado, toda vez que desconocía con su análisis que las bases son un acto administra-

⁵⁹² Empresa Eléctrica Puente Alto, Compañía Eléctrica Río Maipo y Chilectra S.A. con Comisión Nacional de Energía. Apelación de Protección, Cons. 17º y 18º, en RCD, Vol. 25, 1, pág. 238

tivo, sujeto de aclaración y rectificación por la autoridad, incluso de oficio.

Posteriormente, y respecto a la impugnación de ciertos artículos del Reglamento Eléctrico que contenían normas relativas a las bases, nuestros tribunales han resuelto que:⁵⁹³

resulta indispensable dejar establecido que constituye una obligación legal y reglamentaria no discutida el que los estudios de costos, tanto el que encarga la Comisión como los de las empresas concesionarias, deberán sujetarse a las bases que "determine la Comisión". Lo anterior ciertamente significa que las especificaciones de tipo jurídico, técnico o económico que reglarán aquellos estudios son preparadas y dispuestas unilateralmente por la administración y su sujeción a ellas es obligatoria para todos, circunstancia que además de esencial, representa una garantía de corrección del procedimiento, tanto para las propias empresas –en cuanto se aseguran que la autoridad no será arbitraria al definir los costos de distribución– como para la finalidad de la ley y de los usuarios del servicio, pues existe certeza de que los costos que las empresas contraten serán correctos y ajustados a criterios técnicos predefinidos por la autoridad administrativa (...) además de lo anterior, no debe olvidarse que las empresas concesionarias no están obligadas a encargar un estudio de costos a alguna de las empresas consultoras que elijan de la nómina autorizada, sino que ello constituye una facultad entregada por la ley (artículo 117) y para ejercitarla necesariamente deben ajustarse a las bases ya definidas y puestas en su conocimiento con anterioridad, por lo que dicho estudio no es uno cualquiera, sino el mismo que encarga la Comisión y por eso es que se ponderan conjuntamente, pues, de otro modo, si se aplicaran metodologías, criterios, sistemas de cálculo o parámetros distintos, tal ponderación sería imposible. Por lo tanto, si una o

⁵⁹³ Asociación de Empresas de Servicio Público contra Presidente de la República y Ministro de Minería, Recurso de Protección, Corte de Apelaciones de Santiago, Cons. 17 y 18, rol ingreso 3852-98

varias empresas deciden acogerse a la aludida facultad, las bases fijadas por la autoridad les son obligatorias -al-igual que lo han sido para esta- y no es racional pensar que ante reglas de ese carácter, su inobservancia no tenga consecuencia alguna

1.2. Los informes y dictámenes en los procesos tarifarios

Los informes de la autoridad reguladora, del TDLC al calificar las condiciones de competencia en un mercado y los dictámenes emitidos por las comisiones de expertos, cuando éstos son vinculantes, son actos administrativos, conforme la definición del artículo 3 LBPA. Esta ley extiende el concepto a los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Para parte de la doctrina nacional, los informes técnicos no son propiamente un acto administrativo, sino “un acto técnico, no potestativo ni jurídico, que se inserta en un iter procedimental que lleva a la dictación de un acto administrativo terminal”, como son los decretos de tarifas.⁵⁹⁴

Los informes son actos administrativos por extensión, al contener declaraciones de conocimiento de un órgano de la Administración en el ejercicio de su competencia, que contienen declaraciones de juicio de órganos especialmente cualificados en materias determinadas, llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro. “Acerca del Control de la Discrecionalidad Técnica en Materia Eléctrica”, en *RCD*, Vol. 25, N° 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, pág. 715

⁵⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 7ª Ed., 2000, t. II, pág. 487

Como hemos expuesto, los procedimientos tarifarios se inician a solicitud de parte o de oficio por la Administración. En materia tarifaria, los informes son necesarios y preceptivos para la resolución del procedimiento, por así disponerlo las leyes respectivas (Art. 37 LBPA). Además, los informes están insertos en un procedimiento administrativo, como actos trámite que le sirven de antecedentes o requisito, tendientes al acto administrativo terminal, que es la resolución final de decisión sobre la cuestión planteada en la necesidad del procedimiento, el decreto tarifario.

Los informes son parte de la sustanciación del procedimiento; esto es, el conjunto de actos que tiene por finalidad la recopilación de antecedentes para dictar un acto terminal. Si bien la LBPA dispone un plazo general para la emisión de los informes de 10 días desde que se solicitan las diligencias, por su carácter supletorio, las leyes especiales establecen términos para cada caso.

Desde el punto de vista de su eficacia jurídica, los informes, en el derecho administrativo, son facultativos y, salvo norma en contrario, vinculantes. Cuando un informe es vinculante, el organismo responsable del acto terminal no puede decidir en contra del mismo. Cuando el informe es vinculante, su omisión constituye un vicio de nulidad, especialmente cuando ellos son preceptivos. Por su naturaleza, los informes son actuaciones de un órgano distinto a aquel que le corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento administrativo, conteniendo una apreciación jurídica o técnica. Se señala que respecto a los informes vinculantes la autoridad llamada a decidir está obligada a resolver en el sentido propuesto por el órgano consultivo, de cuyo informe no puede apartarse válidamente, suponiendo por ello la existencia de una competencia compartida entre el órgano activo y el consultivo, que hace excepción a las reglas generales de competencia.⁵⁹⁶

⁵⁹⁶ *Idem*

Del análisis de las normas que rigen a cada industria regulada, aparece que los informes del regulador que calcula los precios, en materia de tarifas, tienen fuerza para la autoridad que fija los precios. A manera ejemplar, en materia energética corresponde a la CNE analizar técnicamente la estructura y nivel de los precios y tarifas de bienes y servicios energéticos e informar a Minecon, respecto a precios que deben fijarse en virtud de una ley. Así, la CNE efectúa un análisis técnico sobre la estructura y nivel de precios y tarifas. Por otra parte, el artículo 92 LGSE, dispone que toca a la CNE calcular los precios máximos, siendo Minecon el que los fija. Ahora bien, la LGSE asume la corrección en el cálculo que la CNE efectúa de los precios regulados, pues dispone que excepcionalmente podrán fijarse precios máximos distintos a los calculados por el Ente Regulador Energético. Aparece entonces que los informes de la CNE son preceptivos y vinculantes para el Ministerio de Economía. Es más, son imprescindibles para la fijación, por cuanto ningún otro organismo es competente para calcular los precios máximos. Puede agregarse que la LGSE supone también la corrección en el cálculo de la Comisión, por cuanto, para alterarlo, debe dictarse un decreto supremo fundado, con fondos de la Ley de Presupuestos, entre otras exigencias.

Agrega el artículo 38 LBPA, que los informes pueden expresar un punto de vista, en cuyo caso, si no evacua en el plazo, se pueden proseguir las actuaciones tendientes a la resolución del asunto. Pues bien, los informes de cálculo de precios que se enmarcan dentro de los procedimientos de fijación de tarifas, no contienen puntos de vista, sino que cálculos numéricos, y son vinculantes para la autoridad que fija los precios máximos.

En el caso de los dictámenes, éstos son declaraciones de juicio que pueden traer aparejadas diversas consecuencias jurídicas, como, por ejemplo, recursos, reconocimiento de derechos o negación de una pretensión o solicitud. Los dictámenes son actos preparatorios del acto terminal, dentro del procedimiento de fijación de precios. Aque-

llos que se expidan dentro de un procedimiento tarifario, aparecen como definitivos y obligatorios para ambas partes, vinculando a la autoridad (Art. 10 LTSS).

Finalmente, la resolución final que concluya un procedimiento tarifario puede ser motivada por los informes o dictámenes, cuando se incorporen al texto de la misma (Art. 41 LBPA).

2. LA TARIFACIÓN COMO UNA NEGOCIACIÓN

Podemos ver el procedimiento de fijación de tarifas también como una negociación reglada, con plazos y etapas, conservando siempre la relación dialéctica entre la autoridad y la empresa regulada. En esta negociación, la autoridad, en representación de la colectividad y del bien común,⁵⁹⁷ trata de bajar los precios lo más posible; mientras que la empresa hace lo posible por subir sus precios para el período de vigencia de las tarifas, usando la ley y otros recursos, como son el cabildeo ("lobby") y los medios de comunicación.⁵⁹⁸

El CT define a la negociación colectiva como el "procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales [...], con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes" (Art. 303 CT). Los aspectos que coinciden con el procedimiento de tarificación son varios: aparte de un procedimiento reglado, fijación de remuneraciones por un lapso determinado para una de las

⁵⁹⁷ BLANLOT, Vivianne. "La Regulación del Sector Eléctrico: La Experiencia Chilena" en MUÑOZ, Oscar (editor), *op. cit.*, pág. 308

⁵⁹⁸ Una hipótesis que constataría esta situación sería es el creciente nivel de conflictos judiciales cada vez que se inician procesos tarifarios ("judicialización"). Además, mientras mayor sea el porcentaje de propiedad privada en la empresa (cuando los vínculos con el poder son más distantes), es mayor el nivel de conflictos que terminan en tribunales.

partes, etc.; resulta destacable que los trabajadores deban unirse, para poder equilibrar el poder negociador del empresario. Para efectos de nuestro estudio, la unión la hace la sociedad, confiando en la autoridad estatal, o bien cuando lo hacen los grandes consumidores, que negocian libremente con la empresa prestadora.

Entonces, no sorprenda que el CT contenga dos normas relativas a las empresas de utilidad pública en su Libro IV, sobre negociación colectiva, prohibiendo la declaración de huelga en las empresas que "atiendan servicios de utilidad pública" (Art. 384 CT) y la norma general para las tarifaciones respecto a la consideración de los costos de remuneraciones vigentes en el mercado para las empresas monopólicas (Art. 414 CT).

En plena discusión sobre la integración vertical entre las empresas de generación, transmisión y distribución eléctrica, una fundada opinión basada en la experiencia, viene a ratificar que los procedimientos de tarifación son, en sí, negociaciones más que procedimientos

Se podría argumentar que en Chile las tarifas de distribución [eléctrica] se fijan de acuerdo a los costos de una empresa eficiente y no de una empresa real. Esta noción teórica no está acorde con la realidad, como lo pueden atestiguar quienes hayan participado en procesos de fijación tarifaria. El regulador tiene menos y peor información que la empresa regulada, además de temer que una fijación demasiado estricta se transforme en una expropiación. Así, las tarifas terminan siendo negociadas entre las partes, con resultados que dependen de la efectividad del lobby de la empresa regulada.⁵⁹⁹

⁵⁹⁹ DE GREGORIO, José; ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander; MELLER, Patricio; MIZALA, Alejandra; REPETTO, Andrea y ROMAGUERA, Pilar. Centro de Economía Aplicada (CEA), Depto. de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile. "Integración Vertical y Sector Eléctrico", en *Diario La Segunda*, Santiago, 15 de junio de 1999. También INOSTROZA R., Gabriel. "El Costo de la Electricidad en Chile", en CONSUMERS INTERNATIONAL. "Los Consumidores Toman la Palabra: Electricidad, Telecomunicaciones y Agua Potable en América Latina", *Primera Conferencia Regional Consumidores y Servicios Públicos en América Latina*, Consumers International, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 1998, pág. 110

Los diversos procedimientos tarifarios existentes en Chile reconocen algún grado, mayor o menor, de posibilidad de negociar o alcanzar acuerdos entre las partes. Este carácter bilateral y negociador, aumenta si se considera el "procedimiento" existente en las tarifas regidas por la LSG. Al no existir un procedimiento, se ha negociado directamente entre empresa y regulador, ausentes los formalismos que requiere dicha fijación.⁶⁰⁰

Por otra parte, el mecanismo de búsqueda de acuerdos entre el regulador de servicios sanitarios y la concesionaria regulada refleja, también, que se pueda realizar una negociación respecto a ciertas discrepancias planteadas, las que se solucionarán a través de acuerdo directo entre ambos, el que deberá constar en resolución fundada de la SISS, exenta del trámite de toma de razón. El acuerdo sólo puede realizarse dentro del plazo de los 45 días siguientes al intercambio de estudios establecido entre la empresa y la SISS. Así, y sólo para el caso de divergencias no solucionadas, se constituye la comisión de expertos (Art. 10 LTSS).

Asimismo, el procedimiento contemplado en la LGSE para los sistemas eléctricos cuyo tamaño de potencia instalada es igual o inferior a 1500 kW refleja una simbiosis entre un sistema en el que se permiten los acuerdos entre las partes, y, en subsidio, se pasa a etapas cada vez más regladas, hasta llegar a un procedimiento de fijación de tarifas forzoso para las partes. Este mecanismo se plantea como una posición intermedia, entre lo reglado y lo negociado, reconociendo el mandato del Alcalde para representar a los usuarios dentro de su mu-

⁶⁰⁰ Agradezco en este punto la opinión de Marco Mancilla, CNE, agosto 1999.

nicipio, lo que lo coloca como una suerte de cliente libre ante el distribuidor concesionado.

3. LA PARTICIPACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LOS PROCESOS DE FIJACIÓN DE TARIFAS

Crecientemente, la transparencia y participación ciudadana se abren paso en los procesos de fijación tarifaria. Lo anterior no sólo es una consecuencia de los procesos de reforma regulatoria que se han dado en nuestro país, sino que son materialización del *principio participativo* que consagra la CPR en las bases de la institucionalidad, consistente en el deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (Art. 1, inc. final CPR). Con la participación se persigue eliminar o contribuir a eliminar la separación entre el Estado y la sociedad, mediante la cooperación del individuo y la comunidad, con aquel. Así, el individuo contribuye directa o indirectamente al desarrollo de la decisión de la Administración, no sólo política, sino que, en este caso, en los procedimientos tarifarios. Respecto a la participación, se exige del Estado asegurarla, vale decir, promoverla y garantizarla adecuadamente, dando pasos sucesivos para que ella se acreciente. El Estado otorgará espacios, y dependerá del individuo aprovechar dichas posibilidades.

Con la participación de usuarios y consumidores, a más de la de las empresas reguladas, se pueden tener presente los intereses en juego en la decisión tarifaria, junto con mejorarla con las opiniones, observaciones y aportes externos de los participantes, toda vez que la fijación de precios tiene un evidente interés público.

En forma paulatina, los usuarios de servicios públicos que hay en el país ven como se les abren instancias de participación en los procedi-

mientos administrativos. De este modo, ya no es suficiente la participación de los consumidores más importantes, a través de tarifas libremente negociadas con las empresas prestadoras, quienes tienen algún grado de participación en el precio que deben pagar, al menos, con un poder negociador considerable y suficiente como para enfrentar al prestador, sino de los usuarios pequeños, organizados o no, quienes opten por el camino de ser partícipes de la fijación tarifaria, como terceros interesados. Las observaciones de los terceros participantes deben ser consideradas por la autoridad en la dictación de los actos administrativos, pero ella no tiene carácter vinculante, salvo norma legal en contrario.

El ejemplo argentino permite la participación de los interesados en audiencias públicas para la participación y control de la prestación de los servicios públicos privatizados. La audiencia constituye un elemento esencial de la fijación de tarifas, y cuya ausencia significa la nulidad del proceso, realizándose antes de un nuevo proceso de tarificación, materializando el antiguo principio *audi alteram partem*, como parte del *debido proceso adjetivo* de la fijación de tarifas.⁶⁰¹

La bilateralidad del proceso, y su naturaleza participativa, tanto entre el prestador regulado de la autoridad administrativa reguladora, establecen oportunidades en la cual se consultan los plazos en que las partes interesadas hacen valer sus pretensiones y alegaciones.

La participación de los usuarios en los procesos de tarificación no sólo puede verse como un sistema que legitime las tarifas ante los usuarios, al escuchar sus demandas; sino que permite la igualdad entre prestador y usuario, junto con fomentar el contraste de posiciones y aumentar el control ciudadano, *ex ante* y *ex post*, de los procesos

⁶⁰¹ DROMI, *op.cit.*, pág. 226 y sgtes.

administrativos de fijación de tarifas, tal como se permite en materia de servicios sanitarios y de telecomunicaciones.⁶⁰²

4. CONTROL, REVISIÓN E IMPUGNACIÓN DEL DECRETO TARIFARIO

Como primer elemento de control de los decretos de tarifas, está el control previo de juridicidad que ejerce la CGR a través de la toma de razón. Con el paso del tiempo, el trámite de toma de razón se ha consolidado como un efectivo medio de exhaustiva revisión de aspectos técnicos, económicos y legales de cada decreto tarifario. Sin duda que ejemplos señeros de esta revisión se encuentran en los decretos tarifarios de servicio público telefónico.⁶⁰³

Como se expone de la nutrida jurisprudencia administrativa citada en este trabajo, puede colegirse la intensa dedicación de CGR sobre múltiples aspectos de los decretos tarifarios, implicando una corrección, enmienda o mejor motivación por parte del regulador de aspec-

⁶⁰² La recomendación de implementar este medio de participación en JADRESIC y otros. *op.cit.*, propuesta 26, pág. 153 indicando que "Se considera conveniente establecer un marco normativo general que garantice el derecho de los interesados a que sus planteamientos sean considerados en los principales procesos reguladores, tales como la fijación de tarifas, el otorgamiento de concesiones (...) y el establecimiento de normas reglamentarias. Específicamente, se deben crear los mecanismos para que los particulares puedan expresar su opinión respecto de las decisiones reguladoras en forma previa a su dictación, salvo que se trate de normativa cuya efectividad requiera su desconocimiento previo. Asimismo se deben crear metodologías que permitan procesar en forma eficiente la información recogida, de modo de asegurar que los puntos de vista de los afectados sean efectivamente tomados en cuenta y que los procesos reguladores no se prolonguen de manera desmedida. Dentro de los mecanismos de participación, deben considerarse las audiencias públicas (*public hearings*) en aquellos casos en que la presentación y discusión oral constituya una manera efectiva de conocer y contrastar los planteamientos de distintos interesados."

⁶⁰³ *v.gr.* D. N° 30127/99, D. N° 46234/01, CGR

tos del proceso o cálculos efectuados; o bien, desestimar o atender las alegaciones de las empresas.

Respecto a la toma de razón de los decretos tarifarios, hasta antes de la reforma a la Ley Orgánica de la CGR, del año 2002, se vieron sometidos a un régimen jurídico excepcional respecto a la generalidad de los actos sujetos al control de Ente Contralor. Así, el regulador podía escoger la ejecución inmediata de los precios fijados, aun antes del control de legalidad, o someterse al régimen general de control, mediante el envío a la CGR del decreto dentro del plazo de 30 días desde que se disponía la medida, con lo cual el control se producía respecto a un acto que estaba produciendo efectos.⁶⁰⁴ No obstante, en materia de telecomunicaciones la regla era de someter al control previamente a su publicación.⁶⁰⁵

Con el cambio de sistema de excepción, el artículo 10 de la Ley de CGR establece que el Contralor General puede dictar una resolución

⁶⁰⁴ La norma en comento disponía lo siguiente: “Los decretos y resoluciones que se refieren a las materias que se señalan a continuación, podrán ejecutarse aun antes de su toma de razón, debiendo ser enviados a la Contraloría dentro de los treinta días de dispuesta la medida: 1. Fijación de tarifas o de precios o modalidades de importación o venta de artículos de primera necesidad o de uso o consumo habitual, cuando se encuentren sometidos a este régimen de control”. La excepción anterior fue sustituida por la Ley 19.817, que dispuso lo siguiente: “El Contralor General, de oficio o a petición del Presidente de la República, podrá, por resolución fundada, autorizar que se cumplan antes de su toma de razón los decretos o resoluciones que dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias; o medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse si no se aplicaren inmediatamente, siempre que no afecten derechos esenciales de las personas. El decreto o resolución que se acoja a la autorización prevista en este inciso deberá expresar la circunstancia en que se funda.”

⁶⁰⁵ Para el caso del decreto de precios de nudo, se dispuso su publicación y cumplimiento previo a la toma de razón por cuanto la LGSE ordena que dichas tarifas sean publicadas a más tardar el día 30 de abril y 31 de octubre de cada año. Vid. Art. 2º, DS 77, de Minecon, D.O. 30-04-03

fundada, de oficio o a petición del Presidente de la República, para autorizar a cumplir antes de la toma de razón ciertos decretos o resoluciones, basado en dos grandes grupos de excepciones: actos para evitar o reparar catástrofes –dentro de las cuales estaría el decreto de racionamiento del artículo 99 bis LGSE- y aquellas medidas que perderían su oportunidad o estarían dispuestas a desvirtuarse si no se aplican inmediatamente. En este segundo grupo de excepciones podrían recaer los decretos tarifarios en los cuales las leyes no consideran retroactividad de tarifas. Ahora bien, aparece de la norma en comentario una contraexcepción, cual es la no afectación de derechos esenciales de las personas. Acaso una eventual limitación o afectación del derecho de propiedad o derecho al desarrollo de una actividad económica del prestador, podrían significar su rechazo.

Una vez vigente el decreto, la doctrina acepta que puedan interponerse recursos por dos vías para reclamar de su legalidad: la vía administrativa y la vía jurisdiccional.⁶⁰⁶

La vía administrativa se originaba exclusivamente en los artículos 10 y 11 LBGAE, permitiendo invalidar un decreto ilegal ejerciendo el derecho consagrado, pudiendo pretenderse la revocación del decreto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia; como la invalidación por causa de ilegalidad. En este último caso, la autoridad deberá corregir el vicio que se acredite, conforme el deber de respeto y observancia de la legalidad que deviene del Estado de Derecho.

Tras la LBPA, se permite expresamente la invalidación total o parcial de un acto administrativo, por parte de la Administración. Así, ésta, ejerciendo autotutela, y de oficio o a petición de parte, puede invalidar el acto gubernativo contrario a derecho, previa audiencia del inte-

⁶⁰⁶ SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo... Introducción y Fuentes*, pág. 183 y sgtes.

resado, dentro de los dos años contados de la publicación del acto (Art. 53 LBPA).

Además, la LBPA reconoce expresamente el desarrollo de la doctrina, respecto al caso de una reclamación interpuesta ante la Administración, no pudiendo el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquella no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada. Asimismo, si respecto de un acto administrativo se deduce una acción jurisdiccional por el interesado, la Administración debe inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión (Art. 54 LBPA).

En lo que se refiere a los recursos, la LBPA establece un plazo de 5 días para interponer el recurso de reposición, debiendo interponerse ante la misma autoridad que lo dictó, la cual debe resolverlo. Para el caso de los decretos, este recurso agota la vía administrativa, no procediendo el recurso jerárquico (Art. 59 LBPA). Mediante este recurso, la Administración efectúa un nuevo estudio del asunto concreto, pudiendo modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado la resolución que acoge el recurso.

En contra de los actos administrativos firmes puede interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la autoridad que lo hubiere dictado, cuando concurren las circunstancias que señala la LBPA. Estas son que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento; que, al dictar el acto, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieran documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento; que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de preva-

ricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado. El plazo para interponer este recurso es de un año desde que se dictó la resolución (Art. 60 LBPA).

La Administración también puede revocar de oficio un acto que ella hubiere dictado, no procediendo esta revocación en los cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente; cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto (Art. 61 LBPA). Un aspecto que debiera ser objeto de discusión es, precisamente, la legitimidad del derecho adquirido que impide la revocación.

Finalmente, la misma autoridad administrativa que dictó un acto terminal puede aclararlo, sin que tenga un lapso para ejercer esta potestad. Esta aclaración guarda similitudes con el recurso de aclaración, interpretación, rectificación o enmienda, contenido en el artículo 182 CdPC. La aclaración procede de oficio o a petición del interesado, y puede aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo (Art. 62 LBPA). Como es evidente, los decretos tarifarios contienen esencialmente cálculos numéricos, por lo que su aclaración o enmienda será procedente, en atención a que los errores de impresión, o traspaso de datos de un informe al acto terminal son usuales (error de copia), pero necesariamente han de ser manifiestos en el acto administrativo que concluye un procedimiento.

Una razón distinta a las anteriores, para rectificar un acto terminal en un procedimiento de tarificación, y ajena además al procedimiento

reglado de la legislación de agua potable y saneamiento, se contiene en el D.S. 445, de 2001, de Minecon, que rectificó el decreto tarifario para EMOS, al producirse un cambio en la tasa de tributación para las sociedades comerciales, como resultado de la Ley 19.753. El segundo considerando del acto antes mencionado es explícito en la razón de la rectificación:

en el decreto supremo (...) se omitió incluir una tabla de ajuste tarifario por variación de la tasa de tributación vigente. Dicha omisión no fue advertida durante el proceso tarifario, por lo que procede su rectificación.

Este criterio nos parece, al menos, temerario y un mal precedente, pues más allá de las razones que lo motivan y que obedecen a un cambio de supuesto, son extrañas al procedimiento establecido en la Ley, y hacen ajeno al control de legalidad de la CGR este cambio o rectificación. La Autoridad arguyó que la anulabilidad de un acto administrativo, de proceder, compete a la propia autoridad que lo dictó, ante una petición de un particular, y siendo un asunto contencioso, escapaba al ámbito de atribuciones del Ente Fiscalizador, una vez que éste ha tomado razón del decreto.⁶⁰⁷ Este razonamiento, posteriormente, fue acogido para las demás empresas sanitarias, rectificándose todos los decretos que no tenían ya incluida la tabla de ajuste por impuesto.⁶⁰⁸ A primeras, es criticable que sea efectivamente un asunto con contienda entre partes, y que se baste con la sola calificación por parte de la autoridad para evitar el examen de legalidad de la CGR. Además, si bien la rectificación aludida fue efectuada con antelación a la dictación de la LBPA, que contempla normas sobre la rectificación, ella no se ajustó al símil existente a esa fecha, de la rectificación

⁶⁰⁷ D. N° 4922/94, CGR; D. N° 16820/93, CGR; D. N° 30885/95, CGR; D. N° 16013/69, CGR D. N° 8099/73, CGR

⁶⁰⁸ Agradezco en este punto la información aportada por Tania Hernández Jara, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, julio 2002.

contenida en las leyes procesales. Pero resulta más contradictorio el propio considerando 2º, pues de lo no observado durante el procedimiento tarifario, no puede aparecer en el decreto como rectificación, toda vez que si no se advirtió era por cuanto no estaba contenido en las bases.

Respecto a la vía administrativa, el recurso de reposición ejercido por la empresa Telefónica CTC respecto al D.S. 187, ante el Presidente de la República, se expuso por la autoridad administrativa, que las razones para declararlo improcedente, eran las siguientes:

*En atención a la naturaleza del asunto, al procedimiento reglado en que incide, a la seguridad jurídica, a la identidad de su alegato con el hecho valer ante la Contraloría General de la República en su momento, comunico a Ud. que el recurso interpuesto es improcedente.*⁶⁰⁹

La anterior calificación de improcedencia resulta al menos cuestionable, por cuanto los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y Transportes y Telecomunicaciones, en 2001, ante una solicitud similar, y de la misma empresa, rechazada el 29 de enero de 2002, sí solicitaron un pronunciamiento previo a Contraloría en torno a la procedencia. Aún más, la propia LBGAE expresamente dispone que “se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo” (Art. 10 LBGAE). De este modo, la procedencia no se discutía, porque siempre puede recurrirse.

Posteriormente, la petición de rectificación de la misma empresa, solicitada ante dos Secretarías de Estado, motivó una consulta a la CGR, la cual, sin perjuicio de revisar nuevamente las alegaciones formuladas por el concesionario, recordó el deber de invalidar el acto administrati-

⁶⁰⁹ Ordinario (DJ), 1997, 10 de agosto de 2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

vo por parte de la Administración, conforme el principio de juridicidad, prescribiendo sí, la necesaria comprobación fehaciente de los vicios de legalidad, o fundarse en presupuestos erróneos, los cuales afecten esencialmente el contenido del decreto tarifario. Además, agregó que

*en la especie, atendida la naturaleza de la medida que dispuso el decreto que fijó las tarifas por un periodo de cinco años, dentro de un procedimiento que, como se ha visto, se encuentra regulado pormenorizadamente en la normativa legal, los vicios o irregularidades de que eventualmente pudiere adolecer, deben ser de una trascendencia o relevancia tales que hagan procedente la invalidación y correspondiente rectificación del decreto, los que, además, deben ser acreditados de modo que no aparezca ninguna duda acerca de su existencia. Lo anterior supone un estudio cabal por parte de la Administración de los antecedentes de hecho y de derecho que concurran.*⁶¹⁰

Como hemos expuesto, la invalidación exige la audiencia previa del interesado, y la LBPA contempla como interesados en el procedimiento administrativo a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. Ciertamente, la revocación o invalidación de un decreto que fije precios máximos no sólo afecta a las empresas reguladas, sino que también a los particulares, a los usuarios, que, como deviene de la LBPA, ahora son interesados en el procedimiento, pudiendo ver resguardados sus intereses y derecho de mejor forma.

La vía jurisdiccional puede concretarse principalmente mediante el recurso de protección establecido en el artículo 20 CPR, para evitar

⁶¹⁰ D. N° 46234/01, CGR

la privación, perturbación o amenaza que el acto administrativo de la autoridad ilegal o arbitrario -el decreto tarifario- causa al afectado en uno de sus derechos garantizados en el texto constitucional.⁶¹¹ De esta manera, los Tribunales de Justicia pueden controlar la legalidad de los actos de la autoridad.⁶¹² Junto a la acción cautelar aludida, otros remedios jurisdiccionales son el recurso de amparo económico la acción de nulidad de derecho público y la acción de indemnización de perjuicios contra el Fisco.

No obstante anteriores resoluciones judiciales que lo admitían, la Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciándose respecto a un recurso de protección en contra de un decreto tarifario, señaló que era inadmisibile en cuenta, pues

*los hechos descritos [en el recurso] sobrepasan los márgenes del procedimiento del recurso de protección. En efecto, el decreto 187 [que fija tarifas para CTC], que por esta vía se impugna, es el resultado de un largo, exhaustivo y complejo proceso técnico reglado por la [LGT], proceso en que según se desprende del tenor del recurso, la recurrente [CTC] pudo hacer valer sus derechos [...] a mayor abundamiento, esta Corte estima que los hechos que se plantean dicen relación con un asunto de lato conocimiento, lo que se ve confirmado por la naturaleza de las peticiones que a través de esta acción se formulan; razón por la cual no se puede estimar que sean de aquellos que, al tenor del artículo 20 [CPR], pueden dar lugar a un recurso de protección.*⁶¹³

⁶¹¹ Principalmente los numerales 2º, 21º, 22º y 24º, del Art. 19 CPR

⁶¹² En materia de plazos para interponer recursos de protección respecto a tarifas, *cfr.* jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en Apelación de Protección, Cons. 16º; en oposición, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en los considerandos 9º y 16º, del recurso antes mencionado; en *Empresa Eléctrica Puente Alto... con Comisión Nacional de Energía*, en RCD, Vol. 25, N° 1, págs. 223 y 238, respectivamente.

⁶¹³ Recurso de Protección Rol 3912-1999, redacción del ministro Sra. Raquel Camposano. Vistos 2 y 3. La inadmisibilidad fue recurrida de queja a la E. Corte Suprema, tribunal que con fecha 28 de septiembre de 1999 resolvió su inadmisibilidad. Rol 3180-99. En el mismo sentido, sentencia que declara inadmisibilidad del recurso de protección deducido por en contra del Presidente de la República y otros, por la empresa VTR Telefónica SA., por la dictación del DS 187/99, Rol 4001-1999, de la I. Corte de Apelaciones de Santiago. En similares términos, la CGR señaló, posteriormente, que

La opinión de la improcedencia de la acción constitucional de protección, respecto a estas materias de lato conocimiento, como son las tarifarias que inciden en su mayor o menor utilidad financiera, para Quinzio y Zúñiga se basa en el artículo 94 LGSE (o bien el Art. 35, LSG), que establece un procedimiento específico, un juicio ordinario-juicio de hacienda, ante tribunales ordinarios competentes según reglas generales, que conforma el *principio de impugnabilidad* si la decisión del regulador se aparta del cariz técnico requerido.⁶¹⁴ Ahora bien, dicha norma permite el reclamo ante la justicia sólo una vez desde que están fijadas las tarifas, por decreto se entiende, y no antes, como es la etapa de cálculo.

Sobre este medio de amparo de los derechos y su eficacia en asuntos tan complejos como lo es el tarifario, existen opiniones diversas en la doctrina nacional, como la de Enrique Barros, que califican de ilusión el que los jueces puedan dilucidar el mérito de los antecedentes que motivan una regulación tarifaria, en casos de perseguir el control material de la arbitrariedad, efectuándose un control jurídico más bien del tipo formal, que en lo sustantivo se limita a los casos en que la autoridad ha abusado de sus potestades, obrando con desviación de

“Enseguida, es dable considerar que dicho estudio especial presentado por cada empresa concesionaria, al vencimiento del respectivo periodo de cinco años, se concreta dentro de un proceso específico y reglado desarrollado para cada caso particular, que se lleva a cabo con la participación tanto de la concesionaria como de la autoridad administrativa reguladora, oportunidad en la cual se consultan los plazos en que las partes interesadas hacen valer sus pretensiones y alegaciones.”, D. N° 46234/01, CGR

⁶¹⁴ QUINZIO y ZÚÑIGA, *op.cit.*

poder;⁶¹⁵ o bien, derechamente, que el recurso de protección no constituye el medio idóneo para invocar el quebrantamiento de la juridicidad ni es el instrumento apropiado para que empresas y usuarios paguen lo justo por los servicios que prestan y demandan.⁶¹⁶

Sostenemos lo contrario. Sin que podamos establecer una jurisprudencia firme de nuestros tribunales, se descubre una excepción evidente, como es la de los fallos de las tarifas eléctricas para el cuatrienio 1996-2000, en particular el singular escrutinio efectuado por la Corte de Apelaciones,⁶¹⁷ como también el conocimiento de los Tribunales de acciones de reparación de perjuicios contra el Fisco por fijaciones de tarifas supuestamente erróneas. En nuestra jurisprudencia, los Tribunales conocen, crecientemente, de los *casos complejos*, y así ha ocurrido en materia tarifaria, que presenta complejidades propias de la técnica, la economía, los conocimientos de cada industria, la tecnología, entre otros. Se ha conocido con motivo de los juicios de reparación de perjuicios en materia tarifaria (donde es lícita, pero se apunta a la indemnización causada a un prestador particular), pero también con ocasión de los recursos de protección de 1996, donde no sólo se revisó el procedimiento (v.gr., modificación de las bases, “clientes libres”, hurtos, etc.), sino también se efectuó un escrutinio y, en definitiva, se llegó al caso de determinación, tanto para los usuarios como para los prestadores, por la Corte de Apelaciones de Santiago de ciertas decisiones numéricas “técnica y económicamente correctos” Esto fue lo que ocurrió en materia de las *horas de uso*. En el fallo de primer grado – posteriormente revocado por la Corte Supre-

⁶¹⁵ BARROS BOURIE, Enrique. “Lo Público y lo Privado en el Derecho”, en *Revista de Estudios Públicos*, Vol. 81, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2001, pág. 13

⁶¹⁶ EVANS ESPÍÑEIRA, Eugenio. “Revisión de Actos Administrativos”, en *Diario El Mercurio*, Santiago, 17 de diciembre de 2001, pág. A 2

⁶¹⁷ *Empresa Eléctrica Puente Alto y otros con Comisión Nacional de Energía*. Apelación de Protección, en *RCD*, Vol. 25, 1, pág. 219

ma- la Corte santiaguina estimó ciertos resultados numéricos que eran parte del cálculo de tarifas, más *apropiados*. Así, el tribunal *a quo* elige entre tres alternativas: una de la empresa recurrente, otra de la autoridad sectorial y una tercera, la propuesta por un consultor a la autoridad, que es la que el Tribunal considera correcta:

*Que la normativa señalada no se cumple fijando 420 horas de uso mensual, como hace la recurrida, ya que existen diversos antecedentes que contrarían esa decisión. Desde luego en 1992 se fijaron en 380 las horas de uso; la recurrente ha proporcionado completos estudios que avalan la mantención de esa cantidad; el consultor contratado la [CNE] determinó, revisando esos estudios, 395 horas de uso, y finalmente, el criterio de la recurrida aparece obtenido, como cálculo matemático, de datos contables generales, mientras que la determinación de costos debe basarse en datos empíricos comprobables. Por lo que resulta arbitraria la fijación de 420 horas de uso mensuales, mientras que aparece más cercana a lo racional y prudente la estimación de 395 horas de uso propuesta por el consultor de la recurrida*⁶¹⁸

La sentencia posterior de la Corte Suprema confirma el rechazo a la posibilidad de que fueran los Tribunales quienes *fijen el precio*, en reemplazo de la autoridad, pero no obstó para que se permitiera entrar al control y examen de la legalidad y razonabilidad del acto administrativo tarifario, pese a su aspectos complejos y técnicos,⁶¹⁹ lo que desestima la tesis de la simple revisión formal de la decisión regulatoria. De este modo, se dispuso en la sentencia revocatoria

10º Que estos antecedentes e informaciones técnicas y oficiales, valoradas por esta Corte en conciencia, demuestran que la variación del "área típica"

⁶¹⁸ Empresa Eléctrica Puente Alto, Compañía Eléctrica Río Maipo y Chilectra S.A. con Comisión Nacional de Energía, recurso de protección, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3542-96, acum. 3660-96, acum. 3670-96, Cons. 24º

⁶¹⁹ Sobre este particular, *vid.* MENDOZA, *op.cit.*, pág. 720

aplicable a la recurrente Empresa Puente Alto Ltda. ha sido legítima y exenta de arbitrariedad.

Y más adelante:

12° Que si bien la determinación de la autoridad no satisfizo las pretensiones de las recurrentes relativas [a los efectos del hurto de energía eléctrica sobre los costos de distribución], aleja toda crítica de inflexibilidad de la autoridad encargada de regular, controlar y determinar las fórmulas tarifarias de distribución eléctrica y, por lo mismo, en concepto de esta Corte, carece de la arbitrariedad que se le atribuye, por cuanto las razones expresadas por la Comisión Nacional de Energía demuestran un proceder reflexivo en relación al nivel de desarrollo del país y a la necesaria preocupación que deben tener las empresas por evitar pérdidas de energía derivadas del ilícito mencionado, teniendo presente, asimismo, la dificultad técnica de cuantificar las mismas.⁶²⁰

Más recientemente, al conocer el Máximo Tribunal de un recurso de amparo económico interpuesto por una empresa de generación eléctrica, contra dos RE del Ministro de Economía, por una divergencia que éste había resuelto, pues la empresa estimaba que las resoluciones infringían el artículo 19 N° 21 CPR, al contravenir el régimen tarifario de la actividad, estableciendo un precio de transacción distinto al que señala la LGSE; debiendo aplicarse, a su juicio, otro costo:

Que, (...) las situaciones producidas no impiden a [Guacolda] el ejercicio de su actividad y ellas sólo se refieren (...) a los costos marginales que deben aplicarse en la valorización de las transferencias de energía en determinado periodo. Esto es, se trata de medidas (...) que dicen relación con los costos que han de aplicarse en el valor de las transferencias de energía en

⁶²⁰ Empresa Eléctrica Puente Alto, Compañía Eléctrica Río Maipo y Chilectra S.A. con Comisión Nacional de Energía, apelación de protección, Corte Suprema, rol 804-1997, Cons. 10° y 12°, de 28-04-1997.

determinado periodo; lo último, referido a la fijación de tarifas. Ninguna de dichas medidas pone freno o impide el desarrollo de la actividad económica, aún cuando en un caso tenga incidencia en los ingresos que pueda obtener de la transferencia de energía. Respecto de esto último, cabe manifestar que dichos ingresos podrán alterarse en términos de resultar más o menos lucrativa la respectiva actividad económica de la recurrente, pero el derecho mismo (...) no se ve afectado

Y prosigue el Máximo Tribunal razonando:

Que el tribunal (...) está impedido de efectuar una revisión que tiende a establecer si la autoridad recurrida actuó bien o mal, o si aplicó correcta o erradamente la normativa [eléctrica] que regula el quehacer económico de la empresa recurrente⁶²¹

Del fallo citado parece que la Corte Suprema adopta una decisión formal, escudándose en lo técnico para no conocer del asunto. No lo creemos así, pues la petición de la recurrente, en un procedimiento cautelar, pedía derechamente cambiar el precio determinado por la autoridad, esto es, *fijar la tarifa*, y no revisar el procedimiento de su cálculo y fijación. Pretendía que fuera el Poder Jurisdiccional el que tomara una decisión de precios de la energía, sustituyendo a la Administración en el ejercicio de sus potestades.

Expuesto lo anterior, para el caso que haya que revisar las tarifas de un prestador regulado, es necesario conocer cuál es el máximo nivel de intervención que los tribunales pueden tener para el caso de revisión y fijación de tarifas.

⁶²¹ *Empresa Eléctrica Guacolda S.A. con Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, Apelación de Amparo Económico, rol Ingreso 3707-01, Cons. 8º y 9º. En idéntico sentido, Rauch Castellón Agustín con Blanlot Soza Vivianne, Amparo Económico, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 294-2003, Cons. 10º; confirmada por la Corte Suprema, rol 1546-2003*

En primer lugar, debe considerarse la facultad administrativa de los entes reguladores, en la fijación de tarifas. Son ellos con quien las empresas llevan a cabo los procesos de tarificación, según lo establecido en leyes y reglamentos. Las competencias no deben confundirse entre la administración y el poder judicial, evitando conflictos y siendo indispensable respetar la división de poderes, mas reconociendo el sistema de controles y contrapesos existentes dentro del Estado.⁶²² La competencia de la jurisdicción no puede reemplazar la competencia del regulador en la tarificación, en particular respecto a la fijación de precios, ya que existe un proceso minuciosamente ordenado por la ley para cumplir este fin, que malamente puede ser sustituido por una decisión judicial que indique precios máximos para una empresa.⁶²³

Como el D.S. es el medio por el cual las tarifas reguladas se fijan y ponen en conocimiento del público, debemos atender la naturaleza de dicha norma para determinar el alcance de la revisión. El decreto es un acto administrativo dictado por la autoridad en negocios de su competencia, y cuando la dicta el Presidente de la República, es un D.S.. Los decretos son actos jurídicos, porque en virtud de ellos las autoridades que están facultadas para dictarlos manifiestan su voluntad en orden a producir un efecto jurídico determinado.⁶²⁴

Adoptándose una decisión respecto a tarifas que resulta de datos que se omitieron o falsearon; elementos esenciales para una adecuada fijación tarifaria, la Autoridad puede lícitamente invalidar dicho acto cuando ella se percate, dictando uno nuevo, no pudiéndose alegar pretendidos derechos adquiridos por quien actuó de mala fe. Si atendemos al artículo 17 K D.L. N° 211, su texto establece dentro de

⁶²² DROMI, *op.cit.*, pág. 320 y sgtes.

⁶²³ En este sentido, también POSNER, Richard A. *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1976, pág. 44

⁶²⁴ SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo... Introducción y Fuentes*, pág. 178

las medidas que puede adoptar el TDLC están el "modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley", sin perjuicio de la eventual nulidad de derecho público del acto viciado. En este sentido, el alcance de la mala fe es total respecto al acto tarifario, aplicando el principio *fraus omnia corrumpit*, impidiendo que el beneficiario se aproveche de su propio dolo en el nacimiento del acto tarifario.⁶²⁵ De manera tal que la anulación es respecto a todo el decreto tarifario. Junto a la nulidad del decreto, o dejarlo sin efecto, surgen diversas preguntas que requieren solución de los tribunales. ¿Puede fijarse nuevos precios máximos por la autoridad judicial? Si no puede fijar nuevas tarifas, ¿qué precios se aplicarán a los servicios que se regían por el decreto tarifario? Anulándose un decreto tarifario, ¿rigen precios libres o pervive el decreto de tarifas anterior?

La posibilidad de modificar los precios fijados en el decreto por los tribunales contrasta con el procedimiento ordenado dispuesto para la tarificación que realiza la autoridad, con lo que el eventual precio fijado por los tribunales siempre sería menos riguroso en su determinación en oposición al fijado por la administración.

Debemos distinguir cual es el alcance de la revisión judicial de un proceso tarifario. Para Roberto Dromi, y con ocasión de determinar la profundidad de la revisión judicial de la discrecionalidad, afirma que la competencia judicial revisora del acto administrativo que fija tarifas alcanza sólo a la anulación; revisando pero no sustituyendo el acto, controlándolo o comprobando lo actuado con el marco jurídico que rige el sector regulado, toda vez que la facultad para fijar precios corresponde a la autoridad competente, la cual, además, es la que

⁶²⁵ SOTO KLOSS, *op.cit.*, pág. 206 y sgtes.

otorga concesiones, pues es una competencia que surge de la facultad de organizar el servicio.⁶²⁶

En caso alguno puede el tribunal convertirse en otra instancia administrativa. En un sentido similar, Marienhoff estima exacto que los jueces no puedan modificar las tarifas, pero sí pueden "revisarlas" o "dejarlas sin efecto". Esta anulación procede al impugnarse la razonabilidad, al cobrarse un monto exagerado con relación al servicio pertinente, como podría ser un subsidio cruzado. Si se comprueba el vicio atribuido a las tarifas, el tribunal que intervenga debe dejar sin efecto la tarifa cuestionada. Pese a la potestad de anulación de la norma tarifaria, Miguel Marienhoff rechaza que pueda sustituir al órgano administrativo, y fije la tarifa adecuada, por ser una atribución exclusiva de la Administración.⁶²⁷ Similar doctrina es la del derecho anglosajón, pues, para el Juez Stephen Breyer, la revisión de un proceso de tarificación obedecería principalmente a razones de procedimiento, siendo el tribunal incapaz de fijar un precio, suplantando al ente regulador. Ante un procedimiento nulo, debiera iniciarse una nueva tarificación de los servicios afectos por el vicio, reembolsándose la diferencia entre nuevas y antiguas tarifas al prestador o usuarios, según sea el caso.⁶²⁸ Con Villar Rojas, creemos que la plenitud del control judicial presenta una tendencia a reconocer la validez de los cálculos de la Administración,⁶²⁹ pero no dudamos en afirmar que el control por este medio será creciente en el futuro.

En cuanto a la toma de razón, se ejerce con profundidad en las materias objeto del decreto tarifario desde hace años.

⁶²⁶ DROMI, *op.cit.*, y DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, pág. 519

⁶²⁷ MARIENHOFF, *op.cit.*, pág. 155 y sgtes.

⁶²⁸ Conversación con Stephen BREYER, Santiago, Octubre de 1999

⁶²⁹ VILLAR ROJAS, *op.cit.*, pág. 200

Y el control judicial sobre los elementos de las tarifas, si bien puede no ser pleno, es a todas luces incuestionable, y negarlo implica infringir un serio revés al Estado de Derecho.

5. LA FISCALIZACIÓN PARLAMENTARIA DE LOS PROCEDIMIENTOS TARIFARIOS

En virtud del artículo 48 N° 1 CPR, la Cámara de Diputados ejerce su atribución exclusiva de fiscalizar los *actos de gobierno*. En tal actividad de control, se han creado sendas comisiones investigadoras destinadas a fiscalizar el accionar de los entes reguladores del sector eléctrico y sanitario, con ocasión de los procesos tarifarios de distribución, para el período 2000-2004 en electricidad, y en materia de agua potable y alcantarillado, para las diversas empresas concesionarias.⁶³⁰

Las comisiones investigadoras son un organismo colegiado creado por acuerdo de la Cámara de Diputados en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, y con la competencia que le fije dicha Corporación.⁶³¹ En cumplimiento de sus atribuciones, estas comisiones pueden solicitar informes escritos a la autoridades que correspondan, la comparecencia de aquellos funcionarios que ilustren sus debates, hacerse asesorar por especialistas en la materia respectiva y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen conveniente.⁶³²

⁶³⁰ Véase, por ejemplo, el *Informe de la Investigación encomendada a la Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados sobre el Proceso de Fijación de Tarifas Eléctricas Desarrollado Durante los Años 2000 y 2001*, en Legislatura Extraordinaria 345 - 2001, Sesión 22ª, del 8 de Enero de 2002; el *Informe de la Comisión especial destinada a indagar sobre los orígenes y causas del aumento de las tarifas de agua potable y alcantarillado a lo largo del país*; en Legislatura 347, Sesión 39, del martes 10 de Septiembre de 2002.

⁶³¹ Arts. 1 y 4 Reglamento de la Cámara de Diputados. El procedimiento de las Comisiones Investigadoras se encuentra en los artículos 297 y sgtes. del Reglamento de la Cámara de Diputados.

⁶³² Art. 22 Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional

Ahora bien, resulta innegable que la tarea fiscalizadora se emprende motivada por alzas inesperadas, o bien, descensos insuficientes en las tarifas, por las cuales los diputados responden a su rol político, preocupados por sus electores-consumidores. Y como tal, requieren explicaciones necesarias y muy justificadas por los decretos del Gobierno, dadas su gran trascendencia social.

Este tan necesario *control político* de las tarifas, efectuado por la Cámara de Diputados, se matiza con elementos técnicos, aportados para el debate y decisión de los parlamentarios. En este debate los entes reguladores deben aportar, ante el requerimiento de los diputados integrantes de la Comisión Investigadora, cuantos datos sean necesarios, en pos de explicar y justificar razonablemente la decisión de la autoridad.⁶³³

No debe desmerecerse la labor fiscalizadora de la discrecionalidad política que puede subyacer en los decretos tarifarios, pues en ellos hay, ciertamente, elementos que escapan al control de la jurisdicción. Más aún cuando este mecanismo de control resulta en un medio de equilibrio y contrapeso entre los diferentes poderes, rasgo esencial del Estado democrático.⁶³⁴ Ahora bien, como decisión eminentemente política que es, lo que se concluya y recomiende por la Comisión Investigadora, como decisión final, puede verse teñida por elementos de una índole distinta a la mera técnica, que hagan perder credibilidad y seriedad a su Informe, Conclusiones y Recomendaciones,⁶³⁵

⁶³³ Arts. 9 y 10 Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional

⁶³⁴ CIRIANO VELA, César David. *Administración Económica y Discrecionalidad (Un Análisis Normativo y Jurisprudencial)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 417 y sgtes.

⁶³⁵ El artículo 301 Reglamento de la Cámara de Diputados señala el contenido del informe de una Comisión Investigadora, cuales son la competencia de la Comisión, al tenor de los acuerdos de la Cámara que ordenaron su creación; una relación del trabajo desarrollado en el cumplimiento de su cometido; lo sustancial de los documentos recibidos y de lo expuesto por las personas escuchadas; las consideraciones que sirvan de base a las conclusiones o a las proposiciones rechazadas por la Comisión; las consideraciones que sirvan de base a las conclusiones o a las proposiciones aprobadas por la Comisión; y los fundamentos que justifiquen o no el envío del informe o de los antecedentes recopilados a los Tribunales de Justicia,

como pueden ser un "ajuste de cuentas" entre Oposición y Gobierno, consultores disconformes con el regulador, empresas afectadas por la fijación, ex funcionarios del ente regulador, etc.

D. LOS PROCEDIMIENTOS DE TARIFACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Nuestro derecho ha regulado los procesos de tarificación de empresas de utilidad pública de tres sectores: agua potable y alcantarillado, telecomunicaciones y energético, comprendiendo éste la electricidad y el gas distribuido por redes.

Diversas normas dictadas en los últimos veinte años renovaron el panorama de la regulación de empresas de utilidad pública, desde su privatización hasta una creciente regulación a favor de la liberalización de mercados y protección de los usuarios. El proceso de dictación y modificación de las leyes y reglamentos no ha sido uniforme, quedando algunas áreas en desequilibrio respecto a las mismas de otros sectores regulados. Aún así, se observa una creciente tendencia a la uniformidad de procedimientos, con principios, sanciones y multas comunes.

El progreso de nuestra civilización ha traído que la cobertura de los servicios sea cada año mayor, con más oferentes cuando la competencia es posible, precios más bajos y más y mejores servicios.⁶³⁶

a la Contraloría General de la República y al Consejo de Defensa del Estado, en su caso.

⁶³⁶ Un buen estudio sobre el estado de la situación de los indicadores en el mercado sanitario, eléctrico y de telecomunicaciones en AHUMADA THEODULOZ, Gabriela. *Indicadores de Regulación Servicios de Utilidad Pública*, División de Desarrollo de Mercados, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Santiago, 1998

Los procedimientos de tarificación del sector telecomunicaciones, sanitario y energético (electricidad y gas de redes) serán estudiados de manera breve, pues el detalle de cada uno de ellos está en las leyes y reglamentos que rigen cada sector. Las leyes no sólo de remiten a fijar procedimientos, sino que la labor más extensa es indicar los diversos elementos que deben considerarse al momento de fijar precios, términos que por su naturaleza técnico-económica quedan fuera del ámbito de este trabajo.

I. TELECOMUNICACIONES

1. LEGISLACIÓN APLICABLE

La legislación que rige el mercado de las telecomunicaciones, y en especial sus tarifas, es la Ley 18.168, de 1982, LGT. Además, existe el Reglamento del Servicio Público Telefónico y el Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones.

2. ORGANISMOS COMPETENTES

La competencia respecto a la participación en el procedimiento de fijación de tarifas, junto con la de regular el mercado de las telecomunicaciones y aplicar la LGT en general es de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, Subtel, dependiente del MTT.

El proceso de tarificación, respecto a los servicios que señala el artículo 29 LGT, comienza con la calificación del mercado que realiza el TDLC.

Respecto al decreto tarifario, éste requiere de la oficialización conjunta por parte de los ministerios MTT y Minecon.

3. PRECIOS REGULADOS

Los precios de servicios regulados en materia de telecomunicaciones pueden serlo por el sólo ministerio de la ley o por una resolución del TDLC que ordena su tarificación.

Pese a perseguirse por la tarificación a costo marginal el transferir los beneficios de ganancias de eficiencia a los consumidores, respecto a los precios regulados (como la telefonía local), su disminución ha sido menor si se compara con la que se ha dado respecto a servicios desregulados, principalmente por la falta de acceso a la información por el organismo regulador y la influencia de las empresas reguladas en la sociedad.⁶³⁷

3.1. Tarifas reguladas por el sólo ministerio de la ley

Según la LGT son aquellas de servicios por:

a) La información relevante relativa a los suscriptores y usuarios y a los tráficos cursados entregada por el concesionario de servicio público telefónico a los prestadores de larga distancia. La especificación de esta información, de los medios para suministrarla y de las tarifas aplicables por este concepto, son aprobados o fijados por los Ministerios MTT y Minecon (Art. 24 bis LGT);⁶³⁸

⁶³⁷ MELO y SERRA, *op.cit.*, pág. 218

⁶³⁸ El Art. 51 Reglamento Para el Sistema de Multiportador Discado y Contratado del Servicio Telefónico de Larga Distancia Nacional e Internacional dispone que "(l)as tarifas máximas que podrá aplicar la compañía telefónica a los portadores por concepto de interconexiones, suministro de la información especificada en el Título 2 del Capítulo VIII, funciones de medición, tasación, facturación y cobranza, serán fijadas por los Ministerios [MTT y Minecon] de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 al 30J de la Ley. En el caso de las tarifas de otros servicios y facilidades, provistos a los portadores por las compañías telefónicas o los portadores afectos a

b) Las funciones de medición, tasación, facturación y cobranza⁶³⁹ de los servicios de larga distancia, que realicen las empresas prestadoras de dichos servicios, sin perjuicio de que éstas puedan realizarlas contratando el todo o parte de tales funciones con el concesionario de servicio público telefónico, quien está obligado a prestar dicho servicio si se requiere, según tarifas fijadas de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 a 30 J LGT (Art. 24 bis LGT);⁶⁴⁰

c) Las tarifas que podrá cobrar el concesionario de servicio público telefónico a los concesionarios de servicios intermedios para recuperar los costos en que aquel incurra para realizar las modifica-

fijación tarifaria, se aplicará lo dispuesto en los artículos 25° y 29° de la Ley [General de Telecomunicaciones]". *Cfr.* D. N° 25374/94, CGR

⁶³⁹ Conforme el Art. 3° del Reglamento Para el Sistema de Multiportador Discado y Contratado del Servicio Telefónico de Larga Distancia Nacional e Internacional, se define la medición como la "función que comprende el registro, distribución y almacenamiento de información respecto de las características de las llamadas telefónicas de larga distancia, con el propósito, entre otros, de suministrar información requerida para la tasación"; la tasación como la "función que comprende la identificación, selección y valoración monetaria de las llamadas de larga distancia y de la información obtenida en el proceso de medición"; la facturación como la "función que comprende la emisión de boletas o facturas"; y se reseña la cobranza señalando que "la regla general es que esta función sea realizada directamente por los portadores, en cuyo caso comprende todas las actividades necesarias para efectuar la recaudación del dinero por los servicios prestados. Esta función, cuando es suministrada por la compañía telefónica, comienza con el despacho de la cuenta única a los medios de distribución de correspondencia, continúa con la recaudación del dinero por los servicios prestados y termina con la recepción conforme por los portadores de los dineros recaudados. Se excluye, en este caso, la cobranza de deudas morosas". *Cfr.* D. N° 25374/94, CGR

⁶⁴⁰ R. N° 389, decisión 1ª, letras d) y h), que especifica estos servicios apartados de la libertad de precios en telefonía de larga distancia. "d) La medición, tasación, facturación y cobranza de los servicios de larga distancia serán efectuadas por la empresa local, de acuerdo con tarifas no discriminatorias aprobadas por la autoridad del sector, sin perjuicio de que todas o algunas de las funciones mencionadas puedan ser efectuadas directamente por el portador" y "h) El cargo de acceso a la empresa local correspondiente, que no será discriminatorio, deberá ser aprobado por la autoridad y soportado por cada empresa de larga distancia. Dicho cargo deberá reflejar el costo directo de este servicio, de modo que esté desprovisto de toda forma de subsidio de la larga distancia a las telecomunicaciones locales." Véase también el Art. 24 bis LGT, incisos 2° y 5°.

ciones que sean necesarias para conectar a los concesionarios de servicios intermedios de larga distancia que lo soliciten. Las tarifas, condiciones y los plazos en que deban efectuarse las modificaciones, deben ser aprobadas o fijadas por los Ministerios ya señalados (Art. 24 bis LGT); y

d) Servicios prestados a través de interconexiones entre concesionarios (Art. 25 LGT)

Las interconexiones que tienen los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y portadores de larga distancia para que los suscriptores y usuarios de servicios públicos de un mismo tipo se comuniquen entre sí, están sujetas al sistema general de tarifas de la LGT (Art. 30 a 30 J), establecido en el Título V de la Ley.

Las relaciones entre las redes de los diversos servicios de telefonía local, con diversas áreas de concesión o con concesiones superpuestas o paralelas; y entre concesionarios y portadores; exige una adecuada regulación en materia de interconexiones y de tarifas que se cobren entre sí. Con esta regulación se persigue que todos los usuarios, sin discriminación, puedan comunicarse entre sí en condiciones de calidad similares, sin diferencias entre las diversas empresas. Con estas normas, se ejerce el principio de libertad e igualdad de acceso a las telecomunicaciones, que se establece en el artículo 2 LGT.

Pese a que se considera ineficiente la existencia de múltiples concesionarios, la pervivencia de las empresas CMET y Telefónica Manquehue hasta hoy, operando en una zona donde existe un operador dominante (CTC), prueba que esta competencia es factible en un mercado con demanda insatisfecha y con alta densidad habitacional, siempre que esté respaldada por normas de interconexión eficientes.⁶⁴¹

⁶⁴¹ AGURTO, *op.cit.*, pág. 232

Para el caso del servicio telefónico móvil, tras casi diez años sin tarifas de interconexión fijadas, fueron determinados los valores máximos para la interconexión a empresas de telefonía móvil en 1999.⁶⁴² Una de las objeciones a estas tarifas, relativa a la uniformidad de ellas para diversos concesionarios de telefonía móvil, con distintas tecnologías (celular y personal), es resuelta atendiendo el carácter de tarifas para una empresa modelo eficiente.⁶⁴³ Pese a estar sujetos por ley a un régimen de libertad de precios se fija el valor de la interconexión no por motivos de competencia, sino por la externalidad de la interconexión (Art. 25 y 29 LGT). Aún así, la jurisprudencia considera que la competencia en dicho mercado es suficiente:

Los competidores directos del servicio de telefonía móvil que presta Cidcom Celular son las mismas empresas de telefonía móvil celular que operan en las zonas de concesión, sin perjuicio de las compañías de teléfonos de red fija que ya existían cuando se dictó la Ley 18.168, razón por la cual el legislador consideró que se debía excluir la telefonía móvil de aquellas cuyos precios podían ser regulados⁶⁴⁴

La competencia es tal que incluso hay buenos sustitutos de la telefonía fija por la telefonía móvil:

Considerando los componentes de las tarifas de CTC Celular, la existencia de sustitutos a las llamadas en este rubro, ya sea entre las diversas empresas que ofrecen en venta y arriendo de telefonía móvil, así como la telefonía fija, y existiendo además una libertad tarifaria y contractual en el uso de la telefonía móvil⁶⁴⁵

⁶⁴² DS 610 a DS 614, MTT, de 1998, D.O. 21-01-99

⁶⁴³ Las objeciones a los decretos tarifarios de interconexión de la telefonía móvil, en D. N° 1322/99, CGR

⁶⁴⁴ D. N° 854, p. 3°, f, CPC

⁶⁴⁵ D. N° 815, CPC

Pese a la exclusión que realiza la LGT, el Reglamento del Servicio Público Telefónico, dentro de la cuenta única telefónica se ha dispuesto el llamado "calling party pays" (el que llama paga). Este sistema permite que las llamadas que se realizan a un teléfono móvil se carguen en la cuenta de quien hace la llamada, y no en el suscriptor móvil, como ocurrió desde el inicio de la telefonía móvil en nuestro país. El artículo 51 del Reglamento establece que:

Cuando el suscriptor local efectúa una comunicación hacia un equipo telefónico móvil, el cargo del uso del servicio telefónico local se incluirá dentro de los conceptos de la letra a) [cargos correspondientes al contrato de suministro de telefonía local] y el cargo de acceso que aplica la compañía telefónica móvil correspondiente por el uso de su red, a la compañía telefónica local, se incluirá dentro de los conceptos de la letra c) [comunicaciones hacia teléfonos móviles, sólo si el suscriptor ha pedido la habilitación de acceso] cuando procediere según el régimen legal de las tarifas

Esta disposición, junto a las normas de interconexión entre empresas de telefonía móvil, obliga a la tarificación de los cargos de acceso en atención a una empresa modelo móvil única. De esta manera, tarifas aparentemente libres, resultan sustancialmente fijadas por la autoridad.

3.2. Tarifas reguladas previa declaración del TDLC

A pesar del principio de libertad tarifaria que existe en materia de telecomunicaciones, la ley exige que estos precios sean objeto de regulación cuando "las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria".⁶⁴⁶

En caso de que el TDLC encuentre que se dan los supuestos, debe procederse a fijar precios según las bases y procedimientos de la LGT.

Precisando, son tres los precios de servicios que son susceptibles de regularse previa calificación expresa del TDLC:

⁶⁴⁶ Art. 29, inc. 2º LGT

1. Servicios públicos de telefonía local;
2. Servicio público de telefonía de larga distancia nacional e internacional; y
3. Servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados.

Dentro de cada servicio, la resolución en comento establece cuales son aquellos servicios imprescindibles para el uso del mismo, en oposición a aquellos "complementarios" o "suplementarios". Estos servicios imprescindibles son aquellos que se prestan en una condición de mercado insuficiente para garantizar el régimen de libertad tarifaria, por lo que deben ser regulados por la autoridad.

Los servicios suplementarios o complementarios sólo pueden proveerse a aquellos usuarios que los hayan contratado especialmente. Estos servicios adicionales se suministran por las compañías de teléfonos o terceros, incluidos los portadores. El servicio complementario se presta por medio de las redes públicas, mediante la conexión de equipos a esas redes. (Art. 6 y 7 Reglamento del Servicio Público Telefónico).

Finalmente, debemos entender como un límite legal a la declaración hecha por el TDLC y el artículo 30 K LGT que prescribe que los concesionarios de servicio público telefónico cuyas tarifas estén sometidas a fijación sólo pueden efectuar cobros por los costos de instalación y por el suministro al público usuario, sin perjuicio de los aportes de financiamiento reembolsables establecidos en la LGT.

4. PRECIOS LIBRES

Al igual que los precios regulados, en materia de precios de servicios libres, ellos pueden serlo por el sólo ministerio de la ley o previa calificación del TDLC, que libera el servicio de la regulación.

4.1. Precios libres por el sólo ministerio de la ley

1. Telefonía móvil. El servicio telefónico público móvil (telefonía celular y personal, inalámbrica en general) queda excluido expresamente de la regulación de precios, por disposición del artículo 29 LGT. Respecto a este servicio, se estima que es competitivo;⁶⁴⁷

2. Los servicios públicos de telecomunicaciones que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación; y

3. Los servicios intermedios⁶⁴⁸ que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación.

⁶⁴⁷ Sorprende eso sí que cada vez más se oigan voces promoviendo la intervención y regulación del mercado de la telefonía móvil. Como se ha sostenido, y como ocurre actualmente en Chile, el mercado es competitivo, con diversos planes tarifarios, varios concesionarios, e incluso con diferentes equipos. Los precios han bajado en el último tiempo, pero aún así se intenta regular los precios (de alguna manera la regulación del valor de la interconexión es una fijación de precios). La interrogante sobre si resulta necesaria esta regulación parece muchas veces respuesta: no lo es. Pareciera que a medida que crece el número de usuarios, resurge la necesidad imperiosa de mayor regulación, quizás desconociendo, o pretendiendo ignorar, al mercado como un buen asignador de recursos. Y se olvida que siempre los concesionarios bajo un régimen de precios libres están bajo el escrutinio permanente de los órganos de defensa de la libre competencia y de sus competidores.

⁶⁴⁸ Constituidos por los servicios prestados por terceros, a través de instalaciones y redes, destinados a satisfacer las necesidades de transmisión o conmutación de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones en general, o a prestar servicio telefónico de larga distancia a la comunidad en general. Art. 3º, e), LGT

4.2. Precios libres previa calificación del TDLC

Los mismos servicios que son objeto de calificación por el TDLC, establecidos en el artículo 29 LGT (servicios públicos telefónico local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil y en el de servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados) pueden ser objeto de una desregulación o liberalización si se dan las condiciones en el mercado, con lo que se restablece la situación de libertad de precios en materia de telecomunicaciones.

Actualmente están en esta condición los precios de los servicios públicos de telecomunicaciones de larga distancia nacional e internacional.

Respecto a los servicios que no sean imprescindibles para el servicio público telefónico (servicios complementarios y/o suplementarios), estos están bajo el régimen de libertad de precios.

La LGT establece en su artículo 30 K toda un área de precios que quedan libres, que son los cobros hechos al usuario por instalación (que no son aportes reembolsables), entendiéndose por estos "los gastos de material y de mano de obra asociados a la conexión del servicio a la red pública".⁶⁴⁹ En estos servicios competitivos, las empresas telefónicas deben tener especial atención en informar de la posibilidad de contratar con terceros estas prestaciones a sus usuarios.⁶⁵⁰

5. PROCEDIMIENTO DE TARIFICACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO TELEFÓNICO.

Este procedimiento tarifario se rige por la LGT, y su reglamentación, contenida en el Reglamento para las Comisiones de Peritos Consti-

⁶⁴⁹ D. N° 878, CPC.

⁶⁵⁰ D. N° 966, CPC.

tuidas de Conformidad al Título V de la LGT, y el Reglamento que Regula el Procedimiento, Publicidad y Participación del Proceso de Fijación Tarifaria Establecido en el Título V de la LGT.⁶⁵¹

La regulación vigente contempla, a más de la participación de la concesionaria afecta a regulación de precio, la de terceros interesados, quienes pueden formular opiniones en la forma y los plazos que señala el reglamento respectivo. Estas opiniones deben ser consideradas por la autoridad, pero no son vinculantes para ella en las decisiones que adopte en el curso procedimental.

El procedimiento tarifario se inicia estableciendo previamente por la Subsecretaría de Telecomunicaciones las bases técnico-económicas del estudio, a propuesta del concesionario. En tal sentido, la impulsión del procedimiento tarifario corresponde al concesionario interesado, no a la autoridad.

Las bases, de acuerdo a la Ley, rigen el estudio para la determinación de las tarifas y deben contener, mínimamente, el período de análisis u horizonte del estudio, las áreas tarifarias, los criterios de proyección de demanda, criterios de optimización de redes, tecnologías, fuentes para la obtención de los costos, fecha base para la referencia de moneda, criterios de deflactación; las materias que la Ley o los reglamentos determinen que debe incluirse; y todo otro elemento que se considere posible y necesario de definir en forma previa a la realización del estudio.

De producirse controversias sobre las bases técnico-económicas, la Subtel o el concesionario pueden solicitar la opinión técnica de una

⁶⁵¹ Para un tratamiento más extenso, como el realizado en la LGT, *cf.* MARTIN CUADRADO, Eduardo. *Sistema de Concesiones de Telecomunicaciones en Chile*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1999, pág. 261 a 279. Para una síntesis de los criterios económicos *cf.* PAREDES, *Telecomunicaciones en Chile...*, pág. 17 y sgtes.

comisión pericial formada por tres expertos de reconocido prestigio nominados uno por el concesionario, uno por la Subtel y el tercero de común acuerdo, acordada libremente. De no lograrse acuerdo en este nombre, se somete a sorteo.

Una vez emitida la opinión por dicha comisión de peritos, mediante un informe, la empresa o la autoridad pueden solicitar aclaraciones, mas la Subsecretaría de Telecomunicaciones resuelve en definitiva respecto de las bases a adoptar en el estudio, mediante una resolución. Esta opinión pericial no es vinculante para la Subtel, que tiene la facultad de acatarla, y en definitiva, establecer bases distintas, acogiendo o no la opinión pericial. La opinión colegiada de los peritos constituye un elemento que coadyuva a la formación del juicio para la autoridad, pero como tal, no resulta obligatoria de la resolución de la autoridad. El acto administrativo que contenga las bases requiere que se haya contemplado la opinión de la concesionaria y, eventualmente, la de los peritos, pero sin que ninguna de éstas fuerce la decisión final del regulador, sino que sólo pueda convencerlo.

Los estudios tarifarios, compuestos por una presentación general, cuerpo principal del estudio, pliego tarifario, anexos de antecedentes e informe de sustentación, y el modelo tarifario; se realizan cada cinco años para cada servicio afecto a regulación. Para efectos de las determinaciones de costos indicados en la LGT, se considera en cada caso una empresa eficiente que ofrece sólo los servicios sujetos a fijación tarifaria, y se determinan los costos de inversión y explotación incluyendo los de capital, de cada servicio en dicha empresa eficiente. Los costos a considerar están limitados a aquellos indispensables para que la correspondiente empresa eficiente pueda proveer los servicios de telecomunicaciones sujetos a regulación tarifaria, de acuerdo a la tecnología disponible y manteniendo la calidad establecida para dichos servicios (Art. 30 A LGT).

Los costos que exige la Ley, la estructura y nivel de las tarifas, y las fórmulas de indexación de las mismas, son calculados en un estudio especial de costos, que la empresa concesionaria respectiva realiza directamente o encarga alternativamente para estos efectos a una empresa consultora, los cuales deben regirse por las bases. La empresa concesionaria debe avisar la fecha de inicio de estos estudios, y mantener informada a la Subtel de los avances de ellos, organismo que debe informar de dicho progreso a Minecon.

Las tarifas definitivas de los servicios afectos a regulación deben ser propuestas por la empresa concesionaria respectiva al MTT y Minecon, a través de la Subtel, antes de los 180 días previos al vencimiento del quinquenio de las tarifas vigentes, acompañando copia del estudio antes mencionado y otros antecedentes que considere pertinentes.

Si durante el proceso de tarifación, por causa de una resolución jurisdiccional se ordena la exclusión de un servicio originalmente calificado como afecto a regulación de precio, no procederá la fijación de dicho precio por parte de la autoridad, sometiéndose a ella.⁶⁵²

A contar de la fecha de recepción de esta proposición, los Ministerios tienen un plazo de 120 días para pronunciarse sobre ella, a través de la Subtel, mediante un Informe de Objeciones y Contraproposiciones, que debe ceñirse a las bases del estudio. De no haber objeciones fundadas, las tarifas propuestas son oficializadas en el plazo precitado, mediante decreto conjunto de ambos Ministerios, que se debe publicarse en el D.O.

Sólo si hay objeciones fundadas respecto de las tarifas propuestas, la empresa concesionaria tiene un plazo de 30 días para incorporar las modificaciones pertinentes o insistir justificadamente en los valores

⁶⁵² D. N° 15439/94, CGR

presentados. La justificación de la disconformidad del concesionario se hace efectiva a través del Informe de Modificaciones e Insistencias, pudiendo acompañar además un informe con la opinión de una comisión de peritos conforme lo señala la Ley. La concesionaria puede pedir sólo una aclaración al informe de los peritos.

La competencia de los peritos se compone de las materias técnicas y/o económicas contenidas en las controversias, para el caso de las bases técnico-económicas; y de las objeciones que hayan efectuado los Ministerios, debiendo considerar única y exclusivamente los antecedentes analizados por éstos hasta el momento de pronunciarse respecto de las tarifas propuestas, respecto de las insistencias del concesionario en los valores propuestos. Las opiniones sobre materias no controvertidas, no serán consideradas por el regulador. La competencia pericial excluye la facultad exclusiva de la Subtel de interpretar técnicamente las normas que rigen la industria de las telecomunicaciones. Los comisionados pueden solicitar a los Ministerios, a través de la Subtel, informes. Las decisiones y aclaraciones de las comisiones se adoptan por mayoría, pero los votos disidentes deben constar y fundamentarse. Los honorarios de la comisión se pagan por mitades entre el concesionario y la Subtel.

Todo informe de las comisiones en que se establezca, a juicio de la Subsecretaría, aspectos o circunstancias que puedan servir en otros procedimientos tarifarios, podrán ser sometidos, fuera del procedimiento en el cual fueron evacuados, al análisis de organismos, sean éstos públicos o privados.

Para que las objeciones sean fundadas, éstas deben restringirse a las bases técnico-económicas del estudio, indicándose en forma precisa la materia en discusión, la contrapropuesta que se hace, junto a todos los antecedentes, estudios y opiniones de especialistas de la Subtel o de consultores externos.

En el caso en que el concesionario no presente el estudio especial de costos en el plazo establecido, las tarifas deben ser fijadas en el mismo nivel que tuvieren a la fecha de vencimiento y, durante el período que medie entre esta fecha y la de publicación de las nuevas tarifas, aquellas no serán indexadas por el lapso equivalente al atraso.

Cumplido este trámite, los Ministerios resolverán en definitiva acerca de las tarifas y dictarán el decreto conjunto que oficialice las tarifas en el plazo de 30 días a partir de la respuesta de la empresa concesionaria. El decreto tarifario se acompaña el Informe de Sustentación preparado por los Ministerios, para su control de legalidad en la CGR, los cuales son públicos desde su ingreso a la CGR. Sólo una vez efectuada la toma de razón se publica el decreto tarifario en el D.O.

6. DURACIÓN DE LAS TARIFAS

La estructura, nivel y mecanismo de indexación de las tarifas de los servicios afectos tienen una vigencia de cinco años, salvo que no se publique oportunamente el nuevo decreto tarifario en el D.O. En este caso, siguen vigentes las tarifas anteriores incluidas sus cláusulas de indexación, aunque haya vencido su período de vigencia, pero las nuevas tarifas tienen una vigencia retroactiva una vez que son publicadas (Art. 30 y 30 J LGT).⁶⁵³

⁶⁵³ La RE 208, de 2000, Subtel, Fija el Plazo, Forma y Condiciones de los Abonos o Cargos que Procedan en Conformidad a los Dispuesto en el Artículo 30° J de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, para la empresa Compañía Nacional de Teléfonos, Telefónica del Sur S.A., D.O. 23-2-00; y la RE 996, de 1999, Subtel, Fija el Plazo, Forma y Condiciones de los Abonos o Cargos que Procedan en Conformidad a los Dispuesto en el Artículo 30° J de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, para la empresa Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.

7. PLANES ALTERNATIVOS PARA LA EMPRESA CONCESIONARIA REGULADA

A resultas de la declaración 6^a de la R. 611, la CR dispuso que

si se observan variaciones relevantes en el costo unitario del servicio en función del volumen demandado por el usuario, este hecho debería reflejarse en la adecuada definición de categorías de usuarios dentro de cada área tarifaria, a efectos de permitir la correspondiente diferenciación de las tarifas, sobre la base de descuentos por razones de volumen con fundamento de costos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 H de la Ley

Así, la CR autorizó que la empresa regulada requiriera del regulador sectorial un acto administrativo que complementara al decreto tarifario original, siendo dictado con posterioridad por la Administración.⁶⁵⁴ La empresa solicitó la aprobación de planes tarifarios alternativos, fundado también en que en la R. 515, y que era justificación basal de su regulación de precios, había considerado que se debía considerar aquellos casos en que exista fundamentos de costos, tarifas para los casos en que los servicios fueran ofrecidos en grandes volúmenes.

Los planes que considera el decreto complementario se consideran alternativos a los establecidos en el decreto original, pudiendo ofrecerse sólo durante la vigencia del decreto originario (D.S. 187), teniendo éste un carácter subsidiario al decreto alternativo, en todo lo que no se contraponga al decreto originario.

⁶⁵⁴ DS 455, que Fija la Estructura, Nivel y Mecanismos de Indexación de los Planes Tarifarios Alternativos a las Tarifas Fijadas Mediante Decreto 187 de 4 de Mayo de 1999, a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., D.O. 24-08-2002

8. INDEXACIÓN DE LAS TARIFAS

Las tarifas definitivas de cada servicio regulado son indexadas por un índice propio, que se expresa en función de los insumos que sean principales y necesarios del servicio regulado. Este índice es determinado en los estudios de costos y debe ser construido de forma tal que la estructura de costos sobre la cual se apliquen los coeficientes de variación de los precios de los respectivos insumos sea representativa de la estructura de costos de la empresa eficiente definida para estos propósitos (Art. 30 H LGT).

El concesionario está sujeto al deber de informar a la Subtel cada dos meses respecto al valor que resulte de aplicar a dichas tarifas el índice establecido. Este valor obtenido constituye el precio máximo que puede cobrar el concesionario por su servicio. El deber de informar se expresa también en la obligación de publicar las tarifas reajustadas, previa comunicación a la Subtel, cada vez que esto ocurra, en un diario de circulación nacional.

Finalmente, existe una limitación en el tiempo a la periodicidad del reajuste. Se establece como plazo mínimo el de treinta días desde la última fijación o reajuste de tarifas, salvo las vigentes superen a las tarifas máximas autorizadas, en cuyo caso se ajustan al valor de éstas.

9. DISCRIMINACIÓN DE TARIFAS EN LA LEGISLACIÓN DE TELECOMUNICACIONES

No nos equivocamos en afirmar que es la LGT el cuerpo legal que más extensamente se dedica al tema de la discriminación en materia de tarifas e interconexiones.

Esta ley no sólo establece ampliamente la prohibición de discriminar como un principio general, sino que se recoge como principio esen-

cial el "libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones" (Art. 2 LGT). Con esto no sólo se garantiza la igualdad que dispone la Constitución en el artículo 19, N° 2, sino que también se adoptan resguardos contra la discriminación hecha por concesionarios a quienes presten servicios complementarios por redes públicas⁶⁵⁵ y contra las diferencias injustificadas en materia de tarifas.

Respecto a la no discriminación en materia de telecomunicaciones como un elemento basal de la regulación de las telecomunicaciones, se ha resuelto:

*Que el conjunto normativo que regula la situación relativa al cobro de tarifas en el área telefónica, incluidas aquellas que se encuentran sujetas a fijación por la autoridad, constituye un cuerpo que discurre sobre la base de la no existencia de discriminaciones entre usuarios de una misma categoría cuando se apliquen dichas tarifas.*⁶⁵⁶

9.1. Prohibición de discriminación entre telefonía local y portadores de larga distancia

El artículo 24 bis LGT indica el impedimento en que se encuentra el concesionario de telefonía local respecto del portador de larga distancia, con una prohibición de discriminar en la calidad, extensión, plazo, valor y precio que les preste con motivo o en razón del acceso o uso del sistema multiportador.

Como se aprecia, esta prohibición de discriminar es entre los integrantes de un mismo grupo: los portadores o "concesionarios de servicios intermedios que proveen servicios de larga distancia".⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ Art. 8, inc. 6° y 7° LGT

⁶⁵⁶ *Compañía de Telecomunicaciones S.A. con Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, Recurso de Reclamación Rol 7960-2000, Corte de Apelaciones de Santiago, N° 1*

⁶⁵⁷ Art. 3°, literal e), LGT

9.2. Prohibición de discriminar entre portador de larga distancia con tarifas fijadas y demás portadores

El artículo precitado, un poco más adelante, señala expresamente la prohibición de discriminar que tiene el concesionario de servicio intermedio de larga distancia afecto a fijación tarifaria respecto a los demás concesionarios de servicios intermedios de larga distancia, que en su prestación de servicios lo haga en forma discriminatoria entre los diversos portadores.

9.3. Prohibición de discriminar entre los usuarios.

En armonía con las normas ya anunciadas, el mandato de no discriminación se extiende también a los usuarios o beneficiarios del servicio telefónico.

En este caso, la prohibición de discriminación en la aplicación de las tarifas máximas alcanza a los usuarios de una misma categoría (Art. 30 H LGT). Por ende, al concesionario se le permite discriminar entre usuarios de distinta categoría, o hacer diferencias de tarifas si hay costos distintos que lo justifiquen, incluso en el proceso tarifario. Estas diferencias si fueren por tipo de abonado, sólo deben hacerse en razón de costos diversos.⁶⁵⁸ De tal modo que si la empresa hace una rebaja para un usuario dentro de una categoría, todos los demás que la integren tienen derecho a una rebaja equivalente.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ D. N° 15439/94, CGR

⁶⁵⁹ El Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones establece en su Art. 5° que "El emisor de la cuenta única estará afecto al régimen de tarifas que corresponda para los cobros que efectúe a los portadores y suministradores de servicios complementarios, en razón del servicio de recepción de reclamos que se le encargue en virtud de este inciso. Tales tarifas no podrán ser discriminatorias."

10. RÉGIMEN DE PRECIOS PARA GRANDES CONSUMIDORES

La LGT y la tarificación que se ha realizado en virtud de ella no permite diferencias entre distintos usuarios sino basándose en costos distintos. Si el concesionario se dispone a ofrecer condiciones favorables a un grupo de usuarios, como puede ser una empresa, ellas deben realizarse a todo usuario que cumpla las mismas exigencias.⁶⁶⁰

II. AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO

1. LEGISLACIÓN APLICABLE

En materia sanitaria son aplicables el D.F.L. 70, (Ley de Fijación de Tarifas de Agua Potable y Alcantarillado, "LTSS"); D.F.L. 382 (Ley General de Servicios Sanitarios, "LGSS"), del Ministerio de Obras Públicas, ambos fechados en 1988, junto a las modificaciones introducidas a través de la Ley 19.549, de febrero de 1998; y la ley que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, SISS, Ley 18.902.

Complementariamente, la legislación está compuesta por las normas del Reglamento del D.F.L. 70 (D.S. 453, Minecon, 1989) y la Ley 18.778 que establece subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas, y sus modificaciones previstas en la Ley 19.059 y N° 19.338.

2. ORGANISMOS COMPETENTES

Corresponde a la SISS velar por la aplicación de la LTSS y LGSS. La SISS es un servicio funcionalmente descentralizado, con personali-

⁶⁶⁰ *Vid.* R. N° 686, donde en el voto disidente intenta establecer un grupo de clientes libres

dad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Obras Públicas. Para ambas normas, la Superintendencia tiene la facultad de interpretar sus disposiciones.⁶⁶¹

La fijación de las fórmulas tarifarias se realizará mediante decreto del Minecon, expedido bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República". La CGR toma razón de dichos decretos deben contener los procedimientos de cálculo que permitan verificar la aplicación de las fórmulas señaladas en las leyes y reglamentos, y no sólo los resultados de dichos estudios.⁶⁶²

Excepcionalmente participa en el proceso de tarificación el TDLC, cuando ésta determine la calificación monopólica de un servicio.

3. EMPRESAS CON TARIFAS REGULADAS

Las empresas que se encuentran sujetas a un régimen de tarificación en materia sanitaria son los servicios de agua potable y de alcantarillado de aguas servidas, ya sea servicios públicos o empresas de servicio público ("prestadores") que presten servicio a usuarios finales; o bien que presten servicio a otros prestadores que operen como intermediarios⁶⁶³ respecto a los usuarios finales (Art. 1 LTSS). Estas empresas, conforme la LGSS, están generalmente constituidas como sociedades anónimas, salvo los casos exceptuados en el artículo 6 LGSS.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Art. 4, literal c) Ley 18.902; Art. 2 LGSS, Art. 2 LTSS

⁶⁶² D. N° 30665/90, CGR; D. N° 2865/91, CGR; y D. N° 17159/91, CGR

⁶⁶³ Respecto a la intermediación y la obligación de interconexión, *cf.* Art. 47 LGSS

⁶⁶⁴ Las concesionarias que no estén constituidas como sociedades anónimas abiertas, deberán remitir a la SISS su balance debidamente auditado por auditores externos. Art. 50 LGSS

Las tarifas que regulan la LTSS se fijan para los prestadores, impidiendo que se fijen precios máximos para áreas o sectores, ya que la ley ordena la fijación para los servicios públicos y empresas de servicio público.⁶⁶⁵

4. TARIFAS DE OTORGAMIENTO

Al solicitarse una concesión de servicio público a la Superintendencia, de existir otros interesados en la prestación aparte del solicitante, cada uno de ellos debe hacer una solicitud de concesión al ente regulador en igualdad de condiciones, quien recomendará adjudicar dicho servicio a quien haya ofrecido tarifas más bajas por la prestación del servicio, cumpliendo las condiciones técnicas exigidas.⁶⁶⁶ Estas tarifas no deberán ser superiores a las determinadas por Minecon, calculada, según el procedimiento establecido en la LTSS.

Si las tarifas ofrecidas fueran superiores a las calculadas según el procedimiento de la ley de tarifas, se les ha de comunicar tal situación a los solicitantes, para que estudien nuevamente su presentación, pudiendo desistirse de su oferta. En caso de no desistirse y de mantenerse dicha situación, respecto del solicitante cuya oferta constituya la menor tarifa, deberá constituirse la comisión de expertos

⁶⁶⁵ D. N° 33825/98, CGR

⁶⁶⁶ Sobre las “condiciones técnicas”, conociendo de un recurso de reclamación de ilegalidad, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que “no es materia de competencia de esta Corte analizar las razones por las cuales la reclamada concluyó que técnicamente la oferta de la sociedad recurrente adolecía de serios reparos que hacían imposible recomendar al Ministro de Obras Públicas su adjudicación inmediata, pero sí es atinente constatar que el servicio recurrido, según ha quedado dicho, dispone legalmente de tal atribución”. recurso de reclamación de ilegalidad, *Servicios de Agua Potable Barnechea S.A. contra Superintendente de Servicios Sanitarios*, rol 444-99, Cons. 10°

contemplada en el artículo 10 LTSS, la cual deberá pronunciarse al respecto (Art. 14 y 15 LGSS).⁶⁶⁷

La SISS informa al MOP, Ministerio que debe resolver con fundamentos sobre la solicitud de concesión, en un plazo máximo de 30 días de recibido dicho informe, dictando el respectivo decreto, bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República". El decreto de adjudicación debe contener, entre otros, el nivel tarifario de adjudicación de la concesión (Art. 17 y 19 LGSS).

Si las tarifas incluidas en el decreto de otorgamiento de la concesión fueren inferiores a las calculadas por la SISS, aquellas permanecerán vigentes, por una sola vez, durante diez años (dos períodos tarifarios), plazo que será contabilizado desde la entrada en explotación de la concesionaria. Esto no obsta a la filiación de las tarifas a cobrar a los usuarios y sus mecanismos de indexación y de la revisión considerada, cuando existan razones fundadas de cambios importantes en los supuestos para su cálculo, según lo establecido en la LTSS.

Si se transfiere el dominio o el derecho de explotación de una concesión, junto con la aprobación de la SISS, la transferencia se formaliza de acuerdo al procedimiento en la ley para el otorgamiento de concesiones, con lo que debe publicarse el nivel tarifario vigente.

Para el caso que se declare la caducidad de una concesión, la adjudicación de la concesión licitada recaerá en el interesado que ofrezca el mayor valor por la concesión y por los bienes afectos a ella, cumpliendo las condiciones técnicas y la tarifa vigente (Art. 29 LGSS).

⁶⁶⁷ *vid. Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios*, Recurso de Reclamación, rol 68-99, en RDJ, t. XCVI, 1999, N° 2

5. TARIFAS POR AMPLIACIÓN DE LA ZONA DE CONCESIÓN

Si no existen proponentes para la licitación de una nueva área de concesión, o ésta no fue adjudicada porque los proponentes no cumplen los requisitos exigidos por la ley; la SISS puede exigir al prestador que opere el servicio sanitario del área geográfica más cercana a la zona aludida, ampliándose su concesión a esta última área; sólo si ella es factible técnicamente y si es posible de enfrentar administrativa y financieramente por el prestador.

Estas nuevas áreas de concesión deberán ser comunicadas al prestador al inicio del proceso de fijación de tarifas, de manera que considere oportuna y adecuadamente el efecto de la ampliación del área de concesión en las tarifas del servicio.

Sin perjuicio de lo señalado, la SISS puede exigir la ampliación del área de servicio en una fecha intermedia a los períodos de fijación tarifaria. En este caso, se establecen tarifas para la nueva área, las que deben regir junto con la entrada en operación de la ampliación. Estas tarifas tienen vigencia hasta el término del período tarifario en curso y deben permitir al prestador generar los ingresos requeridos para cubrir los costos incrementales de explotación eficiente y de inversión de su proyecto de expansión optimizado para la nueva área de servicio, sin perjuicio de los eventuales aportes de terceros (Art. 33 A y 33 B LGSS).

6. TARIFAS POR FUERZA MAYOR

Debiendo garantizar la debida calidad y continuidad del servicio suministrado, pudiendo afectarse por causa de fuerza mayor. También puede alterarse la continuidad del servicio, con interrupciones; restricciones y racionamientos, programados e imprescindibles para la prestación de éste; los que deben ser comunicados previamente a los usuarios.

Si la ausencia de agua cruda altera la continuidad del servicio, originada en la imprevisión o negligencia del prestador, la SISS puede ordenar a las concesionarias que suscriban contratos de provisión de agua cruda. Si la ausencia de agua cruda se debe a fuerza mayor, y los concesionarios fueren obligados a suscribir contratos de provisión de la misma, se establecerán nuevas tarifas que incorporen el efecto del mayor costo, si éste existiere. Las nuevas tarifas rigen mientras no se supere la fuerza mayor, sin perjuicio del derecho a la revisión de las tarifas establecido en la LTSS.

La SISS puede obligar la suscripción del contrato sólo una vez conocidos los términos económicos de los mismos y su incidencia en las nuevas tarifas (Art. 35 LGSS).

7. REVISIÓN DE TARIFAS

La revisión o modificación de tarifas puede darse por dos motivos: nuevos estándares de calidad y por razones fundadas.

1. El prestador debe mantener un nivel de calidad en la atención a los usuarios y en la calidad del servicio, establecido en el Reglamento de la LGSS, y dictado antes del otorgamiento de la concesión. Estos niveles pueden modificarse por la SISS, mediante D.S. que lleva la firma de los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Obras Públicas. Si el cambio de nivel de calidad de servicio ocurre antes del término de la vigencia de un período tarifario, el prestador tiene derecho a la revisión de las tarifas en los términos señalados en el artículo 12 A LTSS. En tal situación, las nuevas exigencias de calidad entran en vigencia a partir de la misma fecha en que rijan las nuevas tarifas (Art. 36 bis LGSS).

2. Otra revisión que puede hacerse de común acuerdo entre prestador y SISS, es la modificación de las fórmulas tarifarias antes del

término del período de su vigencia, cuando existan razones fundadas de cambios importantes en los supuestos hechos para su cálculo. La jurisprudencia ha señalado que estas tarifas fijadas “de común acuerdo”, constituyen una excepción a la fijación legal y reglamentaria de las mismas y la duración legal de tales precios.⁶⁶⁸

Estas razones deben explicarse en cambios importantes en los supuestos hechos para su cálculo, en cuyo caso, las que se obtengan del nuevo estudio tendrán una duración de cinco años. Los acuerdos señalados deberán traducirse en decretos tarifarios (Art. 12 A LTSS).

La CGR ha desestimado como cambio importante en los supuestos de hecho el adelantar parcialmente el cobro de un cargo por una obra sanitaria parcialmente terminada, pese a estar autorizada en la fórmula tarifaria vigente pero sólo al completarse la obra y la ausencia de razones fundadas.⁶⁶⁹

Aparece así un reflejo del aforismo *rebus sic stantibus*, es decir, que las supuestos no varíen. Pero si éstos se modifican significativamente, aparece como razonable que puedan renegociar las fórmulas tarifarias. Si esto no fuera así, y estuviésemos al inicio de un período quinquenal, un cambio que aumentara significativamente los costos del prestador podría traer aparejado la quiebra del concesionario. A la inversa, una situación de disminución de costos significativa, exigiría un cambio de fórmulas tarifarias, a solicitud de la SISS.

Ahora bien, la adición o no de componentes que permite la ley a la SISS para una prestación, y la interpretación del Ente Regulador, no

⁶⁶⁸ *Empresa de Servicios Sanitarios del Libertador S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios*, Recurso de Reclamación, rol 5.575-99, en RDJ, t. XCVII, 2000, N° 1, Cons. 2°

⁶⁶⁹ D. N° 26024/94, CGR

pueden ser tales que hagan inaplicable el artículo 12 A. Asimismo, tampoco resulta facultativo aceptar o rechazar la adición de componentes adicionales que no han sido considerado en el sistema tarifario, cuando su incorporación está destinada a dar la prestación en los términos exigidos por la ley y el reglamento.⁶⁷⁰ En el mismo fallo, la Corte resolvió que

8°. Que, en cuanto a las exigencias de forma de la excepción, y si bien y como se ha visto, el inciso 1° del artículo 12° trata del “común acuerdo” que ha de haber entre la Superintendencia y los prestadores de servicios para modificar las fórmulas tarifarias, y de los decretos tarifarios a que deberán traducirse “los acuerdos señalados” en dicha disposición legal, no cabe duda que la inconcurrencia de voluntad o la negativa de la Superintendencia no puede quedar a su solo arbitrio, esto es si lo quiere o no, puesto que no podrá la referida Superintendencia interferir en el curso y desarrollo de un proceso jurídico debidamente reglado, si, como en la especie, concurren plenamente a juicio de esta Corte los presupuestos de fondo que ameritan la modificación excepcional de las tarifas, esto es “cuando existan razones fundadas de cambios importantes en los supuestos hechos para su cálculo”, o “para componentes adicionales de una prestación”

8. PRÓRROGA DE TARIFAS

Ordinariamente, las fórmulas tarifarias establecidas en el decreto tarifario rigen por un lapso de cinco años, pero su prórroga es posible por un tiempo idéntico si hay acuerdo entre el prestador y la SISS para extenderlo por otro período. Esta prórroga sólo puede realizarse en el plazo comprendido entre los 14 y los 17 meses anteriores al término del período tarifario en curso. Esta prórroga se debe justificar en la no existencia de cambios relevantes en los supuestos hechos

⁶⁷⁰ *Empresa de Servicios Sanitarios del Libertador S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios*, Recurso de Reclamación, rol 5.575-99, RDJ, t. XCVII, 2000, N° 1, Cons. 7°

para el cálculo de las fórmulas tarifarias. Este acuerdo se traducirá en un decreto tarifario, rigiendo las nuevas fórmulas tarifarias entrarán a contar del vencimiento del período tarifario anterior (Art. 12 LTSS).

9. TARIFAS POR NUEVAS PRESTACIONES O COMPONENTES ADICIONALES DE UNA PRESTACIÓN

Puede ocurrir que sea necesario determinar tarifas para nuevas prestaciones, o para componentes adicionales de una prestación existente con tarifas,⁶⁷¹ con posterioridad a la dictación de las tarifas en curso.

En este caso, las nuevas tarifas pueden adicionarse a las fórmulas tarifarias existentes, a través de un decreto tarifario complementario, con vigencia hasta el término del período en curso. Lo mismo se aplica al caso de prestaciones que el TDLC determine que tienen características monopólicas y por tanto sea necesario fijarles tarifas dentro del respectivo período tarifario, como ocurrió respecto a la R. 527 ya analizada (Art. 12 A LTSS).

Ya sea que se vayan a modificar de las fórmulas tarifarias antes de su vencimiento, prorrogarlas por otro período, o adicionar las tarifas por nuevas prestaciones o componentes adicionales, la SISS debe informar de este hecho a los usuarios a través de publicación en el D.O. y en un diario de circulación en la región donde esté ubicada la concesión sanitaria.

La publicación debe hacerse dentro de los 15 días siguientes a la fecha del acuerdo entre el prestador y la SISS para iniciar los estudios tarifarios conducentes a la modificación o adición, y debe contener

⁶⁷¹ Así fue lo ocurrido con la inclusión de flúor en el agua potable, según la abogada Sra. Irma Muñoz

un extracto de los fundamentos de estas acciones. En el caso de la prórroga de tarifas la publicación debe acompañarse de los fundamentos para hacerla, publicación que debe hacerse al menos 20 días antes de resolver sobre ella. (Art. 12 B LTSS).

10. TARIFAS DE INTERCONEXIÓN

Los prestadores pueden verse obligados a interconectar sus instalaciones cuando la SISS lo estime imprescindible con el objeto de garantizar la continuidad y calidad del servicio. Si existe acuerdo entre los prestadores, la tarifa de interconexión la determina libremente. En caso contrario, la Superintendencia, mediante resolución, debe determinar los derechos y obligaciones de las partes.

La tarifa de interconexión que se establezca deberá contemplar, la reparación de los perjuicios que directamente se generen por la referida interconexión, para la prestadora que aporte el volumen de agua necesario para asegurar la continuidad y calidad del servicio (Art. 47 LGSS).

11. TARIFAS LIBRES

Tal como ocurre en otras áreas de las utilidades públicas, en la legislación que regula las tarifas de las empresas sanitarias, varios servicios han quedado entregados a la libre competencia, sin someterse a precios fijos.

11.1. Tarifas de servicios prestados en condiciones especiales

En primer lugar, no están sujetos a regulación de precios los servicios prestados en condiciones especiales, entendiéndose por tales aquellos que "se realicen en períodos discontinuos y aquellos que requie-

ran de condiciones de calidad distintas a las condiciones generales del servicio" (Art. 1 LTSS y Art. 2 Reglamento LTSS).

11.2. Servicios no obligatorios

Otro tipo de prestación que tiene precios libres son los servicios no obligatorios, aquellos que el prestador no está en su deber de realizar dentro de su concesión (Art. 24 LTSS). Dentro de los servicios no obligatorios hallamos la comercialización de aguas servidas por el prestador.⁶⁷²

11.3. Tarifas a grandes consumidores

Reconociendo la calidad de indispensable que tiene el agua potable y alcantarillado en una sociedad moderna, la posibilidad de negociación directa entre usuarios y prestadores queda limitada sólo a los grandes consumidores del servicio. Los grandes consumidores pueden ser grandes consumidores de agua potable y grandes usuarios de alcantarillado (Art. 92 Reglamento LGSS).

Si el consumidor decide negociar libremente con el prestador no sólo lo puede hacer con quien suministre el servicio en el área que se ubica, sino que puede contratar con otros, utilizando las redes del prestador "local", creándose un verdadero "multicarrier sanitario", sólo que exclusivo de los grandes usuarios. En otras palabras, el concesionario que contrate con el usuario final puede hacer uso de sus redes propias, o bien, de redes de otros concesionarios.⁶⁷³

⁶⁷² Ord. N° 587, de 1996, SISS

⁶⁷³ En el caso de transportar agua potable o aguas servidas de otros prestadores por redes propias, el concesionario está obligado a responder por la calidad fisicoquímica y bacteriológica del agua transportada por sus redes; junto con la obligación de no discriminar entre usuarios conectados a sus redes y el usuario que se ha conectado con otro prestador pero que lo hace a través de sus redes. (Art. 47 E LGSS)

La ley considera que es un gran consumidor el usuario que de acuerdo a la metodología que define el Reglamento de la LGSS registre un consumo mensual promedio en el servicio correspondiente que se ubique dentro del 15% de los mayores consumos facturados por el respectivo prestador. Una vez realizada dicha calificación, ella es permanente, incluso disminuyendo del porcentaje exigido por la ley.

Las empresas concesionarias de servicios de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas están obligadas a permitir el uso de sus redes por parte de las prestatarias de producción de agua potable o de disposición de aguas servidas que contraten directamente la provisión del servicio respectivo con usuarios finales grandes consumidores que lo soliciten (Art. 47 A LGSS). Este uso de redes ajenas se contrata entre el interesado en él y el concesionario propietario de la red, sólo si es factible técnicamente y no afecta a otros usuarios dentro del territorio operacional de la concesionaria de distribución y recolección ni a los cuerpos receptores de las aguas servidas.

El propietario de la red recibe como contraprestación por su uso (peaje) el que acuerden las partes, correspondiente al costo de distribución de agua potable o de recolección de agua servida calculado sobre la base de la metodología establecida en la LTSS y el artículo 95 del Reglamento de dicha ley. A este costo deberán adicionarse los costos de ampliación de las instalaciones a prorrata de su uso si correspondiere, los costos por concepto de medición y control de las características físicas, químicas y bacteriológicas del agua a transportar y otros costos o compensaciones que se consideren relevantes.

Si no hay acuerdo entre las partes en las condiciones técnicas o en el monto del peaje, estas diferencias se resuelven por una comisión de tres peritos; nombrados uno por el concesionario propietario de las redes, otro por el interesado en utilizarlas y el tercero elegido por la

SISS. Los acuerdos de la Comisión Pericial serán definitivos para las partes (Art. 47 B LGSS).

Si no es posible usar las redes del prestador "local", el concesionario de producción o disposición según corresponda, puede extender sus propias instalaciones para prestar servicio a los usuarios finales grandes consumidores interesados, debiendo constituirse como concesionario de distribución o recolección según corresponda, con lo que se permite excepcionalmente la superposición de redes (Art. 47 C y 47 H LGSS).

El concesionario que transporta el agua de otro prestador queda liberado de la obligación de prestar el servicio al usuario final, aunque permanece responsable respecto a la calidad del suministro transportado.

Como parte del modelo de competencia subrogada, los pactos y tarifas libres entre prestador y gran consumidor se formalizan mediante contratos que deben ser informados a la SISS (Art. 47 D y 47 F LGSS). El *gran consumidor*, de optar por este "multicarrier sanitario", puede contratar libremente las tarifas y condiciones de servicio distintas de las fijadas por la autoridad.

12. PRECIOS REGULADOS

Los precios que son regulados por tarifas fijadas en materia de agua potable y alcantarillado han sido establecidos en la LTSS, siendo complementado por una variada jurisprudencia administrativa de la SISS.

En primer lugar, tenemos que están sujetas a fijación de tarifas las prestaciones esenciales de este servicio: los servicios de agua potable y de alcantarillado de aguas servidas que prestan empresas de servicio público y servicios públicos (Art. 1 LTSS):

1. Servicios de agua potable; y
2. Servicio de alcantarillado de aguas servidas.

Ambos servicios pueden ser prestados por servicios públicos y empresas de servicio público, conociéndoseles como "prestadores". Se calculan las tarifas correspondientes a las diversas etapas del servicio sanitario, esto es, producción de agua potable, distribución de agua potable, recolección de aguas servidas y disposición de aguas servidas. Las tarifas se calculan considerando los costos de los sistemas correspondientes a las diversas etapas del servicio sanitario, optimizando el uso de los recursos.

Las tarifas son reguladas tanto a usuarios finales, como a otros que actúen como intermediarios respecto de aquellos. Se ha entendido que los intermediarios están

ligados a los respectivos concesionarios (producción-distribución, o bien recolección-disposición), y su relación puede o no ser monopólica, sin embargo, se entiende que el legislador se ha colocado en la posición más desfavorable, y por ello ha dejado establecida la necesidad que la tarifa de interconexión sea fijada por la Autoridad ⁶⁷⁴

13. TARIFAS DE PRESTACIONES ASOCIADAS

La LTSS establece en su artículo 21 ciertos servicios ocasionales que pueden suministrar los prestadores a los usuarios, dentro de las cuales están:

⁶⁷⁴ Ord. N° 725/93, SISS

1. Las prestaciones asociadas a la entrega de los servicios de agua potable y alcantarillado; y
2. Las demás prestaciones asociadas.

Respecto a las prestaciones asociadas que, por su naturaleza, sólo pueden ser realizadas por el prestador, como el corte y reposición del suministro a los usuarios morosos, mantención de grifos públicos y particulares y el control directo de los residuos industriales líquidos.⁶⁷⁵ Para determinar si una prestación es asociada, se debe estar a la interpretación que haga el Ente Fiscalizador. Se caracterizan porque sólo puede realizarlas el prestador; su determinación, además de los ejemplos que señala la ley le corresponden a la SISS; y su precio lo fija Minecon y se incluyen en el Decreto Tarifario.⁶⁷⁶

Las "demás prestaciones asociadas" a las que se refiere la ley tienen un tratamiento distinto, tanto en su precio como respecto a las personas o entidades que pueden otorgarlas. Este tipo de prestaciones no tiene el carácter de monopólicas, por lo que pueden ejecutarlas personas distintas a los prestadores.

En este tipo de prestaciones, es deber del prestador informar estos precios "con anterioridad a su aplicación"⁶⁷⁷ a la SISS, no obstante ser de libre determinación. La prestación asociada puede ser realizada por el prestador, o bien por terceros que no sean el prestador. Respecto a este tipo de prestación, que no tiene el carácter de monopólica, y que pueda ser prestadas por personas diversas a los prestadores, se hace necesario que los usuarios conozcan esta alternativa, y que los

⁶⁷⁵ SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS, *op.cit.*, pág. 6

⁶⁷⁶ Ord. N° 617/97; SISS

⁶⁷⁷ Cfr. Ord. N° 617, de 1997, SISS

prestadores informen de la posibilidad de escoger. La obligación del prestador de dar a conocer esta posibilidad a los usuarios se contempla en el artículo 21 LTSS. No cualquier tercero puede realizar prestaciones asociadas a la entrega de servicios de agua potable y alcantarillado, sino que debe estar inscritos en un registro que para tales fines mantiene el prestador ("Registro Público Especial de Contratistas Autorizados para la Construcción de Empalmes y Conexiones"⁶⁷⁸).

Las tarifas que se cobren respecto a prestadores que realicen más de un servicio deben utilizar cálculos separados de cada etapa del servicio sanitario.

Estos precios por prestaciones asociadas son incluidos en los estudios de tarifas.

14. ELEMENTOS DE LAS TARIFAS REGULADAS

Las fórmulas tarifarias de servicios regulados deben considerar al menos tres elementos: cargo fijo periódico, cargo variable por volumen de agua potable consumido y cargo variable por volumen descargado de aguas servidas.

Previendo una posible discriminación mediante los cargos fijos periódicos, el Legislador decide igualar dichos cargos de todo usuario de un prestador, el que debe considerar únicamente aquellos costos del servicio que no dependen del volumen consumido o descargado (Art. 7 LTSS).

⁶⁷⁸ Al respecto, el Ord. N° 617, de 1997, SISS establece que "No obstante el hecho que un contratista cumpla con todos los requisitos referidos, es facultad discrecional de la empresa correspondiente inscribir o no al postulante a su Registro, siempre que sea por causas que no constituyan una arbitrariedad o práctica monopólica".

15. TARIFAS TRANSITORIAS SUSPENSIVAS

Excepcionalmente puede suspenderse la aplicación de las tarifas establecidas. La suspensión, siempre temporal, debe realizarse por D.S. fundado, dictado por el Presidente de la República a través de Minecon, que deberá ser suscrito, además, por el Ministro de Hacienda. Temporalmente se establecen fórmulas tarifarias especiales, que reemplazan a las que se fijan por el procedimiento de tarifación de la LTSS.

Teniendo un efecto suspensivo sobre las tarifas generales, las tarifas establecidas en este párrafo sólo pueden aplicarse si se hubieran determinado y publicado las fórmulas tarifarias ordinarias.

Las fórmulas tarifarias transitorias sin procedimiento de tarifación deben dar por resultado tarifas inferiores a las que se obtuviere de aplicar las determinadas por la SISS siempre que la Ley de Presupuestos del Sector Público autorice la compensación y considere los recursos presupuestarios pertinentes, para los prestadores afectados. Estos prestadores afectados transitoriamente por las tarifas son compensados mensualmente en un monto equivalente a la diferencia entre la facturación efectiva registrada y la que hubiera resultado en el respectivo mes, de haberse aplicado las fórmulas tarifarias generales fijadas por la SISS. Si los prestadores no reciben el subsidio establecido dentro del plazo de sesenta días desde la presentación de los antecedentes por parte de éstos a la SISS, las tarifas especiales caducan por el sólo ministerio de la ley (Art. 3 LTSS).

16. PROCEDIMIENTO DE TARIFICACIÓN

La tarifación establecida en el D.F.L. 70, de 1988 (LTSS) comienza con la elaboración de las bases sobre las cuales se efectuará el estudio para determinar las fórmulas tarifarias del período siguiente. Estas bases son puestas al conocimiento de los prestadores y del pú-

blico en general, al menos doce meses antes del vencimiento de las tarifas vigentes, anunciado por aviso en el D.O.⁶⁷⁹

Todo aquel que tenga interés comprometido en dichas tarifas puede hacer observaciones a dichas bases dentro de sesenta días desde el anuncio en el D.O., las que deben ser respondidas fundadamente por la SISS, dentro de los 45 días siguientes a su recepción. Con esta recepción de observaciones el proceso se hace más participativo y transparente para con los usuarios.

El contenido mínimo de las bases debe definir los sistemas a ser estudiados, criterios de optimización aplicables a la operación y a la expansión de los sistemas; criterios para definición del nivel de demanda de planificación; niveles de calidad del agua, del servicio, y de la atención a los usuarios; metodología de valoración del agua cruda, y metodología de cálculo de la tasa de costo de capital. (Art. 13 LTSS).

Transcurridos 30 días, contados desde la fecha de recepción por parte del prestador de las bases de cálculo, éste debe hacer llegar a la SISS los antecedentes necesarios para la realización de los estudios.

Para determinar las fórmulas tarifarias, la Superintendencia debe efectuar estudios que deben enmarcarse en la LTSS y basarse en un comportamiento de eficiencia en la gestión y en los planes de expansión de los prestadores. La SISS sólo puede considerar los costos indispensables para producir y distribuir agua potable y para recolectar y disponer aguas servidas (Art. 8 LTSS).

Con los valores resultantes de los estudios, debe estructurarse un conjunto de tarifas básicas preliminares ("tarifas de eficiencia"), calculadas según la metodología que indica el Reglamento de LTSS.

⁶⁷⁹ Así, las *Bases de Tarificación de EMOS S.A.* y *ESVAL S.A.* fueron puestas a disposición del público incluso en la página web de la SISS, <http://www.siss.cl>.

Así, aplicando los criterios de la Ley y el Reglamento, se obtienen las tarifas definitivas para la producción de agua potable, distribución de agua potable, recolección de agua servidas y disposición de aguas servidas. Finalmente, se estructuran fórmulas que expresan las tarifas en función de los índices de precios representativos de las estructuras de costos involucradas en las diferentes etapas del servicio sanitario (Art. 9 LTSS).

Los prestadores, utilizando las mismas bases de los estudios de la Superintendencia, elaboran sus propios estudios. En los estudios del prestador y la SISS se determinan los costos incrementales de desarrollo o los costos marginales de largo plazo, según corresponda, los costos totales de largo plazo, la tasa de costo capital y las fórmulas tarifarias, constituidas estas últimas por las tarifas definitivas y sus respectivos mecanismos de indexación (Art. 3 Reglamento LTSS).

Al menos antes de cinco meses antes del término de vigencia de las tarifas, los estudios del prestador y de la SISS, conteniendo sus fundamentos, antecedentes de cálculo y resultados, son puestos en comunicación de ambos, en la fecha, hora y lugar que señale el Superintendente, en presencia de un Notario Público.

Si no hay discrepancias entre las tarifas del prestador y de la SISS, se fijan como definitivas las tarifas derivadas del estudio de la Superintendencia.

Las discrepancias que pudieren existir deben contenerse en una presentación formal y pormenorizada que el prestador hará ante la SISS dentro de los 30 días siguientes al intercambio de estudios y se resolverán a través de acuerdo directo entre ambos, el que deberá constar en resolución fundada de la Superintendencia, exenta del trámite de toma de razón. Si el prestador no realiza presentación formal y

pormenorizada de sus divergencias, se aplicarán las tarifas determinadas por la Superintendencia.

El acuerdo sólo podrá realizarse dentro del plazo de los 45 días siguientes al intercambio de estudios. En caso de que las discrepancias no hayan sido solucionadas, la SISS debe constituir una comisión formada por tres expertos nominados uno por el prestador, otro por el Superintendente y, el tercero, elegido por éste de una lista de expertos, acordada entre la SISS y el prestador antes del inicio de cada proceso de fijación tarifaria.

La comisión de expertos debe pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, en mérito de los fundamentos y antecedentes de los respectivos estudios, optando de manera fundada por uno de los dos valores, no pudiendo adoptar valores intermedios. Esta decisión del panel de expertos se la ha calificado como dicotómica, con dos caminos que no permiten escoger una alternativa media. Esta decisión hace muy riesgoso una estrategia de sobreevaluar los costos para una de las partes, motivándose de esta forma un incentivo para que los resultados converjan. La comisión puede modificar parámetros distintos de aquellos sobre los que verse la divergencia, si así lo requiere la consistencia global de la estructura tarifaria.

La Comisión de Peritos constituye la *ultima ratio* en el proceso de fijación de precios, pues supone que las partes no han podido llegar a acuerdo directo respecto de sus posiciones, para que, posteriormente, los Expertos adopten un resultado sin optar por posiciones intermedias. Pese al debate existente respecto a su cometido, la evidencia de 35 procesos de fijación de tarifas, en sólo cuatro hubo Comisión de Expertos, de los cuales 3 eran empresas privadas y una empresa pública. El resultado en todas estas instancias ocurrió un aumento tarifario, aunque sería menor al registrado en el resto de los 31

procesos tarifarios.⁶⁸⁰ Otro antecedente a tener en cuenta es cuáles fueron las empresas donde hubo divergencias: las de mayor cobertura, EMOS y ESVAL.

El reglamento de peritos, define con precisión lo que debe entenderse por “divergencia” o “discrepancia”, siendo la falta de acuerdo de la empresa sanitaria, en un procedimiento de tarifación, con relación a uno o más resultados del estudio tarifario practicado por la SISS y que debe referirse exclusivamente a aquellos contenidos de manera expresa, en el estudio de la Superintendencia o en el estudio de igual carácter del prestador.⁶⁸¹ La posibilidad de negociar acuerdos es amplia, pues las partes pueden adoptar valores distintos a los resultados de los respectivos estudios tarifarios.

Se establecen importantes limitaciones a diversos aspectos del procedimiento de reclamo, tales como las materias que puede versar el conflicto, antecedentes respecto a los cuales se sustenta el pronunciamiento de la Comisión (estudios tarifarios intercambiados; antecedentes del prestador anteriores al proceso tarifario, que la SISS haya solicitado y que se hayan tenido a la vista por ésta en los estudios; discrepancias fundadas en el estudio tarifario, etc.), la competencia de los Expertos (optar pura y simplemente por uno de los valores de los estudios, con prohibición de adoptar valores intermedios), inadmisibilidad de discrepancias que no contemplen valores considerados expresamente en los estudios del respectivo prestador y prohibición de alegar ante la Comisión hechos nuevos o aportar nuevos antecedentes. Además, impone restricciones y prohibiciones a los Expertos que se designen.

⁶⁸⁰ INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, “Polémica sobre Tarifas Sanitarias”, en *Temas Públicos*, 574, 19 de abril de 2002, pág. 1

⁶⁸¹ Art. 2, b) Reglamento para la Designación y Funcionamiento de la Comisión de Expertos establecida en el Artículo 10° del D.F.L. 70 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas; DS 385, de Julio de 2000

Un cerco adicional al procedimiento ante los Expertos lo constituye la posibilidad que la SISS declare inadmisibles, previamente al conocimiento del Comité de Expertos, todas las divergencias que sean contradictorias o modificatorias del estudio del prestador, o que se sustenten en valores, antecedentes, métodos u otros elementos distintos o contradictorios con las Bases Definitivas o los estudios tarifarios.⁶⁸²

Ahora bien, la Comisión de Expertos puede modificar parámetros distintos a los que verse la discrepancia, pues ella debe mantener la consistencia y coherencia global de la estructura de tarifas, guardando la concordancia con la metodología y criterios que se hayan aplicado.

En su dictamen, la Comisión adopta decisiones por simple mayoría, debiendo fundarse tanto los votos de mayoría como los de minoría; debiendo resolver todas las discrepancias que se hayan sometido a su conocimiento. El dictamen es vinculante para ambas partes, y respecto a él, sólo procede el recurso de aclaración, interpretación, rectificación o enmienda; aunque se permite que la Superintendencia, al someter a consideración de Minecon el correspondiente decreto tarifario, rectifique de oficio los errores de orden numérico que aparezcan de manifiesto en el dictamen. La CGR ha señalado que, respecto a estos dictámenes, “dentro del ámbito administrativo, no cabe revisar, en lo sustancial, el dictamen de la comisión de expertos, cuya determinación posee el carácter de obligatoria y definitivo conforme dispone la ley”.⁶⁸³ Ahora bien, el dictamen en comento admite, *a contrario*, la posibilidad cierta de revisión judicial del dictamen, por la justicia ordinaria; mientras deniega la vía administrativa para el particular y la SISS.

⁶⁸² Art. 6 Reglamento del D.F.L. 70, DS Minecon 453, de 1989

⁶⁸³ D. N° 4580/00, CGR

El dictamen de la comisión debe ser informado en acto público, tiene el carácter de definitivo y es obligatorio para ambas partes.

Antes de 30 días de la fecha de término del período de vigencia de las fórmulas tarifarias en aplicación, la Superintendencia debe fijar las nuevas fórmulas tarifarias.

Todos los estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas, incluidos los documentos que se mantuvieron bajo custodia notarial, son públicos después de terminado el proceso de fijación tarifaria.

17. DURACIÓN DE LAS TARIFAS

Las fórmulas tarifarias de servicios sujetos a regulación tienen una duración de cinco años, y su duración se extiende hasta la fijación de las fórmulas tarifarias que las reemplacen.

18. INDEXACIÓN DE LAS TARIFAS

Las tarifas se obtienen automáticamente de las fórmulas tarifarias, al aplicárseles los índices de precios representativos de las estructuras de costos involucradas en las distintas etapas del servicio sanitario.

Para que haya nuevas tarifas, debe acumularse una variación mínima de un tres por ciento en uno de los cargos tarifarios, efectuándose a partir del día quince del mes que corresponda (Art. 11 LTSS).

Cada reajuste de tarifas debe ser informado previamente a la SISS, y luego al público en general mediante una publicación hecha en un diario de circulación regional.

19. DISCRIMINACIÓN DE TARIFAS EN LA LEGISLACIÓN SANITARIA

El artículo 11, literal a), de la Ley 18.902 establece la sanción (multa a beneficio fiscal, máximo de 50 UTA) que deberá imponerse a las personas y entidades fiscalizadas por la SISS que hagan "cobros indebidos, trato económico discriminatorio a los usuarios". Además, la LGSS dispone que las normas de dicha ley se aplican sin discriminación a todas las concesionarias de servicios sanitarios (Art. 54).⁶⁸⁴

Justificándose la diferencia de tarifas en razón de costos, y teniendo en cuenta la igualdad de cargos fijos que exige la ley, queda clara la intención del legislador de prohibir el trato discriminatorio respecto a usuarios de un mismo grupo.

Respecto a diferencias de tarifas, la SISS ha resuelto que

*Una variable que establece diferencias en las tarifas entre localidades, dice relación con la demanda existente en cada una de ellas. Demanda que se refleja en el número de clientes y la cantidad de m³ de consumo de agua potable. Ello es así porque los servicios sanitarios requieren de un nivel de inversión que no varía dependiendo del número de clientes y consumo, lo que significa que en las localidades pequeñas la inversión por cliente, valor que debe ser financiado, por la tarifa, es muy superior al obtenido para localidades grandes.*⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ La jurisprudencia ha señalado que los concesionarios de servicio sanitarios no se equiparan a los peticionarios de una concesión. *SAPBSA contra Superintendente de Servicios Sanitarios*, Recurso de Reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5209-2000, Cons. 6º

⁶⁸⁵ Ord. N° 181/98, SISS.

III. ELECTRICIDAD

1. LEGISLACIÓN APLICABLE

La regulación de tarifas eléctricas está compuesta principalmente por la LGSE (cuarenta artículos en materia de tarifas y precios), el Reglamento de dicha ley (con más de noventa artículos sobre la materia), la Ley de la SEC y el D.L. N° 2224, de 1978, que creó la CNE. Tan extensa regulación no puede sino reseñarse en un trabajo como este. Valga la advertencia entonces, de que la regulación tarifaria eléctrica es la más extensa y abundante en criterios técnico-económicos.⁶⁸⁶

2. ORGANISMOS COMPETENTES

La regulación de precios en materia eléctrica tiene como organismos partícipes a la CNE, organismo regulador técnico en materia energética; la SEC (principalmente respecto al VNR y costos de explotación), y con facultades para interpretar administrativamente la normativa sectorial; y a Minecon encargado éste de la publicación del decreto tarifario (Art. 92 LGSE). El TDLC cumple una función previa respecto a los servicios asociados al suministro eléctrico, según lo dispuesto en los artículos 90 N° 4 y 107 bis LGSE.

3. PRECIOS EN MATERIA ELÉCTRICA

A grandes rasgos, son cuatro los tipos de tarifas las que establece la LGSE, basados directamente en los costos marginales del suministro:⁶⁸⁷

⁶⁸⁶ Vid. MATTHEI FORNET, Hedy. *Institucionalidad Normativa del Sector Eléctrico*, Memoria de Prueba, Departamento de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, Santiago, 2001, pág. 184 y sgtes. También EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio. *Derecho Eléctrico*, Ed. Lexis-Nexis, Santiago, 2003, pág. 230 y sgtes.

⁶⁸⁷ Vid. LEIVA, Fernando y RADRIGÁN, Juan. *Chile: Los Consumidores y los Servicios Públicos Domiciliarios. ¿Entre la Espada y la Pared?*, Consumers International, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 1998, pág. 92 y sgtes.

1. Precios de transferencia entre empresas generadoras;
2. Precios de generación a distribución;
3. Tarifas a clientes de empresas distribuidoras; y
4. Precios a grandes clientes finales.

3.1. Precios de transferencia entre generadores

Estos precios corresponden a los costos marginales de corto plazo del sistema eléctrico, calculados por el Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC), ente encargado de la coordinación de los sistemas interconectados. El CDEC calcula los costos marginales de corto plazo asociados a la operación óptima y determina y valoriza las transferencias de electricidad entre las empresas, usando esos costos, así como los pagos de éstos a los propietarios del sistema de transmisión.⁶⁸⁸

3.2. Precios de nudo

Son los precios de generación a distribución o transporte, calculados por la CNE como los costos marginales de satisfacer las demandas de potencia de punta (kW) y energía (kWh) en todas las subestaciones de entrega a las redes de distribución el suministro eléctrico. Estos costos marginales se determinan para el sistema eléctrico de generación-transmisión optimizado en su desarrollo y operación. Los precios de nudo deben reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro en el ámbito de generación-transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo (Art. 97 LGSE). El precio de nudo corresponde a los precios pagados a las empresas generadoras de electricidad por las empresas distribuidoras de este servicio.⁶⁸⁹

⁶⁸⁸ BERNSTEIN, *op.cit.*, pág. 191

⁶⁸⁹ La discusión sobre la necesidad de que la distribuidora cuente con un contrato de suministro con una empresa generadora, aun cuando la primera esté pagando el

La LGSE se encarga de calificar los precios de nudo en el primer nivel de precios sujetos a fijación. Este precio tiene un techo máximo, determinado su tope superior por el precio competitivo de la energía, dado por los contratos negociados a precio libre entre prestador y clientes libres. De este modo, se persigue que los precios regulados estén cerca de los precios obtenidos entre prestador y cliente libre, negociados en igualdad.

El precio de nudo está compuesto por dos elementos: precio de nudo de la energía y precio de nudo de la potencia de punta (Art. 96, N° 1 LGSE). A su vez, su naturaleza les hace ser fluctuantes en razón de situaciones coyunturales, sobre todo en atención de su determinación semestral, variaciones hidrológicas, en la demanda, precios de combustibles y otros.

Con el tiempo, esta tarifación de precios de nudo, para algunos, habría quedado obsoleta, proponiéndose ya su eliminación, fomentando la competencia ya existente en la generación:

En el caso del [precio de nudo] no existe la razón de monopolio natural porque en el proceso de generación de energía existe un mercado razonablemente competitivo. La razón para regular estos precios es más bien histórica, deriva de cuando se efectuó la reforma del sector y se introdujo el concepto de costo marginal. En ese entonces la estructura de la propiedad en generación eléctrica era más bien monopólica y por este motivo la autoridad de la época no estimó conveniente liberalizar los precios de la energía destinada al suministro de distribución eléctrica, porque no se daban las

precio de nudo, puede verse en la RE 88, de mayo de 2001, de Minecon, que resuelve una divergencia en el CDEC-SIC, respecto al tratamiento que debe darse en el balance de valorización de transferencia de energía a consumos que se realicen y se constate que no tienen contrato de suministro y a las acciones y medidas operativas que debe adoptar la Dirección de Operación, habida consideración de su impacto en la seguridad social del servicio y la garantía de los derechos de servidumbre de paso de la energía.

*condiciones de competencia. A pesar de que posteriormente se han dado las condiciones de competencia, la autoridad no ha avanzado en la dirección de permitir que el mercado determine ese precio.*⁶⁹⁰

Aun así, la relevancia esencial del precio de nudo en la determinación del precio de distribución a los usuarios y su característica de precio calculado justifica su reseña.

4. PROCEDIMIENTO DE TARIFACIÓN DEL PRECIO DE NUDO

La tarifación del precio nudo se realiza semestralmente por la CNE. Dentro de los primeros quince días de marzo y septiembre de cada año, la Comisión debe poner en conocimiento de las empresas de generación y transporte que efectúen ventas sometidas a fijación de precios y los CDEC, un informe técnico de cálculo de los precios de nudo según el procedimiento indicado en el artículo 99 LGSE. Este informe técnico debe tener un contenido que debe hacer explícito y justificar cálculos de demanda, costos de combustibles, fórmulas de indexación, planes de obras y otros (Art. 100 LGSE).

Las empresas de generación y transporte y los CDEC que realizan ventas sometidas a fijación de precios deben comunicar a la Comisión antes del 31 de marzo y 30 de septiembre de cada año, su conformidad o sus observaciones al informe técnico elaborado por la CNE. Además de su conformidad u observaciones, cada empresa debe informar a la Comisión la potencia, la energía, el punto de suministro correspondiente y el precio medio cobrado por las ventas a precio libre efectuadas durante los últimos seis meses, a cada uno de sus consumidores no sometidos a fijación de precio.

⁶⁹⁰ INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, “Procesos de Fijación Tarifaria” en *Temas Públicos, op.cit.*

La CNE puede aceptar o rechazar en todo o parte las observaciones de las empresas; sin embargo, los precios de nudo definitivos que ella determine no podrán diferir en más de diez por ciento de los precios correspondientes a suministros no sometidos a fijación de precios durante los seis meses anteriores a la fijación (precios competitivos). La comparación entre unos y otros precios se realiza por criterios señalados en la ley y conforme un procedimiento de comparación (Art. 101 LGSE).⁶⁹¹

Respecto a los precios libres que deben contabilizarse, la CGR ha señalado que ellos consideran los de todas las empresas generadoras, y no sólo los de aquellas que realizan ventas a precio regulado.⁶⁹²

El regulador energético debe comunicar, antes del 15 de abril y 15 de octubre de cada año, a Minecon y a las empresas eléctricas que corresponda, los precios de nudo y la fórmula de indexación juntamente con un informe técnico, el que deberá contener el informe de cálculo

⁶⁹¹ El procedimiento de comparación, descrito en el Art. 101 LGSE, dispone tres pasos: (1) A partir del precio medio efectivo de cada suministro no sometido a fijación de precio se calculará un promedio considerando como factor de ponderación la energía facturada correspondiente a cada suministro; (2) A partir del precio medio teórico de cada suministro no sometido a fijación de precio, que resulta de aplicar los precios de nudo determinados por la Comisión, se calculará un promedio, considerando como factor de ponderación la energía facturada correspondiente a cada suministro; y (3) Si el promedio de precios calculados según lo estipulado en el número 2 precedente no difiere en más de diez por ciento del promedio calculado según lo estipulado en el número 1, los precios de nudo determinados previamente serán aceptados. En caso contrario, la Comisión deberá multiplicar todos los precios de nudo por un coeficiente único, de modo de alcanzar el límite más próximo, superior o inferior de la banda de diez por ciento. El Art. 106 Reglamento LGSE establece que "Las empresas concesionarias deberán mantener a disposición del público la lista de precios de los servicios que prestan, incluyendo los regulados y no regulados. Igual información deberán entregar a la Superintendencia y actualizarla cada vez que dichos valores se modifiquen (...) En la información referida no se incluirán los suministros contratados a precio libre."

⁶⁹² D. N° 34603/97, CGR

de los precios de nudo, sus modificaciones posteriores y las observaciones de las empresas.⁶⁹³

Una vez fijados, Minecon publicará los precios de nudo en el D.O., a más tardar el 30 de abril y el 31 de octubre de cada año.

Vencidas las *tarifas de nudo* y mientras no sean fijadas las del período siguiente, éstas podrán ser reajustadas por las empresas eléctricas de generación-transporte en la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, medido desde dicha fecha, previa publicación con quince días de anticipación en un diario de circulación nacional (Art. 103 LGSE).

El reajuste de los precios de nudo ocurre cuando el precio de la potencia de punta o de la energía, resultante de aplicar las fórmulas de indexación que se hayan determinado en la última fijación semestral de tarifas, experimente una variación acumulada superior a diez por ciento.

5. PRECIOS REGULADOS EN MATERIA ELÉCTRICA

Respecto a los suministros de energía eléctrica que son objeto de precios regulados, la LGSE determina con bastante precisión cuales son, indicando en su artículo 90 que:

1. Los suministros a usuarios finales con una potencia conectada inferior o igual a 2 Megawatts (MW), que se ubiquen en zonas de

⁶⁹³ Para Eduardo RODRÍGUEZ DEL RÍO, en la fijación del precio de nudo se mezclan el acto de autoridad, “revestido de *ropaje técnico*”, pero que por su naturaleza pondera el factor político al momento de fijar el guarismo final, y la voz del mercado, divulgada por las transacciones habidas entre empresas eléctricas y sus clientes libres; siendo así una herramienta entregada a disposición del Estado para cumplir una finalidad intervencionista y proteccionista; en “Precios de Nudo y de Mercado de la Energía Eléctrica”, en *Diario El Mercurio*, Santiago, 5 de abril de 2002, pág. A 2

concesión de servicios públicos de distribución o que se conecten mediante líneas propias o de terceros a las instalaciones de la concesionaria correspondiente;

2. Los suministros a usuarios finales de potencia conectada inferior o igual a 2 MW, hechos desde instalaciones de generación o transporte de una empresa eléctrica en sistemas eléctricos de tamaño superior a 1.5 MW en capacidad instalada de generación;

3. Los suministros que se hagan a empresas eléctricas que no tengan generación propia, en la proporción en que estas últimas efectúen a su vez suministros sometidos a fijación de precios, siempre que se trate de sistemas eléctricos con una capacidad instalada de generación superior a 1.5 MW; y

4. Los servicios no consistentes en suministros de energía, prestados por las empresas sean o no concesionarias de servicio público que, mediante resolución del TDLC, y dictada a solicitud de la SEC o de cualquier interesado, fueran expresamente calificados como sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria.

En este grupo de precios regulados tenemos dos niveles de precios sujetos a fijación: los precios de generación-transporte o "precios de nudo" y los precios de distribución.

A los precios fijados en los N° 1 y 2 se les aplican los precios a nivel de distribución, salvo excepciones que la misma ley comprende.

A los precios fijados para el N° 3, les son aplicables según el caso, los precios de nudo o los precios de distribución.⁶⁹⁴

⁶⁹⁴ Vid. Art. 96 LGSE

6. PEAJES DE TRANSMISIÓN⁶⁹⁵

Respecto a los cobros hechos por la servidumbre de paso de energía eléctrica por tendidos ajenos, la Ley y Reglamento Eléctrico han efectuado una minuciosa regulación del modo de fijar el precio del peaje, con relevancia en la determinación del precio final de la electricidad.

El uso de los sistemas de transmisión hecho en forma compartida facilita la competencia a nivel de generación.

Por el criterio de excluir la regulación de precios de transmisión dentro de las empresas de utilidad pública, no lo veremos en este trabajo.

7. SUBDISTRIBUCIÓN DE ELECTRICIDAD

Respecto a los subdistribuidores de electricidad (una empresa que no es concesionaria de servicio público de energía eléctrica que actúa revendiendo energía a usuarios finales), la jurisprudencia de la CPC ha sostenido que "el subdistribuidor está sometido al mismo régimen de fijación de tarifas al que está sujeta la empresa concesionaria respecto de los suministros que efectúe a sus usuarios".⁶⁹⁶ En el caso en cuestión, el subdistribuidor era una inmobiliaria, por lo que no hacía uso de bienes nacionales de uso público, con relación al artículo 16, b) LGSE. La R. 592 califica, como servicio asociado al suministro, los peajes de este tipo.

⁶⁹⁵ Vid. Arts. 51 a 51 G LGSE y Arts. 197 a 200, Reglamento LGSE. También BERNSTEIN, *op.cit.*, pág. 193

⁶⁹⁶ D. N° 538, CPC

8. PRECIOS DE DISTRIBUCIÓN

Los *precios a nivel de distribución* se determinan sobre la base de la suma del precio de nudo, establecido en el punto de conexión con las instalaciones de distribución, y de un valor agregado por concepto de costos de distribución.

Respecto al segundo elemento, el valor agregado por concepto de costos de distribución, se basa en empresas modelo y considera los costos fijos por concepto de gastos de administración, facturación y atención del usuario, independientes de su consumo; pérdidas medias de distribución en potencia y energía; y los costos estándares de inversión, mantención y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada. Los costos anuales de inversión se calculan considerando el Valor Nuevo de Reemplazo, VNR, de instalaciones adaptadas a la demanda, su vida útil, y una tasa de actualización igual al 10% real anual.

Los valores agregados de distribución deben calcularse para satisfacer la calidad de servicio que establece este reglamento (Art. 294 Reglamento LGSE).

9. DETERMINACIÓN DEL VALOR NUEVO DE REEMPLAZO (VNR) Y DE LOS COSTOS DE EXPLOTACIÓN

El VNR de las instalaciones de distribución de una empresa concesionaria, comprende el costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos destinados a dar el servicio de distribución, en las respectivas concesiones, incluyendo los intereses intercalarios; los derechos, los gastos y las indemnizaciones pagadas para el establecimiento de las servidumbres utilizadas; los bienes intangibles y el capital de explotación. La renovación asume que toda la empresa se

reconstruye de nuevo, asumiendo los precios vigentes a la época del cálculo.⁶⁹⁷

Las empresas concesionarias deben enviar anualmente a la SEC, antes del 31 de marzo, los costos de explotación correspondientes al año anterior acompañado de un informe auditado.

El VNR se calcula cada cuatro años, el año antes del cual corresponde realizar la fijación de fórmulas tarifarias. El procedimiento de determinación del VNR se inicia con la comunicación del concesionario a la SEC antes del 30 de junio de dicho año, del VNR correspondiente a un inventario valorizado de las instalaciones de distribución de su concesión, acompañado de un informe auditado. La SEC fija el VNR, para lo cual puede aceptar o modificar el valor comunicado por la empresa, en el plazo de tres meses. De no existir acuerdo entre el concesionario y la SEC, el VNR debe ser determinado por una comisión pericial. Esta comisión está integrada por tres peritos ingenieros: uno nombrado por el Presidente de la República, otro designado por el concesionario y el tercero el decano más antiguo en ejercicio del cargo, de una Facultad de Ingeniería, con asiento en la capital, de una Universidad estatal. La comisión pericial debe pronunciarse sobre el VNR antes del 31 de diciembre del año en cuestión. Sin comunicación del VNR y del informe auditado, este valor debe ser determinado por la SEC antes del 31 de diciembre de ese año, y no puede ser apelado por el concesionario.⁶⁹⁸

⁶⁹⁷ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. "Análisis del Sistema Tarifario de la Distribución de Energía Eléctrica. La Fijación del 'Valor Nuevo de Reemplazo' (VNR)", en *RCD*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Vol. 21, 1994, pág. 447 y sgtes. También, BLANLOT, *op.cit.*, pág. 296 y sgtes.

⁶⁹⁸ *vid.* VERGARA BLANCO, Alejandro. "Naturaleza Jurídica y Atribuciones de la Comisión Pericial que Determina el Monto del VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) de las Instalaciones de Distribución Eléctrica", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000, pág. 429 y sgtes.

En el plazo entre dos fijaciones de VNR, este valor es aumentado o rebajado en la misma proporción en que varíe el Índice General de Precios al Consumidor.

Un segundo paso en la tarificación de precios de distribución lo comprenden los costos de explotación. Dichos costos deben ser enviados a la SEC por las empresas antes del 31 de marzo del año en que se fijan las tarifas, correspondientes a los del año anterior, pudiendo la SEC rechazar aquellos costos que considere innecesarios o la parte de ellos que estime excesivos.

La SEC informa a la CNE, los VNR y costos de explotación definitivos correspondientes a la actividad de distribución, así como los aportes de terceros que correspondan a cada empresa.

10. PROCEDIMIENTO DE TARIFICACIÓN EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN

Las componentes del valor agregado por concepto de costos de distribución se calculan para un determinado número de áreas de distribución típicas, que fija la CNE, oyendo con anterioridad a las empresas. Las componentes para cada área típica se calculan sobre la base de un estudio de costos encargado a una empresa consultora por la CNE.⁶⁹⁹ Este estudio de costos se basa en un supuesto de eficiencia en la política de inversiones y en la gestión de una empresa distribuidora *ope-*

⁶⁹⁹ Respecto a la contratación del consultor por la CNE, *vid.* D. N° 51800/02, CGR. Para EVANS ESPIÑEIRA, “los consultores independientes designados, tanto por la [CNE] como por las empresas de distribución, reciben una verdadera ‘delegación de la autoridad y de los concesionarios’ para emitir informes, los cuales descansan sobre las ‘Bases’ establecidas. En razón de ello, dichos informes deben ser considerados en el proceso de fijación de las tarifas de distribución. De aquí arranca el valor que la ley les asigna.” EVANS ESPIÑEIRA, *Derecho Eléctrico*, pág. 236. Al respecto, véase la posibilidad de que la CNE declare fuera de bases el estudio.

rando en el país. Las empresas concesionarias de distribución, en conjunto o individualmente, pueden contratar el mismo estudio, aplicado a las mismas áreas de distribución típicas definidas anteriormente, a otra empresa consultora, elegida por ellas de entre una lista de empresas acordadas con la CNE. En este caso la Comisión puede revisar el o los estudios encargados por las empresas, y efectuar con la conformidad previa de ellas, las correcciones a que dé lugar esta revisión. Si no hay acuerdo, predomina el criterio de las empresas respecto de los valores obtenidos en el o los estudios encargados por ella. Si las empresas no contratan estudios, o si ellos son declarados fuera de bases, los valores agregados de distribución serán aquellos que resulten del estudio de la CNE,⁷⁰⁰ pues serían incontestables estudios realizados sobre bases distintas, vulnerándose los objetivos de la LGSE.

La CGR ha dispuesto, con motivo de una consulta conjunta Minecon y la CNE, que la existencia de este estudio es la comprobación, por un consultor externo, del importe a que alcanza cada uno de las componentes aludidas por el artículo 106 de la Ley. Si este informe no existe, la fijación de precios es ilegal, por lo que este informe permite el pronunciamiento fundado de la autoridad. Así, el informe es preceptivo para el regulador, al ser un trámite que lo impone la Ley y vincula a la autoridad al constituir una apreciación de carácter técnico expedida por el mandato de la ley y del reglamento eléctrico, por lo que la CNE está obligada a resolver en el sentido que propone el consultor, de cuyo informe no puede alejarse válidamente. No obstante, agrega el Ente Contralor, es evidente que la CNE está facultada para disponer que la empresa consultora deba revisar su informe, ya

⁷⁰⁰ Cfr. Arts. 297, 298 y 299, Reglamento LGSE. Sobre este punto, vid. *Asociación de Empresas de Servicio Público contra Presidente de la República y Ministro de Minería*, Recurso de Protección, rol ingreso 3852-98, Corte de Apelaciones de Santiago, que conoció respecto al artículo 299 del Reglamento LGSE con ocasión de su dictación.

sea en su elaboración o en sus conclusiones, si éste, en opinión de dicho Servicio, no se atuvo a lo preceptuado en la Ley, el Reglamento, en las bases técnicas, la metodología de cálculo de cada uno de los parámetros relevantes o se aparta de la determinación de costos. Aún más, agrega que puede contratarse a otro consultor para que se elabore un informe complementario que eventualmente sirva de antecedente para la revisión que pida la CNE. Así, se pide la o las revisiones si el informe no fuere idóneo, debiendo proceder en forma razonada y motivada si estima necesaria la revisión.⁷⁰¹ Nada dispone el dictamen para el caso que el consultor se niegue a la revisión, y la rechace.

Continuando con el procedimiento, para cada área típica, la Comisión debe calcular el promedio aritmético ponderado de los valores agregados resultantes de los estudios de la CNE y de las empresas; ponderando en dos tercios para los que resulten del estudio encargado por la CNE y en un tercio para los valores que resulten del estudio encargado por las empresas como conjunto, o para el promedio de los valores resultantes en los estudios encargados individualmente por las empresas.

Todos los estudios deben ajustarse a las bases que determina la CNE, que debe comunicarlas a las empresas antes de seis meses del término de la vigencia de las fórmulas de las tarifas en aplicación. Estas bases son el instrumento fundamental sobre el cual debe desarrollarse el proceso de tarifación. Ellas son impuestas por la autoridad, sin intervención de las empresas distribuidoras, salvo respecto a las observaciones que pueden formular, por lo que una vez aceptadas por la autoridad administrativa y empresas, obligan a ambos, por lo que no procedería la modificación unilateral de ellas.⁷⁰²

⁷⁰¹ D. N° 25852/02, CGR

⁷⁰² EVANS ESPÍNEIRA, *op.cit.*, pág. 219

A la definición de áreas típicas contenida en las bases determinadas por la CNE, puede realizarse observaciones por las empresas en un plazo de 15 días, desde la recepción de las bases. Estas bases deben contener la metodología de cálculo de cada uno de los parámetros relevantes y los criterios para la determinación de los costos de la empresa modelo.

Si el o los estudios contratados por las empresas no se ajustan a las bases referidas, ellos no son considerados en el proceso de tarifación, sin perjuicio de las acciones legales que competen a las empresas que se sientan afectadas.

Antes de dos meses del término de vigencia de las fórmulas tarifarias, las empresas deben enviar a la CNE un informe que contenga los resultados del o los estudios que hayan contratado.

Con los valores agregados y los precios de nudo que correspondan, la Comisión estructura un conjunto de tarifas básicas preliminares, para tantas tarifas básicas como empresas y sectores de distribución de cada empresa se hayan definido (Art. 108 LGSE).

Si las tarifas básicas preliminares permiten al conjunto agregado de las instalaciones de distribución de las empresas concesionarias obtener una tasa de rentabilidad económica antes de impuestos a las utilidades, que no difiera en más de cuatro puntos de la tasa de actualización definida en el artículo 106 LGSE, los valores agregados ponderados que les dan origen serán los que se acepten. Si ello no ocurre, los valores deben ser ajustados proporcionalmente de modo de alcanzar el límite más próximo superior o inferior.

Con los valores agregados definitivos, calculados según el procedimiento definido en el artículo 109 LGSE, la Comisión estructura fórmulas indexadas que expresan las tarifas en función de los precios de

nudo y de los índices de precio de los principales insumos de la distribución. La CNE debe estructurar tantas fórmulas como empresas y sectores de distribución en cada empresa se hayan definido.

Antes de quince días del término del período de vigencia de las fórmulas tarifarias, la CNE informa a Minecon las fórmulas tarifarias para el período siguiente, acompañando un informe técnico.

El Ministerio de Economía debe fijar las fórmulas tarifarias mediante publicación en el D.O. antes del término del período de vigencia de las fórmulas tarifarias anteriores.

11. PROCEDIMIENTO DE TARIFACIÓN DE SERVICIOS ASOCIADOS AL SUMINISTRO

Existe una amplia gama de servicios monopólicos que no corresponden al suministro eléctrico. Estos servicios estuvieron sujetos a un régimen de precios libres hasta 2000, siendo monopólicos y en los cuales no hay costos sujetos a revisión basándose en una empresa eficiente.⁷⁰³

Esta irregularidad permitió que la disminución en algunos cargos tarifarios concluidos los procesos de fijación de precios fuera compensada por las empresas, alzando dichos servicios asociados, opacando la rebaja real de costos y traducándose en abusos a los usuarios.⁷⁰⁴

Respecto a los servicios asociados al suministro eléctrico, las bases elementales y criterios a seguir para su fijación, están delineadas en el

⁷⁰³ El Art. 106 Reglamento LGSE dispone que "En el caso de los servicios no sujetos a regulación de precios, la lista de precios deberá indicar expresamente aquellos que, siendo ofrecidos por el concesionario, también pueden ser contratados con terceros."

⁷⁰⁴ Cfr. R. N° 531 e INOSTROZA, *op.cit.*, pág. 108

artículo 107 bis LGSE, que establece que los precios de los servicios a que se refiere el artículo 90 N° 4 LGSE se calculan sobre la base de los estudios de costos y los criterios de eficiencia a que se refiere el artículo 107 LGSE. Este artículo señala que dicho “estudio de costos se basará en un supuesto de eficiencia en la política de inversiones y en la gestión de una empresa distribuidora operando en el país”, lo que se conoce como tarificación conforme la “*empresa modelo*”. Los servicios deben haber sido objeto de una declaración previa del TDLC respecto a que ameritan fijación por las condiciones de competencia. Los valores que resulten no forman parte del VAD, y se actualizan mensualmente de acuerdo a la variación de los índices de precios u otros que se establezcan en el decreto que los fije. Los precios de los servicios asociados al así determinados deben ser sometidos a revisión y determinación de nuevos valores con ocasión del proceso de fijación de tarifas de suministros de distribución sin perjuicio de que, en cualquier momento, cuando el TDLC así lo determine, Minecon, mediante decreto, formalice su descalificación como servicio sujeto a fijación de precios.

12. VIGENCIA DE LAS TARIFAS Y MODIFICACIÓN

Las fórmulas tarifarias tienen un período de validez de cuatro años salvo que en el intertanto se produzca una variación acumulada del Índice General de Precios al Consumidor superior al cien por cien, o bien que la tasa de rentabilidad económica antes de impuestos a las utilidades para el conjunto de todas las empresas distribuidoras, calculado según el procedimiento descrito en el artículo 108 LGSE, difiera en más de cinco puntos de la tasa de actualización definida en el artículo 106 LGSE. En estos casos, la CNE debe efectuar un nuevo estudio, salvo que las empresas concesionarias de distribución de servicio público y el organismo regulador acuerden unánimemente ajustar la fórmula original. En el caso de efectuarse un reestudio, éste tiene una vigencia hasta completar el período de cuatro años.

Además, si antes del término del período de cuatro años de vigencia de las fórmulas, hay acuerdo unánime entre las empresas y la CNE para efectuar un nuevo estudio de tarifas, éste podrá efectuarse y las fórmulas resultantes tendrán vigencia hasta el término del período en cuestión.

13. INDEXACIÓN DE TARIFAS DE DISTRIBUCIÓN

Vigentes las fórmulas tarifarias, las tarifas máximas que las empresas pueden cobrar a sus clientes se obtienen aplicando a dichas fórmulas las variaciones de los índices de precios que en ellas se establezcan. Cada vez que las empresas distribuidoras reajustan sus tarifas, están obligadas a comunicar los nuevos valores a la CNE y a la SEC, antes de publicarlos en un diario de circulación nacional.

14. TARIFAS LIBRES EN MATERIA ELÉCTRICA.

1) Tarifas de empresas no consideradas servicio público, conforme el artículo 8 LGSE:

1. Suministros realizados desde instalaciones de generación y transporte;
2. Distribución de energía hecha por Cooperativas no concesionarias; y
3. Distribución realizada sin concesión.

2) Tarifas de empresas que no requieren de servicio público, según el artículo 16 LGSE:

1. Los suministros de usuarios no sometidos a regulación de precios, según los artículos 90 y 91 LGSE;

2. Los suministros que se realizan sin utilizar bienes nacionales de uso público;

3. Los suministros realizados usando bienes nacionales de uso público, mediante permisos otorgados antes del establecimiento de una concesión de servicio público; y

4. Toda prestación que se efectúe a través de un contrato que acuerden libremente las partes, incluidos los concesionarios.

3) Los suministros a que se refieren los números 1 y 2, del artículo 90 LGSE pueden ser contratados a precios libres cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando se trate de servicio por menos de doce meses;

2. Cuando se trate de calidades especiales de servicio a que se refiere el inciso segundo del artículo 79, por estipulación contractual; o

3. Cuando el momento de carga del cliente respecto de la subestación de distribución primaria sea superior a 20 megawatts-kilómetro.⁷⁰⁵

15. SITUACIÓN ESPECIAL DE NUEVAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS O TRANSFERENCIA DE LA CONCESIÓN

De crearse nuevas empresas concesionarias de servicio público de distribución, en fechas que no coincidan con el proceso de cálculo periódico de precios de distribución, en forma previa al otorgamiento

⁷⁰⁵ Cfr. Art. 252, Reglamento LGSE

de dicha concesión, la CNE debe calcular los precios de distribución correspondientes e informarlos al Ministerio. Para ello, deberá asignar la empresa, en su globalidad o por sectores, a las áreas de distribución típicas vigentes. Aquellos parámetros que sean propios de la empresa y que se requieran para establecer las tarifas, también son determinados por la Comisión. El decreto que otorgue la concesión debe incluir las condiciones tarifarias que van a tener vigencia para la respectiva empresa, hasta la próxima fijación normal de tarifas de distribución.

No obstante, si la creación de la nueva empresa concesionaria requiere la transferencia parcial o total de la concesión por parte de una concesionaria existente a la fecha de la última fijación de precios de distribución, Minecon, si decide aceptar el traspaso y previo informe de la CNE, puede mantener en la zona transferida los precios de distribución vigentes, o bien, solicitar a ésta un recálculo en los términos indicados más arriba.

16. RÉGIMEN DE PRECIOS PARA GRANDES CONSUMIDORES

Los "grandes usuarios" eléctricos son aquellos que tienen una potencia conectada superior a 2 MW. Ellos pueden negociar libremente sus tarifas, ya sea porque tienen acceso a más de un proveedor, pueden desarrollar una alternativa de autoabastecimiento o tienen capacidad de negociación con la empresa eléctrica.⁷⁰⁶

En primer lugar tenemos a los precios de los suministros a usuarios finales del artículo 90 LGSE cuando se trate de un servicio por menos de doce meses; cuando se trate de calidades especiales de servicio por sobre los estándares fijados; o si al momento de carga del cliente

⁷⁰⁶ Este límite cuantitativo, oportuno para el momento de dictación de la LGSE aparece actualmente como un elemento obsoleto. Los países que siguieron la regulación eléctrica chilena bajaron este límite a niveles más bajos, de megawatts a kilowatts.

respecto a la subestación de distribución primaria es superior a 20 MW-kilómetro.

En segundo lugar, pueden ser contratados a precios libres todos los suministros que no estén regulados como precios fijados en el artículo 90 LGSE, conforme al artículo 91 de la Ley.

Tampoco están regulados por la ley los precios de aquellos suministros privados de electricidad, v.g.: la distribución de energía eléctrica en territorios privados (parcelaciones o loteos).

17. SITUACIÓN ESPECIAL DE LAS COOPERATIVAS ELÉCTRICAS

Las cooperativas de abastecimiento y distribución de energía eléctrica se encuentran reguladas por la LGC, en cuyo texto hallamos expresa mención a ellas,⁷⁰⁷ dentro de las cooperativas de servicio. Este tipo de cooperativas se rige, en lo que toca a las operaciones de su giro, por la LGSE.

Las cooperativas de distribución eléctrica pueden ser concesionarias de servicio público o prestar un servicio privado de distribución. La LGSE señala expresamente en su artículo 8 que "No se considerarán de servicio público (...) la distribución de energía que hagan las Cooperativas sin concesión (...)". Ahora bien, nada obsta a que las cooperativas de abastecimiento eléctrico sean concesionarias, si obtienen la concesión.

Las cooperativas sin concesión también pueden distribuir electricidad dentro de áreas con concesionarios, en la medida que obtengan una concesión de servicio público de distribución parcial o total del territorio concedido (Art. 17 bis LGSE). En tal caso, la cooperativa

⁷⁰⁷ Arts. 96 y sgtes LGC

concesionaria entra de lleno al sistema de tarifas de la LGSE, pero pierden sus beneficios y franquicias tributarias establecidos en la LGC establecidos para cualquier cooperativa.

Las cooperativas eléctricas no concesionarias pueden fijar libremente las tarifas que aplicarán a sus cooperados y socios y la calidad del servicio que presten, excepto en lo que atañe a los servicios declarados por el TDLC que son asociados al suministro eléctrico, conforme al artículo 90 N° 4 LGSE.

Para el caso de una cooperativa no concesionaria que preste servicio dentro de áreas concesionadas, se puede desarrollar dicha actividad económica con el límite de distribuir a sus socios que existían antes del otorgamiento de la concesión.

La calidad de concesionario público tiene especial relevancia para que las líneas de transporte y distribución de energía puedan usar y/o cruzar respecto al uso de bienes nacionales de uso público, pero la cooperativa no concesionaria puede subsanar esto mediante permisos, que la LGSE regula en el artículo 2, N° 3, relacionado con el artículo 12 LGSE. O bien, puede abastecer a sus usuarios o cooperados no utilizando bienes nacionales de uso público.

18. TARIFAS EN SISTEMAS ELÉCTRICOS CUYO TAMAÑO ES IGUAL O INFERIOR A 1.500 KILOWATTS EN CAPACIDAD INSTALADA DE GENERACIÓN

La LGSE reconoce un caso excepcional en que las tarifas pueden negociarse consensualmente, mediante acuerdos entre el Alcalde de la Municipalidad en la cual se efectúen los suministros y las empresas concesionarias de servicio público de distribución que correspondan, afectando a los usuarios de esa zona de concesión. La excepción ocurre en los sistemas eléctricos cuyo tamaño es igual o inferior a 1.500

kilowatts en capacidad instalada de generación, se fijan solamente los precios correspondientes a los suministros indicados en el número 1 del artículo 90 LGSE. Este es el caso de pequeños sistemas eléctricos, generalmente aislados de los grandes sistemas eléctricos interconectados del país.

Este mecanismo de fijación de precios, en su totalidad, parte con la negociación directa entre las partes, pasando por un mecanismo supletorio de recomendaciones y finaliza con un procedimiento reglado y forzoso de fijación de tarifas.

En los acuerdos se convienen los precios de suministro, las cláusulas de reajustabilidad de los mismos, la calidad del servicio, el número de horas diarias de funcionamiento del servicio y toda otra condición que sea pertinente. Estos acuerdos entre el Alcalde y el prestador concesionario deben tener una duración mínima de cuatro años.

Los Alcaldes deben informar a la CNE, con un mes de anticipación a la fecha de su puesta en vigencia, los acuerdos que hubieren firmado. La CNE comunica Minecon la estructura, el nivel y cláusulas de reajuste de las tarifas acordadas, quien los fija, mediante publicación en el D.O. Una vez vencido el período de vigencia de las tarifas, y mientras no sean fijadas las nuevas, continúan vigentes las tarifas y cláusulas de reajuste del período anterior. Los acuerdos podrán renovarse con el consentimiento de las partes.

Si transcurren seis meses desde la fecha de expiración del acuerdo anterior, y no se ha firmado un nuevo acuerdo entre las empresas concesionarias de servicio público y el Alcalde, cualesquiera de las partes puede solicitar a la CNE la elaboración de un informe con recomendaciones sobre tarifas y otras condiciones de suministro a considerar. Estas recomendaciones no obligan a las partes. Si transcurridos tres meses desde la emisión del informe de la CNE, las partes aún no logran un acuerdo, la Comisión, previa audiencia de las

partes, calcula e informará la estructura, nivel y reajustabilidad de las tarifas, así como las condiciones de suministro que serán aplicables en la zona de concesión, por un período de cuatro años, a Minecon, quien las fija de acuerdo a lo establecido en el artículo 92 de la LGSE, mediante publicación en el D.O. Si de común acuerdo, dentro del período de vigencia de las tarifas, el Alcalde y el concesionario de servicio público de distribución decidieran modificar las tarifas o las condiciones de suministro, el Alcalde informa a la CNE el nuevo acuerdo.

19. INDEXACIÓN DE LAS TARIFAS

Estando vigentes las fórmulas tarifarias que fijó el decreto, los precios máximos que pueden cobrarse se determinan aplicando los índices que en él se señalaron. Se aplican automáticamente los que determine el Instituto Nacional de Estadísticas, y lo demás a través de elaboración de la CNE. La indexación de precios de una empresa distribuidora de electricidad debe ser comunicada a los usuarios cada vez que ocurra mediante una publicación en un diario de circulación nacional, previa comunicación a la SEC y la CNE (Art. 114 LGSE).

IV. GAS

1. LEGISLACIÓN APLICABLE

En materia de gas de red,⁷⁰⁸ la legislación que se aplica principalmente es la LSG, D.F.L. 323, de 1931 y sus modificaciones, la principal, la Ley 18.856. Este mercado energético es fiscalizado por la SEC, y en él también participa la CNE, que ejerce su deber de analizar técnicamente la estructura y nivel de los precios y tarifas de

⁷⁰⁸ Gas de red es todo fluido gaseoso combustible que se transporte o distribuya a través de redes de tubería, ya sea gas natural, gas obtenido del carbón, nafta o coque, propano y butano en fase gaseosa y cualquier otro tipo o mezcla de los anteriores. Art. 2, N° 1 LSG.

bienes y servicios energéticos e informar a Minecon, única repartición con atribuciones para fijar dichos precios y tarifas.⁷⁰⁹

Además, participa el TDLC en la calificación de los mercados, con anterioridad a la fijación de precios.

La LSG dispone en su artículo 1 N° 4 que ella versa, entre otras materias, del régimen de precios a que están sometidos los servicios de gas de red.

2. PRECIOS REGULADOS

Respecto a los precios regulados del servicio público de distribución de gas,⁷¹⁰ existe en principio la libertad tarifaria para las empresas y los servicios que presten. La empresa puede establecer el esquema tarifario que desee a las áreas denominadas como "sectores de distribución", que son áreas en las cuales los precios de venta a consumidores, con consumos de similares características, son los mismos, de modo que no se produzca discriminación entre ellos (Art. 30 LSG).

Tal como ocurre en el caso de las telecomunicaciones, es posible que se limite la libertad tarifaria debido a las condiciones del mercado no aseguran la libre competencia.⁷¹¹ Esta resolución aparece como

⁷⁰⁹ Art. 4, f, DL 2224, de 1978

⁷¹⁰ Se entiende por servicio público de distribución de gas el suministro de gas que una empresa concesionaria de distribución efectúe a clientes o consumidores ubicados en sus zonas de concesión, o bien a clientes o consumidores ubicados fuera de dichas zonas que se conecten a las instalaciones de distribución de la concesionaria mediante redes propias o de terceros. Art. 2, N° 9 LSG

⁷¹¹ Un argumento que se ha dado para sostener que es poco probable que se requiera fijación de tarifas por parte de la autoridad, es la competencia con energéticos sustitutos como el carbón, la hidroelectricidad y el petróleo. Este argumento en realidad es bastante débil; de ser insuficiente la competencia en servicios de transporte, las tarifas cobradas en condiciones monopólicas ciertamente tienen como techo el precio de sus sustitutos. Sin embargo, el hecho es que el costo del gas natural puede ser sustancialmente menor que el de energéticos sustitutos, luego si sólo se deja actuar al mencionado techo, se desaprovecharían ganancias en reducción del precio de la energía. ILADES/GEORGETOWN UNIVERSITY. "Regulación del Mercado de Gas Natural en Chile", TASC Trabajo de Asesoría Económica al Congreso Nacional, N° 63, Santiago, septiembre 1995

facultativa de la TDLC, donde ella solicita la dictación de tarifas a Minecon.

Si fuere necesario regular el precio del gas de red distribuido, sería para:

1. El suministro de gas; y
2. Los servicios afines que correspondan a todo consumidor de una determinada zona de concesión de servicio público de distribución que individualmente consume menos de 100 Gigajoule mensuales.

A contrario sensu, todo consumidor mensual de más de 100 Gigajoule queda exento de esta fijación y puede negociar libremente con el distribuidor o suministrador de gas de red.⁷¹²

La ley hace una distinción respecto al tipo de servicio que es objeto de tarificación: el suministro de gas y los servicios afines. Respecto al suministro de gas, es la entrega de gas que hace una empresa a los clientes o consumidores, y la que se efectúa conforme a especificaciones relativas a las propiedades físicas y químicas del gas y a las condiciones físicas que éste es entregado (Art. 2, N° 11 LSG).

⁷¹² El precio de venta del gas a estos clientes libres puede servir de referencia a los clientes regulados. De no existir un precio de compra el precio para valorizar el gas será el que la empresa concesionaria determine para dicho punto, el que no podrá diferir en más de diez por ciento del precio promedio anual de venta a los cinco mayores clientes industriales existentes en el entorno al punto de conexión. Art. 33 LSG

Respecto a los servicios afines, la ley nada dice, mas parece evidente incluir ciertos servicios conexos al servicio de gas, tales como la medición, tasación, facturación y cobranza del consumo hecho al usuario ("cargo fijo"); el arriendo del medidor y la reconexión de servicio.⁷¹³

Para los empalmes, la LSG permite a las empresas de gas exigir al interesado el valor del empalme y el costo de la rotura de pavimentos necesarios para hacer el empalme y la obligación para la empresa de dar gas, con un precio con una regulación sui géneris, pues se establece un monopolio respecto a la ejecución de la línea de servicio a favor de las empresas de gas, monopolio que puede entenderse más por razones de seguridad de las personas y cosas que por razones económicas. En este caso, los empalmes serán ejecutados por las empresas por cuenta del cliente y no podrá cobrarse por ellos más del 20 por ciento en exceso sobre el costo. Con dicho fin, la empresa debe presentar anualmente a la aprobación de la SEC, la lista de los costos de los empalmes o de los precios unitarios de los materiales que se empleen en ellos.

3. SITUACIÓN ESPECIAL DE LAS EMPRESAS DE LA XII REGIÓN

A diferencia del resto del país, donde las redes de gas de ciudad no son masivas, el uso de este tipo de gas en la XII Región está extendido por su precio significativamente menor al del gas en cilindros, la ley ha considerado que en esta región las empresas deben tener tarifas fijadas por el sólo ministerio de la ley, siendo imposible la libertad tarifaria por expresa disposición del artículo 34 LSG.

⁷¹³ R. N° 102, Minecon D.O. 28 de junio de 1991, que fija Fórmulas Tarifarias para los Suministros de Gas Natural y Servicios Afines que la Empresa GASCO Efectúa a sus Consumidores en la XII Región.

La LSG ha presumido los supuestos de falta de competencia en el mercado, no siendo exigencia una resolución del TDLC. Esta norma de excepción se aplica tanto a concesionarios como a aquellas empresas que operen sin concesión y que suministren o den servicio de gas en la XII Región de Magallanes y la Antártida Chilena.

Pese a ser una norma de excepción, y a hacerse expresa exclusión de la aplicación de los artículos 30 y 31 LSG, se señala que las fórmulas tarifarias que se aplicarán serán las mismas que se apliquen para el caso de las empresas que se vean afectas a tarifas fijadas tras la declaración del TDLC del artículo 31 LSG.

4. SITUACIÓN DE LOS PRECIOS ENTRE EMPRESAS DE GAS

La legislación de gas ha establecido un régimen de libertad de precios en los contratos que realicen entre sí las empresas de gas, tal como reza el artículo 30 LSG.

La LSG define las empresas de gas como "la entidad destinada a producir, transportar, distribuir o suministrar gas".⁷¹⁴ De este concepto, en relación con el principio general de libertad de precios, podemos colegir que hay tarifas libres para las operaciones que hagan entre sí empresas de gas de producción, transporte, distribución o suministro.

Respecto a la norma especial relativa a las empresas de utilidad pública que suministren gas en la XII Región, ellas tienen precios fijados sólo para el suministro que hagan a los consumidores, mas no para los contratos que hagan entre sí.

⁷¹⁴ Art. 2, N° 2 LSG

5. PROCEDIMIENTO DE TARIFICACIÓN

La LSG sólo establece algunos elementos para determinar las tarifas de los servicios de gas que sean regulados por la autoridad energética.⁷¹⁵ La normativa establece de manera breve los conceptos de tasa de costo anual de capital, un valor nuevo de reemplazo de las instalaciones gasíferas y un límite o tope legal que debe tener el valor del gas en caso de no existir un precio de compra a mejor precio en un punto de conexión, el cual será no superior a un 10% al establecido respecto al precio promedio anual de venta de los cinco mayores clientes industriales existentes en torno al punto de conexión (Art. 33 LSG).⁷¹⁶

La LSG no establece un procedimiento completo para la fijación de tarifas de los servicios que deban regularse. Ello debido a que las modificaciones efectuadas en 1989 a través de la Ley 18.856 establecieron en su artículo 2 que se dictaría un decreto con fuerza de ley que regularía la materia de procedimientos, plazos y otros.⁷¹⁷ Sin embargo, dicho D.F.L. nunca fue dictado, y las modificaciones

⁷¹⁵ Agradezco en este punto a Marco Mancilla, CNE, agosto 1999.

⁷¹⁶ Como se ve, la inspiración de la modificación de la Ley 18.856 es similar a la regulación eléctrica, que establece el mismo criterio de tope máximo entre los clientes libres y la tarifa de distribución a clientes regulados.

⁷¹⁷ Artículo 2, Ley N° 18.856. Facúltase al Presidente de la República para que, dentro del plazo de 90 días contado desde la publicación de esta ley, y mediante uno o más decretos expedidos por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, los que deberán llevar también la firma del Ministro de Hacienda: (...) 2. Establezca las bases, normas, procedimientos de cálculo y período de vigencia a que deberán ajustarse (...) las tarifas y la tasa de costo anual de capital que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción deba fijar de acuerdo a lo señalado en los artículos 31° y 32°, reemplazados por los números XIII y XIV del artículo 1° de esta ley, respectivamente. //3. Establezca la metodología de cálculo, reajustabilidad y plazos de vigencia de los elementos de costos e inversiones que se utilizan en los cálculos dispuestos en el artículo 33°, reemplazado por el número XV del artículo 1° de esta ley.

efectuadas a la LSG quedaron con un verdadero vacío legal, imposible de integrar por ser materia de derecho público.

La ausencia de procedimientos para la regulación gasífera ha hecho que las regulaciones de 1991 (vía resolución Minecon), en 1996 y 2001 (sin normas de rango legal que respalden dichas fijaciones), resulten esencialmente en una negociación bilateral entre la autoridad y la empresa, procedimiento carente de legalidad.

6. LOS DIVERSOS INTENTOS PARA SUBSANAR LA AUSENCIA DE NORMAS EN MATERIAS DE TARIFAS DE GAS

Con posterioridad a la dictación de la ley N°18.856, y dentro del plazo que dicha ley establecía para la dictación del D.F.L. sobre procedimientos de tarificación (90 días), se envió a la CGR el D.F.L. 2, de 1° de febrero de 1990, de Economía, de 1990.

Dicho D.F.L. fue devuelto por el Órgano Contralor con diversas observaciones que impedían su toma de razón, tanto por su redacción como contenido.⁷¹⁸

El D.F.L. que establecía normas del procedimiento de tarificación volvió a ser dictado por el Ministerio de Economía (D.F.L. 3, de 7 de septiembre de 1990), habiendo sido subsanados los vicios, pero nuevamente volvió a ser devuelto por la CGR con observaciones.⁷¹⁹ A la fecha, no se ha tomado razón de dicho D.F.L.

También un reglamento enviado por el Ministerio de Economía (Decreto 191, de 1991), que aprobaba un reglamento estableciendo el

⁷¹⁸ D. N° 14700/90, CGR

⁷¹⁹ D. N° 34126/90, CGR

procedimiento para determinar las fórmulas tarifarias para los suministros de gas, fue devuelto por la CGR, en razón de que trataba de materias propias de la facultad delegada al Presidente de la República en la Ley N° 18.856, no correspondiendo ser fijadas por un cuerpo reglamentario.

En 1991 se habría elaborado un proyecto de ley para subsanar las falencias legales. En 1992 se elaboró un borrador de un “nuevo texto” de D.F.L. 2/18.856, pero ya había caducado la habilitación legal.

Finalmente, diversos intentos de modificación de la ley se pospusieron indefinidamente (como fue la elaboración de un proyecto de ley de hidrocarburos en 1999),⁷²⁰ anunciándose para un futuro no conocido el envío de un proyecto de ley con una nueva legislación de gas por redes.

7. DURACIÓN DE LAS TARIFAS

Actualmente las tarifas tienen una duración, determinada por la autoridad, de cuatro años.

8. MODIFICACIÓN DE TARIFAS

Ya sea que una empresa esté regulada o no en lo referente a sus tarifas, cada vez que una empresa de servicio público de distribución modifique sus tarifas de gas, deberá publicarlas en un diario de amplia circulación en las zonas que presta servicio, o alternativamente dar previamente aviso a los consumidores en la boleta o factura de cobro.

⁷²⁰ CNE, *Anteproyecto de Ley de Hidrocarburos*, <http://www.cne.cl> Santiago, octubre de 1999

9. DISCRIMINACIÓN DE TARIFAS EN LA LEGISLACIÓN DE GAS

La LSG, tras su reforma del año 1989, estableció de manera explícita la prohibición de discriminación de parte de la empresa de gas hacia los consumidores. La prohibición afecta a usuarios de un mismo "sector de distribución" y con consumos de "similares características".⁷²¹

⁷²¹ Art. 30 LSG

QUINTA PARTE
TARIFAS Y SUBSIDIOS

TARIFAS Y SUBSIDIOS

A. LOS SUBSIDIOS

Los subsidios son ayudas extraordinarias de carácter económico⁷²² o subvenciones que van en beneficio de los usuarios. Los usuarios, ya sean por subsidios directos o subsidios cruzados, ven disminuida la cantidad que deben pagar por el servicio que reciben del prestador. Del concepto precitado, podemos definir los subsidios en materia tarifaria como aquella "ayuda extraordinaria al pago de la tarifa". El elemento asistencial del subsidio viene por la disminución del monto que debe pagar el usuario al prestador, ayuda con origen estatal u originada en otros usuarios. La subvención es extraordinaria porque responde a un estado anormal del usuario: un nivel de pobreza, una calamidad, etc. Como toda ayuda y derivado de su carácter extraordinario, ésta no puede ser permanente, sino temporal, mientras se necesita dicho subsidio.

De las calamidades derivan aquellos pagos que puede autorizar el Presidente de la República, autorizados por la CPR, "para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas (...) del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país." (Art. 32, N° 22 CPR). Es necesario recordar el mandato constitucional de

⁷²² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª Ed., Ed. Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1992, Vol. II, pág. 1356

que sólo por una ley se puede autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, siempre que éstos no representen una discriminación arbitraria.⁷²³

1. PRIVILEGIO NO ES SUBSIDIO

Antiguamente fue el Estado y los establecimientos públicos que se beneficiaban con "*franquicias de rebaja*" respecto a sus consumos eléctricos, por ejemplo, con un descuento de 25% respecto a los demás usuarios.⁷²⁴ Estos privilegios no eran sino una ventaja atribuida a personas que suponían excepciones al derecho común. ¿Cómo financiaba esta rebaja la empresa prestadora? Ciertamente, recargando la tarifa de los usuarios privados por sobre lo que realmente costaba el servicio. ¿Acaso esta franquicia era un subsidio? No podía serlo, ya que el subsidio involucra una ayuda, y esta franquicia tiene un rasgo permanente porque se estipuló en el contrato de concesión. Más importante es preguntarse si hay que ayudar al Estado con este beneficio que parece privilegio obtenido de negociar el contrato con la prestataria. Esto resulta absurdo si se piensa que esta franquicia va en desmedro de los demás usuarios, quienes aparte de costear sus tarifas debían costear un 25% de las del Fisco. El privilegio aparece, más que una ayuda extraordinaria y justificable, un beneficio injusto a favor de quien puede no merecerlo.

⁷²³ Art. 19, N° 22, inciso 2° CPR

⁷²⁴ Véase la interpretación realizada por la Corte Suprema del Art. 60 del Contrato entre el Gobierno de Chile y la Compañía Chilena de Electricidad Ltda., aprobado por D.F.L. 29, de 11 de marzo de 1931, el cual establecía que "los suministros de energía eléctrica, alumbrado, fuerza motriz u otros, hechos a las reparticiones fiscales, se cobrarán los precios establecidos en el pliego de tarifas con una rebaja de 25%". *Compañía Chilena de Electricidad Ltda.* (aclaración de contrato), *RDJ*, t. XXXVI, N° 9 y 10, 1939, secc. 1ª, pág. 505 - 512

2. BENEFICIARIOS DEL SUBSIDIO

Normalmente, los beneficiados por subsidios son las personas de escasos recursos que usan los servicios. El objetivo del subsidio es de permitir el acceso de la mayor cantidad de personas a los servicios de utilidad pública, o bien que persistan en la conexión, no excluyéndolos del uso del servicio, dado su carácter esencial. Así se puede hablar de una "universalidad de acceso" a los servicios o un "servicio universal", sistemas en los cuales se pueden observar distintos tipos de subsidios.⁷²⁵

3. JUSTIFICACIÓN DEL SUBSIDIO

En consideración del carácter asistencial del subsidio, su justificación se debe a lo esencial o vital del servicio, como lo son la provisión de agua potable y el servicio de alcantarillado, por consideraciones de salubridad pública (Ley N°18.778 y Reglamento de dicha ley).

En materia de telecomunicaciones, el subsidio persigue que localidades aisladas puedan tener acceso a servicios de telecomunicaciones mediante el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Este subsidio es único para la concesionaria que se adjudica el proyecto, y establece tarifas máximas que puede cobrar al prestar el servicio.

Subsidio tampoco es gratuidad, sino que involucra una asistencia para el pago del servicio. De hecho, tanto el subsidio para el pago del agua potable y alcantarillado establece como causal de pérdida de la ayuda

⁷²⁵ Al respecto, *cfr.* DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. "Telecomunicaciones y Derecho Público" y ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Servicio Público y Servicio Universal en Telecomunicaciones", ambos en CREMADES, *op.cit.*, pág. 146 y pág. 757 y sgtes., respectivamente; WELLENIUS, Bjorn. "¿Puede ser Rentable el Servicio Universal?", en CONSUMERS INTERNATIONAL, *op.cit.*, pág. 121 y sgtes.

si el usuario no paga la parte no subsidiada en tres cuentas (Art. 5 Ley N° 18.778).

El carácter asistencial del subsidio se traduce en un pago que realiza el Fisco por los usuarios beneficiados al prestador, una o más veces.

B. SUBSIDIOS DE TARIFAS

Nuestra legislación de tarifas reconoce dos tipos de subsidios; el primero dirigido a un usuario que cumple ciertos requisitos taxativamente señalados en la ley; y el segundo a la generalidad de usuarios de un prestador o de un área geográfica.

El subsidio puede ser una ayuda para completar el pago de la tarifa ordinaria del servicio prestado, como subsidio directo al pago de las cuentas mensuales; o bien constituir una tarifa especial para un grupo de usuarios, en la cual el Fisco indemniza al prestador tras la fijación de precios especiales o bien mediante un fondo concursable, para empresas prestatarias del servicio.

En otras oportunidades, el subsidio puede ser una manera de atenuar las alzas que representaría cobrar el verdadero nivel de tarifas, traspasando en forma gradual a los usuarios el costo del servicio, tal como ocurrió respecto a las tarifas de agua potable y alcantarillado respecto a las empresas sanitarias dependientes de CORFO en el período 1990-1995.⁷²⁶

⁷²⁶ MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Mensaje De S.E. El Presidente De La República. Modifica La Ley 18.778, *Que Establece un Subsidio al Pago de Consumo de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de Aguas Servidas*, Boletín N° 1052-09

En caso alguno las tarifas subsidiadas son menores a las fijadas normalmente para el prestador, sino que el subsidio complementa el monto pagado por el usuario hasta alcanzar la cantidad normal que debiera haber recibido el prestador. En ese sentido, el subsidio no representa menores tarifas para el prestador, sino que menores tarifas sólo para el usuario del servicio. En un sentido opuesto, para Del Guayo son tarifas reducidas; tarifas con bonificaciones de carácter general a las que puedan acogerse en régimen de igualdad todos los abonados que cumplan las condiciones objetivas que motiven su aplicación.⁷²⁷

1. SUBSIDIOS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

En materia de telecomunicaciones, los subsidios a los usuarios han desaparecido, para quedar limitados a la promoción del aumento de la cobertura del servicio público telefónico en áreas rurales y urbanas de escasos ingresos, con una baja densidad telefónica.

A diferencia de países europeos, donde se persigue asegurar el servicio universal a las telecomunicaciones, en Chile se ha puesto en marcha una estrategia de universalidad del acceso.⁷²⁸ Esta cobertura se efectúa a través del "Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones", regulado en el Título IV de la LGT.

El fondo está compuesto por los aportes que se hagan anualmente a través de la Ley de Presupuestos, sin perjuicio de que pueda recibir otros aportes.

El programa de subsidios puede manifestarse en dos tipos de proyectos:

⁷²⁷ DEL GUAYO, *op.cit.*, pág. 226

⁷²⁸ MELO y SERRA, *op.cit.*, pág. 220

1. Teléfonos públicos o centros de llamadas;
2. Telecentros comunitarios de información;
3. Servicios de Telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión locales, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general, sean emisiones sonoras, de televisión abierta o limitada, o de otro género; y
4. Cualquier otro servicio de telecomunicaciones que beneficie directamente a la comunidad en la cual habrá de operar.

Los proyectos y subsidios para su ejecución se asignan a través de un concurso público. La asignación es realizada por el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, establecido en el artículo 28 B LGT. La Subtel cumple un rol de evaluador técnico-económico de los proyectos, subsidiables o licitables; pedir información a las municipalidades sobre sus necesidades; etc.

En las bases del concurso público se deben indicar la zona de servicio mínimo del proyecto: la calidad del servicio que se preste; las tarifas máximas que se pueden aplicar a los usuarios dentro de la zona mínima, incluidas las cláusulas de indexación; los plazos para ejecutar las obras y la iniciación del servicio; el monto máximo del subsidio; entre otros.

Pueden presentarse al concurso las personas jurídicas que cumplan con los requisitos legales y reglamentarios para ser concesionarios o permisionarios de que se trate, según los casos. Sin embargo, las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones, de servicios intermedios de telecomunicaciones que presten servicio telefónico de larga distancia y las permisionarias de servicio limitado de televisión, deben hacerlo a través de sociedades anónimas, las que podrán

ser filiales de éstas, sujetas a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas y sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. El Consejo asigna los proyectos y sus respectivos subsidios a las postulantes cuyas propuestas, ajustándose cabalmente a las bases del concurso, y que requieran el mínimo subsidio por una sola vez.

2. SUBSIDIOS AL AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO

Es posible vivir sin teléfonos, luz y gas; pero es imposible vivir sin agua potable. Este servicio es indispensable para el hombre, asegurándonos la salud. El acceso al agua potable es tan imperioso que una vez que se accede a ella, no hay vuelta al pasado de la insalubridad. Ella nos libra de enfermedades, tal como lo hace un sistema de alcantarillado con las aguas servidas.

Respecto a los precios que se cobran por concepto de agua potable y alcantarillado de aguas servidas, existen dos sistemas de subsidios. El primero es el que aparece en la LTSS, y que tiene un carácter general. El segundo es el que establece la Ley N°18.778 y sus modificaciones, que establecen un subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas.

2.1. Subsidio mediante tarifas especiales

El primer sistema de subsidio que se contempla en la legislación sanitaria es aquel establecido en el artículo 3 LTSS. Este subsidio se justifica, más que en un criterio de solidaridad y redistribución, por un carácter de emergencia.

Para que se puedan suspender las tarifas normales, es requisito previo que éstas se hayan determinado y publicado en el D.O.

Este subsidio se traduce en que el Presidente de la República, a través de Minecon, mediante un D.S. fundado, y con la suscripción del Ministerio de Hacienda, puede suspender temporalmente la aplicación de las fórmulas tarifarias de los prestadores. Estas fórmulas tarifarias especiales de reemplazo deben dar por resultado tarifas inferiores a las que se obtengan por concepto de aplicación de las obtenidas por el cálculo de la SISS.

Aparece cierto que este régimen de subsidios tiene un carácter excepcional, ya que afecta a la totalidad de tarifas de uno o más prestadores, suspendiendo la aplicación de las fórmulas tarifarias. También es un subsidio general al exigirse que se aplique a todos los usuarios de uno o más prestadores la suspensión de tarifas, sin discriminaciones, no siendo relevante si el usuario es una familia de escasos recursos o si es una gran empresa.

Para que se suspendan las tarifas por unas nuevas fórmulas tarifarias, es necesaria la compensación mensual por parte del Fisco a los prestadores afectados, siempre y cuando la Ley de Presupuestos del Sector Público autorice dicha compensación y considere recursos presupuestarios al efecto, con la creación de un ítem especial en la Partida Tesoro Público.

El monto de la compensación equivale a la diferencia entre la facturación efectiva registrada que obtenga el prestador con las tarifas especiales y lo que hubiera obtenido con la aplicación de las fórmulas tarifarias que calculó la SISS.

Si los prestadores no reciben una compensación dentro del lapso de sesenta días desde la publicación de las fórmulas tarifarias especiales de suspensión, por el sólo ministerio de la ley estas tarifas especiales son inaplicables.

El ámbito de aplicación de estas tarifas especiales puede ser respecto a uno o más prestadores, en todo o parte del país, según lo considere el D.S., y su duración será la que se estime adecuada a las circunstancias, pero en ningún caso superior al año, dada la duración de la Ley de Presupuestos.

2.2. Subsidio de la ley N°18.778

El subsidio de la Ley N°18.778 y sus modificaciones es uno establecido para favorecer a "los usuarios residenciales de escasos recursos" (Art. 1 Ley N°18.778), y se aplica al consumo de agua potable y alcantarillado, o bien, exclusivamente al consumo de agua potable.

El subsidio para estos efectos es "la parte del valor total de la cuenta de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado que, en conformidad al beneficio que otorga la ley, le corresponde pagar a la Municipalidad",⁷²⁹ siendo el municipio que corresponda a la dirección de la vivienda del beneficiario.

El subsidio no es total: conforme el artículo 2 Ley N°18.778, no puede ser inferior a un 25% ni superior al 85% sobre los cargos fijos y variables. La ley ha establecido expresamente la prohibición de discriminación a los usuarios de una misma región que estén sujetos a tarifas máximas iguales y que presenten un nivel socioeconómico similar.

Los subsidios se pagan con cargo a los recursos que se asignan en la Ley de Presupuestos, para el Ministerio de Obras Públicas, quien los distribuye a las Intendencias, quienes a su vez lo entregan a los municipios.

⁷²⁹ Art. 2, literal (b) Reglamento de la Ley 18.778

Surge la pregunta si se pueden "acumular" ambos subsidios, el de la LTSS y el establecido en la Ley N°18.778. Creemos que la respuesta es afirmativa, ya que ambas normas no se oponen en su sentido: por un lado se beneficia a la generalidad de las personas, y por el otro se subsidia al grupo de personas más pobres de la colectividad.

3. SUBSIDIOS EN MATERIA ELÉCTRICA

Inspirador del artículo 3 LTSS, el artículo 92 LGSE contiene en subsidio general de similares características al subsidio sanitario.

Para fijar estas tarifas máximas nuevas, que no son sino un subsidio, debe dictarse por el Presidente de la República a través de Minecon un D.S. fundado, que deberá ser suscrito, además, por el Ministro de Hacienda, donde se pueden fijar precios máximos diferentes a los calculados por la CNE.

Sólo puede fijarse estos precios máximos distintos si la Ley de Presupuestos del Sector Público autoriza la compensación y considera los recursos presupuestarios pertinentes, a través de la creación de un ítem especial en la Partida Tesoro Público.

El Fisco debe compensar mensualmente a los concesionarios afectados por estas tarifas máximas distintas a las fijadas por la CNE, dentro de un plazo de treinta días, contado desde la presentación de los antecedentes por parte de éstos a Minecon, en un monto equivalente a la diferencia entre la facturación efectiva registrada y la que hubiera resultado en el respectivo mes, de haberse aplicado los precios calculados por la CNE.⁷³⁰

⁷³⁰ La facultad del artículo 92° fue aplicada mediante DS N° 738, del 17 de diciembre de 1997

Que la compensación sea respecto a la diferencia entre el nuevo valor, y el calculado por el Ente Regulador demuestra que, para la Ley, dicho precio es el que se ajusta al procedimiento, es el que da garantías de autofinanciamiento para el prestador -el “justo”, desconocerlo conlleva una reparación que se calcula sobre la base de dicho monto.

Para el caso que los concesionarios no recibieren la compensación contemplada en el artículo 92 LGSE dentro de un plazo de sesenta días, por el solo ministerio de esta ley, serán aplicables con efecto retroactivo las tarifas calculadas por la CNE.

CONCLUSIONES

Más allá de las conclusiones que se puedan colegir de la lectura de cada capítulo, como es la insuficiente y contradictoria denominación de las empresas prestadoras, los diversos tipos de tarifas que existen, la deseable dictación de un cuerpo que regule el tema de los monopolios naturales o servicios públicos domiciliarios en forma armónica y conjunta, etc.; la principal conclusión que recorre toda la obra, es el tránsito existente desde la regulación de precios hasta la libre competencia. Libre competencia en mercados que tradicionalmente se creyeron que justificaban la intervención del Estado en la economía, o bien, prestaciones que sólo podían ejecutarse por un prestador monopolístico excesivamente regulado. El tiempo se ha encargado de desmentir ambos dogmas, permitiendo la participación de privados en la prestación de los servicios de utilidad pública y facilitando la competencia, tanto por razones técnicas como económicas.

Siendo el eje de la obra el tema de la competencia, no pensamos sino en recurrir en forma inmediata a las resoluciones y dictámenes de los tribunales, doctrina y derecho comparado de la libre competencia. Esto porque, ante la ausencia de doctrina nacional que diera luces en un tema tan relevante como las tarifas, nos guiaba forzosamente a la principal fuente de decisiones en dicha materia. Estos organismos han solucionado los conflictos entre prestadores y usuarios ante una débil legislación de protección al consumidor, y aquellos entre empresas, como son aquellas situaciones de liberalización de servicios regulados.

De la casuística de dichos tribunales obtuvimos así una serie de principios generales, en parte también de la legislación, pero reconociendo que

detrás de dichos fallos existe una doctrina racional y sistemática que los sustenta y transforma el estudio del derecho de la competencia en un análisis y crítica de la jurisprudencia, ante la vaguedad de la Ley Antimonopolios para describir cuales son los atentados a la libre competencia. De esta situación real, también nos hacemos parte de la opinión de Jorge Streeter, cuando señala que de alguna manera es necesario respetar los precedentes judiciales en materias similares, derivado del principio de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas (Art. 19, N° 3 CPR).⁷³¹ De los casos analizados, se descubre la existencia de prácticas anticompetitivas que se ven facilitadas por el carácter de monopolio natural que poseen las empresas prestadoras, acrecentado por lo esencial de la prestación; como son el cobro de tarifas infundadas, precios predatorios y subsidios cruzados (de alguna manera relacionados), discriminación de tarifas y la prestación del servicio sin la necesaria concesión, como vínculo del monopolio con el servicio público.

Pese al tratamiento dual del tema de las tarifas, ora por el Derecho Administrativo, ora por el Económico, en este trabajo aparecen distinguirse algunos elementos propios del derecho económico, como la inestabilidad de la regulación, con enmiendas habituales, y leyes de gran complejidad técnica,⁷³² pudiendo apreciarse los diversos estadios de la regulación, con leyes más recientes, como las que regulan el sector sanitario; en oposición a otras antiguas, casi añejas y con una imprescindible necesidad de reforma (gas); pasando por una gama de leyes que siendo señeras, han descuidado la protección de los derechos de los usuarios (electricidad), y que se encuentran en proceso de reforma.

⁷³¹ STREETER, Jorge. "El Razonamiento Jurídico" en UNIVERSIDAD DE CHILE/UNIVERSIDAD ADOLFO IBANÉZ. *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 114 y sgtes.

⁷³² STREETER, Jorge citando a J. SANTOS BRIZ, en "Principios de Derecho Económico. El Paradójico Orden Público Económico", *Revista de Derecho Económico*, N° 60 y 63, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Enero-Marzo, Abril-Junio, 1983, pág. 13

En el curso de la investigación y redacción de este trabajo, múltiples hechos y alteraciones normativas fueron reflejo del cambio y contingencia del tema tarifario: modificaciones sustanciales al marco legal de las sanitarias, reglamentos en materia eléctrica y de servicio público telefónico, proyectos de reforma a la legislación eléctrica, desabastecimiento de agua potable y electricidad, fijación de precios en telefonía móvil, investigaciones por integración vertical en el mercado eléctrico, investigaciones parlamentarias por fijaciones de precios en agua potable y electricidad, demandas contra el Fisco por tarifas de telecomunicaciones, privatización de empresas prestadoras, etc. Esta época de crisis, junto con la innovación tecnológica, han hecho que el cambio en las leyes y reglamentos sea constante, e imprescindible para no producir un desajuste entre la norma y la técnica. Tratamos en esta obra de dar alguna coherencia a la mutación normativa permanente, junto con representar una revisión justificada del manuscrito. Es como si se requiriera de una situación grave de crisis para poner a prueba la legislación, y una vez superada la prueba de la realidad, realizarle cambios para perfeccionarla, como toda obra humana. Los cambios tecnológicos obligan a modificar frecuentemente las leyes, situación que no puede omitirse en el ámbito de telecomunicaciones, y menos presente en el sector energético y sanitario. El cambio exige una regulación más flexible, pero también demuestra una orientación a nuevos temas, que no disminuyen la regulación de los mercados, sino que la transforman.

Creemos que la tendencia progresiva a la privatización, la innovación tecnológica y la desregulación de empresas de utilidad pública traerá un futuro promisorio para el bienestar de la sociedad, tendiendo a minimizarse la fijación de precios, quedando reducida a aquellos servicios que yuxtapongan la situación de monopolio natural y de externalidades como es el uso y propiedad de las redes de distribución de la prestación.

Pendientes quedaron muchos temas que no podrían ser tratados en un trabajo de estas características, que resultan indispensables para el adecuado funcionamiento de los mercados regulados, como son los

organismos reguladores y fiscalizadores necesarios para regular y fiscalizar cada sector y su necesidad de autonomía.⁷³³

Finalmente, confiamos que esta obra sea una posibilidad de comprensión amplia del tema tarifario, que pese a su relevancia cotidiana ha sido olvidado por la doctrina nacional, esperando ansiosos las críticas y réplicas a los diversos planteamientos que hemos expuesto aquí.

⁷³³ Aunque en JADRESIC y otros, *op.cit.*, puede verse una propuesta global de reforma de la institucionalidad, y LARA CORTÉS, *op.cit.*, pág. 109 y sgtes., un análisis comparativo de la regulación del sector para cinco países iberoamericanos.

BIBLIOGRAFIA

- AGURTO, Renato. "Sector Telecomunicaciones", en LARROULET, Cristián (editor). *Soluciones Privadas a Problemas Públicos*, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 1991
- AHUMADA THEODULOZ, Gabriela. *Indicadores de Regulación Servicios de Utilidad Pública*, División Desarrollo de Mercados, Ministerio de Economía, Santiago, 1998
- AIMONE GIBSON, Enrique. *Derecho de Protección al Consumidor*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998
- ALÉ YARAD, Jorge. "Un Nuevo Esquema de Regulación de Monopolios Naturales", en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, N° 37, Santiago, 1990
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compra Venta y de la Promesa de Venta*, Soc. Imprenta - Litografía Barcelona, Santiago, 1917
- ALHUCEMA ARIAS, Carla. *Normativa Protectora de los Consumidores de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, de Servicio Público Telefónico, Cable e Internet, y Eventual Aplicación de la Nueva Ley de Protección al Consumidor*, Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1998
- ARAMAYO, Oscar. *Régimen Legal del Comercio Interno Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1964

- AREEDA, Phillip y TURNER, Donald F., "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act", en *Harvard Law Review*, Vol. 88, N° 4, Cambridge (Mass.), febrero 1975
- ARGERI, Saúl. *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Servicio Público y Servicio Universal en Telecomunicaciones", en CREMADES, Javier (coordinador). *Derecho de las Telecomunicaciones*, Ed. La Ley Actualidad S.A. - Ministerio de Fomento, Madrid, 1997
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares, Granada, 1999
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "Transferencia de Funciones Estatales al Sector Privado en Tres Contratos Administrativos: Concesión de Servicio Público, Externalización y Sociedad", en *Revista de Derecho Público*, N° 55/56, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1994
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "De Espaldas al Estatismo: El Derecho de los Particulares a Desarrollar Cualquier Actividad Económica", en *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, Santiago, N° 1, 1998
- AVERCH, Harvey y JOHNSON, Leland. "Behaviour Of The Firm Under Regulatory Constraint", en *The American Economic Review*, N° 5, diciembre 1962
- AYLWIN AZOCAR, Patricio y AZOCAR BRUNNER, Eduardo. *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996
- BARROS BOURIE, Enrique. *Acto Jurídico*, Separata, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, s/f

- BARROS BOURIE, Enrique. "Lo Público y lo Privado en el Derecho", en *Revista de Estudios Públicos*, Vol. 81, Centro de Estudios Públicos, 2001
- BARROS TOCORNAL, Fernando y URIBE CASASBELLAS, Enrique. *Estudio Práctico de las Normas sobre Defensa de la Libre Competencia*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, julio 1982
- BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1992
- BERSTEIN, Sebastián. "Sector Eléctrico", en LARROULET, Cristián (editor). *Soluciones Privadas a Problemas Públicos*, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 1991
- BIANCHI, Alberto B. *La Regulación Económica*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2001
- BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª Ed., Ed. De Palma, Buenos Aires, 1963
- BITRÁN, Eduardo y SAAVEDRA, Eduardo. "Algunas Reflexiones en Torno al Rol Regulador y Empresarial del Estado", en MUÑOZ, Oscar (editor). *Después de las Privatizaciones. Hacia el Estado Regulador*, CIEPLAN, Santiago, 1993
- BLACK'S LAW DICTIONARY, 6ª Ed., West Publishing Co., 1990
- BLANLOT, Vivianne. "La Regulación del Sector Eléctrico: La Experiencia Chilena" en MUÑOZ, Oscar (editor). *Después de las Privatizaciones. Hacia el Estado Regulador*, CIEPLAN, Santiago, 1993

- BLANLOT, Vivianne, NICOLAI, Christian y DIAZ, Álvaro. *Responsabilidad y Transparencia Tarifaria. Declaración Conjunta de Subsecretarios*. 23 de agosto de 2002
- BOFILL GENZSCH, Álvaro. *El Abuso de la Posición Dominante*, Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1991
- BOLETÍN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, *Informe de la Investigación Encomendada a la Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados sobre el Proceso de Fijación de Tarifas Eléctricas Desarrollado Durante los Años 2000 y 2001*, Legislatura Extraordinaria N° 345 - 2001, Sesión N° 22ª, del 8 de Enero de 2002
- BOLETÍN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, *Informe de la Comisión Especial Destinada a Indagar sobre los Orígenes y Causas del Aumento de las Tarifas de Agua Potable y Alcantarillado a lo Largo del País*; en Legislatura N° 347, Sesión N° 39, del martes 10 de Septiembre de 2002
- BONBRIGHT, James; DANIELSEN, Albert y KAMERSCHEN, David. *Principles of Public Utility Rates*, 2ª Edición, Public Utility Rates, Inc. , 1988
- BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, The Free Press, Macmillan, Inc., New York, 1993
- BORK, Robert H. *White Paper on DOJ vs. MS*, 1998
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954
- CARMONA SANTANDER, Carlos. "Comentario Fallo Norgener", *Revista de Derecho Público*, N° 62, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000

- CARNELLUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971
- CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*, Ed. Jurídica de Chile, t. VI, 1984
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002
- CEA EGAÑA, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988
- CEA EGAÑA, José Luis. "Variaciones del Estatuto del Dominio sobre Concesiones de Radiodifusión Televisiva", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N° 3, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1991, págs. 479 - 495
- CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS. *El Ladrillo. Bases de la Política Económica del Gobierno Militar*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1992
- CIRIANO VELA, César David. *Administración Económica y Discrecionalidad (Un Análisis Normativo y Jurisprudencial)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000
- CLARO SOLAR, Luis. "Los Contratos sobre Suministros de Electricidad y Dos Fallos de la Corte Suprema", en *RDJ*, t. XIX, 1922
- CLARO VELASCO, Samuel. *Naturaleza Jurídica de las Concesiones*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Imprenta Nacional, Santiago, 1928
- COMISIÓN EUROPEA, *Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law*, Official Journal: OJ C 372 de 9/12/1997

- COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Breve Análisis Económico de la Ley Argentina de Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, agosto 1997.
- COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Memoria Anual 1997*, Buenos Aires, 1998
- COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA, *Anteproyecto de Ley de Hidrocarburos*, <http://www.cne.cl>, Santiago, octubre de 1999
- CONNELLY, Thomas John. *Mecanismos para el Control de los Monopolios Naturales*, Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios y Extensión, Serie Estudios, Año 5, N° 122, Santiago, noviembre 1995
- CONNELLY, Thomas John. *Los Sistemas Tarifarios Empleados Para Regular a Los Monopolios Naturales Que Entregan los Servicios Públicos*, Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios y Extensión, Serie Estudios, Año 6, N° 130, mayo 1996
- COROMINAS, Joan. *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª Edición, Ed. Gredos, Madrid, 1976
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992
- DE GREGORIO, José; ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander; MELLER, Patricio; MIZALA, Alejandra; REPETTO, Andrea y ROMAGUERA, Pilar. Centro de Economía Aplicada (CEA), Depto. de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile. "Integración Vertical y Sector Eléctrico", en *Diario La Segunda*, Santiago, 15 de junio de 1999.

- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. "Telecomunicaciones y Derecho Público" en CREMADES, Javier (coordinador). *Derecho de las Telecomunicaciones*, Ed. La Ley Actualidad S.A. - Ministerio de Fomento, Madrid, 1997

- DEL BARRIO CORTEZ, Oscar. "La Tutela Administrativa sobre la Libre Competencia", en *Anuario de Derecho Administrativo*, II, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, 1977-1978

- DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *El Servicio Público del Gas. Producción, Transporte y Suministro*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992

- DEMSETZ, Harold. "Why Regulate Utilities?", en *J. Law & Econ.*, University of Chicago, Chicago, Vol. XI, 1968

- DEPOLO RAZMILIC, Radoslav. "El Régimen Jurídico de Defensa de la Competencia en Chile. Algunas Proposiciones para su Despenalización", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, t. XVII, 1997

- DOBBS, Richard y ELSON, Matthew. "Current Research: Regulating utilities: Have we got the formula right?", en *The McKinsey Quarterly*, N° 1, 1999

- DROMI, Roberto. *Derecho Telefónico*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998

- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000

- ECONSULT/INECON. *Estudio de Tarificación a Costo Marginal en Agua Potable y Alcantarillado*, Informe Final, Ministerio de Economía/SENDOS, 1988

- ELIZONDO CASTRO, León Ricardo. "El Derecho de la Competencia en Materia de Energía", en UNAM/SECRETARÍA DE ENERGÍA, *Regulación del Sector Energético*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Núm. 85, México, 1997
- ENCICLOPEDIA DEL DIRITO, Giuffré Editore, t. XLIV, Varese, 1958-1992
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. "Análisis del Sistema Tarifario de la Distribución de Energía Eléctrica. La Fijación del 'Valor Nuevo de Reemplazo' (VNR)", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Vol. 21, 1994
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio. "Fijación de Tarifas de Distribución Eléctrica y Potestades Discrecionales de la Administración", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Vol. 25, N° 1, 1998
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio. "Sanciones Administrativas y Acceso a la Justicia. Apuntes sobre una Sentencia del Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Vol. 26, N° 2, 1999
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio. "Revisión de Actos Administrativos", en *El Mercurio*, Santiago, 17 de diciembre de 2001
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio. *Derecho Eléctrico*, Ed. Lexis-Nexis, Santiago, 2003
- FARJAT, Gerard. *Droit Économique*, Presses Universitaires de France, Thémis, Paris, 1971
- FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981

- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "Régimen Jurídico del Servicio Público y de la Empresa Pública en el Sector de la Energía", en UNAM/SECRETARÍA DE ENERGÍA, *Regulación del Sector Energético*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Núm. 85, México, 1997
- FERNANDO PABLO, Marcos. *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Ed. Colex S.A., Madrid, 1998
- GALETOVIC, Alexander. *Reformas Microeconómicas en Chile 1973-1989: Síntesis y Evaluación*, Serie Economía N° 14, Centro de Economía Aplicada, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 1997
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 7ª Ed., 2000
- GÓMEZ GORDILLO, Ismael. "El Régimen de Precios y Tarifas en el Sector Público de la Energía", en UNAM/SECRETARÍA DE ENERGÍA, *Regulación del Sector Energético*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Núm. 85, México, 1997
- GUERRERO, José Luis y BOFILL, Alvaro. "Acerca del Concepto Constitucional y Legal de Competencia", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, t. XVI, 1995
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997
- ILADES/GEORGETOWN UNIVERSITY. "Regulación del Mercado de Gas Natural en Chile", *TASC Trabajo de Asesoría Económica al Congreso Nacional*, N° 63, Santiago, septiembre 1995

- INOSTROZA, Gabriel. "El Costo de la Electricidad en Chile", en CONSUMERS INTERNATIONAL. "Los Consumidores Toman la Palabra: Electricidad, Telecomunicaciones y Agua Potable en América Latina", *Primera Conferencia Regional Consumidores y Servicios Públicos en América Latina*, Consumers International, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 1998
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO. "Procesos de Fijación Tarifaria", *Temas Públicos*, N° 426, Santiago, 1° de abril de 1999
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, "Institucionalidad Regulatoria", *Temas Públicos*, N° 534, 22 de junio de 2001
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, "Polémica sobre Tarifas Sanitarias", *Temas Públicos*, N° 574, 19 de abril de 2002
- JADRESIC, Alejandro y otros. *Informe Jadresic. Modernización De La Institucionalidad Reguladora Del Estado, Informe Final*, Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado, Santiago, 1998
- LANGLOIS MARGOZZINI, Juan Ignacio. *Integración Vertical en el Mercado de las Telecomunicaciones*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1993
- LARA CORTÉS, Claudio. *América Latina. Electricidad, Telecomunicaciones y Agua Potable. La Perspectiva de los Consumidores*. Consumers International, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 1998
- LEIVA, Fernando y RADRIGÁN, Juan. *Chile: Los Consumidores y los Servicios Públicos Domiciliarios. ¿Entre la Espada y la Pared?*, Consumers International, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 1998

- LEVY, Santiago. "Notas Sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica", en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994
- LÓPEZ ECHEVERRÍA, Elisa. *Poder de Monopolio en el Derecho Chileno y Comparado*, Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1986
- LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1986
- LORO CHICO, Francisco J. *Las Telecomunicaciones como Servicio Público*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Colección Estudios N° 18, Madrid, 1977
- MANN, Patrick. "User Power and Electricity Rates", en *J. Law & Econ.*, University of Chicago, Chicago, Vol. XVII (2), 1974
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981
- MARTIN CUADRADO, Eduardo. *Sistema de Concesiones de Telecomunicaciones en Chile*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1999
- MATTHEI FORNET, Hedy. *Institucionalidad Normativa del Sector Eléctrico*, Memoria de Prueba, Departamento de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, Santiago, 2001
- MELO, José Ricardo y SERRA, Pablo. "Competencia y Regulación en Telecomunicaciones: la Experiencia Chilena", en *Revista Perspectivas*, Vol. 1, N° 2, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, Santiago, 1998

- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro. "Acerca del Control de la Discrecionalidad Técnica en Materia Eléctrica", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998

- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Mensaje De S.E. El Presidente De La República Con El Que Inicia Un Proyecto De Ley Que Modifica Diversas Normas Relativas Al Marco Regulatorio Del Sector De Servicios Sanitarios*, Mensaje N° 675-330 (9-5-1995), Boletín N° 1592-09

- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Modifica la Ley 18.778, Que Establece Un Subsidio al Pago de Consumo de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de Aguas Servidas*, Boletín N° 1052-09

- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Mensaje N° 102-346, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que Regula Sistemas de Transporte de Energía Eléctrica, Establece un Nuevo Régimen de Tarifas Para Sistemas Eléctricos Medianos e Introduce las Adecuaciones Que Indica a la Ley General de Servicios Eléctricos*, 6 de mayo de 2002, Boletín N° 2922-09

- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que Modifica la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, 11 de septiembre de 2001, Boletín N° 2787-03

- MORENO, Luis Ferney. *Servicios Públicos Domiciliarios, Perspectivas del Derecho Económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001

- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1998
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Los Resquicios Legales*, Ediciones BAT, Santiago, 1992
- OPAZO BRULL, Ernesto. *La Comisión Antimonopolios y el Estudio del Título V de la Ley N° 13.305*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1962
- ORAN'S LEGAL DICTIONARY,
<http://www.wld.com/conbus/orans/>
- ORDOVER, Janusz y PITTMANN, Russell. "Competition Policy for Natural Monopolies in a Developing Market Economy", en *Proceedings of The OECD / World Bank Conference On Competition and Regulation in Network Infrastructure Industries*, Budapest, 28 de junio - 1 de julio de 1994, Organisation For Economic Co-Operation And Development, Paris, 1995
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Glossary of Industrial Organisation Economics And Competition Law*, 1993
- PALUMBO OSSA, Blanca. "Comentario del Fallo Recaído en Recurso de Protección sobre Efectos de Reglamentación Eléctrica Sobreviniente a contratos de Suministro de Energía Pactados con Clientes No Regulados", en *Revista de Derecho Público*, N° 62, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000
- PAREDES, Ricardo. *Fundamentos para una Política Antimonopolios*, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Chile, Santiago, 1991

- PAREDES, Ricardo. "Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile", en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Vol. 58, 1995
- PAREDES, Ricardo. "Políticas de Competencia en Países sin Tradición de Mercado: el Caso de Chile", en *Revista Perspectivas*, N° 1, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, Santiago, 1997
- PAREDES, Ricardo. *Telecomunicaciones en Chile: Desregulación, Desempeño y Políticas*, Gemines Consultores, Santiago, 1998
- PELTZMAN, Sam. "Toward a More General Theory of Regulation", en *J. Law & Econ.*, University of Chicago, Chicago, Vol. XIX (2), 1976
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Manual de Derecho Constitucional*, Ediar Conosur Ltda., Santiago, 1990
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law. An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 5ª Ed., Aspen Law & Business, Nueva York, 1998
- PUELMA ACCORSI, Alvaro. *Contratación Comercial Moderna*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991
- QUILODRÁN SILVA, Pilar. *El Servicio de Agua Potable y la Protección al Consumidor*, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, 1991
- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Marco Regulatorio de los Servicios Eléctricos y Tarifas, Informe en Derecho*, 1997

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 18ª Ed., Ed. Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1956
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª Ed., Ed. Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1992
- REMON, Jesús y BUITRAGO, Ana María. "La Posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de las Telecomunicaciones" en CREMADES, Javier (coordinador). *Derecho de las Telecomunicaciones*, Ed. La Ley Actualidad S.A. - Ministerio de Fomento, Madrid, 1997
- RODRÍGUEZ DEL RÍO, Eduardo. "Precios de Nudo y de Mercado de la Energía Eléctrica", en *Diario El Mercurio*, Santiago, 5 de abril de 2002
- ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Argentina, 1963
- RUFIAN LIZANA, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999
- SALAS HERNÁNDEZ, Javier. "Energía", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (editor). *Derecho Administrativo Económico*, Distribuciones de La Ley, Madrid, 1988 (impresión de 1991), Vol. 2
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. "Cobros Injustificados en Cuentas Eléctricas", en *Revista Consumo y Calidad de Vida*, Santiago, junio 1997
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. "Cargo Fijo Telefónico. Los Tonos de una Controversia", en *Revista Consumo y Calidad de Vida*, Santiago, agosto 1997

- SIFRI GOUHANEH, José Alejandro. *El Abuso de Posición Monopólica en la Jurisprudencia*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1989
- SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, 4ª Ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992
- SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995
- SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1996
- STOBER, Rolf. *Derecho Administrativo Económico*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992
- STREETER PRIETO, Jorge. *El Orden Público Económico*, Separata, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1985
- STREETER PRIETO, Jorge. *Régimen Económico y Propiedad*, Separata, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1986
- STREETER PRIETO, Jorge. "Principios de Derecho Económico. El Paradójico Orden Público Económico", en *Revista de Derecho Económico*, N°s 60-61, Enero-Marzo, Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983
- STREETER PRIETO, Jorge. *Apuntes de Clase Derecho Económico III*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1992
- STREETER PRIETO, Jorge. "El Razonamiento Jurídico" en *UNIVERSIDAD DE CHILE / UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑÉZ. Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992

- STREETER PRIETO, Jorge. *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia. Documento de Trabajo*, Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, 2001
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS, *Bases de Tarificación de EMOS S.A.*, Santiago, 1999
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS, *Bases de Tarificación Esval S.A.*, Santiago, 1999
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS, *Jurisprudencia Administrativa*
- VILLAR ROJAS, Francisco José. *Tarifas, Tasas, Peajes y Precios Administrativos*, Ed. Comares, Granada, 2000
- WELLENIUS, Bjorn. "¿Puede ser Rentable el Servicio Universal?", en CONSUMERS INTERNATIONAL. "Los Consumidores Toman la Palabra: Electricidad, Telecomunicaciones y Agua Potable en América Latina", *Primera Conferencia Regional Consumidores y Servicios Públicos en América Latina*, Consumers International, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 1998
- WONNACOTT, Paul y WONNACOTT, Ronald. *Economía*, 3ª Edición, McGraw-Hill, 1986
- VALDÉS PRIETO, Domingo. *La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico, Especialmente en la Legislación Antimonopólica*, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1992.

- VALDÉS PRIETO, Domingo. "Legislación Antimonopólica y Distribución Eléctrica Concesionada", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, t. XCVIII, N° 3, 2001
- VAÑO VAÑO, María José. "La Liberalización del Sistema Eléctrico Español. Desregulación y Neoregulación", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, N° 231, Enero-Marzo, 1999
- VERGARA BLANCO, Alejandro. "La Concesión Eléctrica: Procedimiento, Servidumbres y Ocupación del Suelo Privado y Público. Propositiones Concretas de Cambios Legislativos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N° 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1994
- VERGARA BLANCO, Alejandro. "Naturaleza Jurídica y Atribuciones de la Comisión Pericial que Determina el Monto del VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) de las Instalaciones de Distribución Eléctrica", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000

LEGISLACIÓN NACIONAL

- Constitución Política de la República de Chile, 1980
- Constitución Política del Estado, 1925
- Código Civil
- Código de Comercio
- Código del Trabajo
- Código de Procedimiento Civil

- Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central
- Ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional
- DL 520, de 1932
- Ley 5.125
- Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones
- Ley 18.175, Ley de Quiebras
- Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
- Ley General de Servicios Sanitarios, D.F.L. 382, de 1988, MOP
- Ley General de Cooperativas
- Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones
- Ley 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles
- Ley 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios
- Ley 18.777, Autoriza al Estado Para Desarrollar Actividades Empresariales en Materia de Agua Potable y Alcantarillado y Dispone la Constitución de Sociedades Anónimas para tal Efecto.
- Ley 18.778, Establece Subsidio al Pago de Consumo de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de Aguas Servidas.

- Ley 18.856, Modifica Decreto con Fuerza de Ley 323, de 1931, Ley de Servicios de Gas.
- Ley 19.489, Modifica Ley General de Servicios Eléctricos en Materia de Aplicación de Tarifas a Usuarios Finales
- Ley 19.496, Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
- Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración Pública
- Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios
- D.F.L. 70, de 1988, MOP, sobre Fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado.
- DL 211, de 1973, que Establece Normas Sobre Defensa de la Libre Competencia.
- D.L. N° 2.224, de 1978, que crea la Comisión Nacional de Energía
- D.F.L. 1, de 1982, MM, Ley General de Servicios Eléctricos
- D.F.L. 323, de 1931 del Ministerio del Interior, Ley de Servicios de Gas.
- D.F.L. 4, de 1959 del Ministerio de Interior, Ley General de Servicios Eléctricos
- Decreto N° 890, que fija el Texto Actualizado de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

- D.S. 522, de 1973, Minecon, D.O. 15-10-1973
- D.S. 584, MOP, de 26-3-1980
- D.S. 316, MOP, de 18 de Octubre de 1984, Reglamento de Prestación de Servicios Domiciliarios de Agua Potable y Alcantarillado, D.O. 17-1-1985
- D.S. N° 900, de 1996, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.F.L. MOP N° 164 de 1991
- Reglamento del Servicio Público Telefónico, D.O. 9-8-1997
- Reglamento del D.F.L. 70, D.S. 453, Minecon, 1989
- D.S. MOP N° 240, de 1991
- Reglamento del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, D.S. 457, de 1994, MTT
- Reglamento Sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones, D.S. 556, de 1997, MTT
- Reglamento para las Comisiones de Peritos Constituidas de Conformidad al Título V de la Ley N 18.168, D.S. 381, de 1998, D.O. 28-09-98
- Reglamento que Regula el Procedimiento, Publicidad y Participación del Proceso de Fijación Tarifaria Establecido en el Título V de la Ley N 18.168, General de Telecomunicaciones, D.S. 4, D.O. 16-01-2003
- Reglamento para la Designación y Funcionamiento de la Comisión de Expertos establecida en el Artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley N° 70 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas; D.S. 385, de Julio de 2000

- Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado,
- Reglamento de la Cámara de Diputados
- Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, D.S. 327/97, MM
- D.S. 136, Minecon, de 16 de agosto de 1988, que Fija Niveles Tarifarios a la Compañía de Teléfonos de Chile S.A. para el Quinquenio 89-94, D.O. 4-1-1989
- D.S. N° 610 a 614, de 1998, Que Fijan Precios o Tarifas Por Servicios Provistos a Través de las Interconexiones a Concesionarias de Telefonía Móvil, D.O. 21-01-1999, MTT
- D.S. N° 445, que Rectifica Decreto N° 76, que Aprueba Fórmulas Tarifarias de los Servicios de Producción y Distribución de Agua Potable y Recolección y Disposición de Aguas Servidas para la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. (EMOS S.A.), D.O. 8-01-2002}
- D.S. 300, que Fija Formulas Tarifarias Para Las Empresas Eléctricas Concesionarias de Servicio Público de Distribución Que Señala, Minecon, 23-06-1997.
- D.S. 187, que Fija la Estructura, Nivel y Mecanismo de Indexación de las Tarifas de los Servicios Afectos a Fijación Tarifaria Suministrados por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., D.O. 21-08-99
- R. 102, Minecon, que fija Fórmulas Tarifarias para los Suministros de Gas Natural y Servicios Afines que la Empresa GASCO Efectúe a sus Consumidores en la XII Región. D.O. 28-06-1991

- RE 52, Minecon, que Establece Empresas o Establecimientos que se Encuentran en Alguna de las Situaciones del Artículo 384 del Código del Trabajo, D.O. 31-07-2003
- RE 208, de 2000, Subtel, Fija el Plazo, Forma y Condiciones de los Abonos o Cargos que Procedan en Conformidad a los Dispuesto en el Artículo 30° J de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, para la empresa Compañía Nacional de Teléfonos, Telefónica del Sur S.A., D.O. 23-2-00
- RE 996, de 1999, Subtel, Fija el Plazo, Forma y Condiciones de los Abonos o Cargos que Procedan en Conformidad a los Dispuesto en el Artículo 30° J de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, para la empresa Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.
- Ordinario (DJ), N° 1997, 10 de agosto de 2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia
- Oficio Ord. N° 3033, de 18 de mayo de 2000, SEC
- D.S. N° 455, que Fija la Estructura, Nivel y Mecanismos de Indexación de los Planes Tarifarios Alternativos a las Tarifas Fijadas Mediante Decreto N° 187 de 4 de Mayo de 1999, a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., D.O. 24-08-2002
- RE 88, de 2001, Minecon.
- RE 292, Minecon, D.O. 13-8-2002
- RE 178, SUBTEL, de febrero de 2003
- RE 532, que Declara Actos, Documentos y Antecedentes Afectos a Secreto o Reserva, SEC, D.O. 12-04-2003

- RE 562, que Declara Secretos o Reservados los Actos y Documentos que Indica de la Comisión Nacional de Energía, CNE, D.O. 4-3-2003
- D.S. 77, Minecon, D.O. 30-04-03

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Constituciones de la República de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela.
- Tratado de Roma, que crea la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, 1957
- Decreto 92/97, sobre Rebalanceo de Tarifas Telefónicas, de 30 de enero de 1997, Secretaría de Comunicaciones de Argentina
- Ley 24.065, sobre el Marco Regulatorio Eléctrico Nacional de Argentina
- Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, España
- Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, España
- Ley Anticártel, Alemania
- Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, México
- Ley Federal de la Competencia Económica, México

- Ley 142, del 11 de Julio de 1994, Por la Cual se Establece el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y se Dictan Otras Disposiciones, Colombia
- Ley 31, del 8-2-1996, Por la Cual se Dictan Normas Para la Regulación de las Telecomunicaciones en la República Panamá
- Commerce Acts 1986-1992, Nueva Zelandia
- Public Utility Holding Company Act of 1935, "PUHCA", ch. 687, Title I, 49 Stat. 803 (15 U.S.C. Sec 79 - 79z-6) (1935)
- Public Utility Regulatory Policies Act, "PURPA", Public Law 95-117. 95th Congress, 624 (1978), 16 U.S.C. Sec. 2601 - 2645
- Reglamento de las Telecomunicaciones, de la Ley de Telecomunicaciones, N° 1632, de 5 de Julio de 1995, Bolivia
- Ley 1600, de 28 de Octubre de 1994, Bolivia
- Ley 7472 Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor, Costa Rica
- Retail Policies for Natural Gas Utilities Act, 15 U.S.C. Sec. 3201- 3211
- Ley 25.156, de Defensa de la Competencia, Argentina
- Resolución 1460/98, Adóptase el Procedimiento de Documento de Consulta Previsto en el Reglamento General Aprobado por Resolución N° 57/96, a los fines de tratar el Documento sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia y Subsidios Cruzados. Secretaría de Comunicaciones, Presidencia de la Nación, Argentina