

Santiago, 27 de febrero de 2024

Señor
José Miguel Gana E.
Gana & Urrutia
Presente

De mi consideración:

Con ocasión de la demanda interpuesta por Marcela Romo Marty y otros (los DEMANDANTES) en contra de METROGAS S.A. (“METROGAS”) y APROVISIONADORA GLOBAL DE ENERGÍA S.A. (“AGESA”) (en conjunto “las DEMANDADAS”) ante el TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (“TDLC”)¹, METROGAS me ha solicitado un informe en derecho sobre la procedencia de los requisitos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado para determinar si las conductas que los DEMANDANTES imputan a las demandadas constituyen un fraude a la ley y el cobro de precios excesivos.

Grosso modo, los DEMANDANTES señalan que una serie de actos ejecutados por las DEMANDADAS les habría permitido subir artificialmente el precio del gas natural (en adelante “GN”) y desviar la rentabilidad, debido al mayor precio que pagaría METROGAS a AGESA. Los actos que habrían permitido a las DEMANDADAS cometer un fraude a la ley serían la división de METROGAS mediante la cual se creó AGESA; la asignación por parte del primero a la segunda del contrato por el cual se proveía de GN; y el contrato por el cual METROGAS recompra a AGESA el GN (en adelante “el CONTRATO”). Asimismo, en opinión de los DEMANDANTES, el fraude acusado configuraría un caso de abuso de posición dominante consistente en el cobro de precios excesivos.

Como se desarrolla en las siguientes secciones, en opinión del suscrito, no se dan los presupuestos doctrinarios ni jurisprudenciales para que se considere que la conducta imputada a METROGAS, descrita en general en el párrafo anterior, constituya en fraude a

¹ Causa Rol C N° 446-2022.

la ley y, por ende, tampoco podría existir un abuso de posición dominante de parte de esta empresa consistente en el cobro de precios abusivos. En relación con este último punto, cabe mencionar además que, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, es posible concluir que los DEMANDANTES no aportan información sobre los precios excesivos que le imputan a METROGAS, empresa que, en todo caso, se ha mantenido dentro de los límites de rentabilidad que fija la ley y que cobra los precios más económicos si se comparan con los de los otros distribuidores de GN (a excepción de las empresas estatales que reciben subsidio) y de las empresas de GLP.

Para los efectos anteriores, este informe se estructura de la siguiente forma: (i) en primer lugar, se describe la demanda de las DEMANDANTES y la contestación de METROGAS; (ii) luego, se realiza un examen sobre la figura del fraude a la ley y si, a la luz de dicho examen, se cumplen los supuestos para considerar que la conducta imputada a METROGAS constituye tal fraude; (iii) enseguida, se expone la figura de los precios excesivos, tanto a nivel legal como doctrinario y jurisprudencial; (iv) en cuarto lugar, se analiza si se cumplen en la especie los requisitos para considerar que las conductas imputadas a METROGAS constituyen un cobro de precios excesivos anticompetitivo; y (v) por último, se entregan las conclusiones de este informe.

I. SÍNTESIS DEL CONFLICTO ENTRE LAS DEMANDANTES Y LOS DEMANDADOS

1. Los DEMANDANTES presentaron una demanda en contra de las DEMANDADAS porque éstas habrían infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (“D.L. 211”) al cometer un fraude a la ley y, como consecuencia de este fraude, subir los precios del GN cobrados a los consumidores de manera excesiva y abusiva.
2. Para dichos efectos, los DEMANDANTES tomaron como un insumo esencial de su demanda el Estudio de Mercado N° 6 sobre el Mercado del Gas de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) (en adelante “el ESTUDIO”). Aducen que el ESTUDIO permitió detectar que durante la tramitación del proyecto de ley que tenía por objeto mejorar la metodología de cálculo de rentabilidad máxima a la que están sujetas las empresas concesionarias de distribución de gas, específicamente en 2016, *“Metrogas se dividió en dos, creando la sociedad relacionada Agesa, a la que le asignó el contrato con el que hasta esa fecha se proveía de GN. Acto seguido Metrogas y Agesa suscribieron un nuevo contrato, mediante el cual Metrogas pasó a recomprarle a AGESA el mismo gas natural que antes compraba directamente, pero pagando más caro por ello, con lo que en la práctica ambas empresas —que tienen los mismos accionistas y controladores— subieron artificialmente el precio de ese bien esencial de consumo y lograron desviar la rentabilidad proveniente de ese mayor precio desde Metrogas a Agesa —la que a diferencia de Metrogas no se encuentra sujeta al límite de rentabilidad— en un caso flagrante de fraude a la ley”*².
3. Los DEMANDANTES también interpretan y citan una serie de conclusiones del ESTUDIO, conforme a las cuales los actos recientemente descritos en el párrafo anterior habrían tenido como único fin que se aumentara artificialmente el precio del GN y desviar su rentabilidad. Para ser más preciso, los actores citan la página 23 del ESTUDIO en la que la FNE expone dicho incremento habría sido entre un 12,7% y un 20% en el sector residencial y en porcentajes menores en los sectores comercial e industrial.

² Demanda, p. 2.

4. Este fraude a la ley, que habría permitido a las DEMANDADAS subir artificialmente los precios y desviar la rentabilidad de METROGAS para que no se gatillara el mecanismo de regulación de sus precios, se habría materializado en una conducta contraria a la libre competencia, cual es la de precios excesivos, la que, en este caso, sería especialmente delicado por cuanto concurrirían circunstancias particularmente graves, como el carácter de bien de consumo de primera necesidad que tendría el GN; el área territorial donde la conducta se habría desplegado (porcentaje significativo de hogares de la Región Metropolitana); y la afectación de la economía doméstica y arcas fiscales productos del Covid-19.

5. Según los DEMANDANTES, el fraude a la ley que habrían cometido las DEMANDADAS se habría producido entre los meses de mayo y julio de 2016, período en el cual se encontraba en tramitación el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.999. En concreto, acusan a METROGAS de dividirse, crear AGESA y celebrar el CONTRATO, para evitar las consecuencias de lo que en ese momento se discutía con ocasión del referido proyecto de ley, que “buscaba evitar que Metrogas (y otras empresas en situación similar) pudieran disminuir su rentabilidad por medio de un aumento artificial de costos, traspasando la rentabilidad a empresas no sujetas al límite máximo”³.

6. Las DEMANDANTES dan a entender que la introducción de las indicaciones del Ejecutivo que incorporaron los artículos 33 quinquies y 12 transitorio, habría sido de capital importancia, toda vez que el primero exigía que los contratos entre empresas relacionadas se sujetaran o fueran sometidos a licitaciones internacionales, salvo que al momento de la entrada en vigencia la empresa concesionaria ya contara con contratos de compra de GN suscritos con alguna de sus relacionadas.

7. En este orden de consideraciones, los DEMANDANTES sostienen que producto de la división se había asignado a AGESA, el contrato o la posición contractual que METROGAS tenía en los contratos de aprovisionamiento de GN con GNL CHILE S.A. Posteriormente, para que METROGAS pudiera abastecerse de este insumo celebró el CONTRATO, por el que, en palabras de las DEMANDANTES, recontrató dicho suministro a un precio mayor, operación que carecería de racionalidad económica. Así, esta operación, como se ha

³ Contestación, p. 6.

señalado, tendría por objeto aumentar los costos de METROGAS y desviar la rentabilidad a AGESA.

8. De este modo, estas actuaciones de las DEMANDADAS junto con la posición dominante de METROGAS le habrían permitido a ésta realizar cobros abusivos o excesivos. Las actoras arguyen que la posición de dominio de METROGAS es posible extraerla a partir del mercado relevante que ellas definen como el de GN de red que suministra el concesionario en su zona de concesión; así “cada concesión de distribución de GN constituye un mercado relevante por sí mismo”⁴. Derivado de esta definición, el mercado relevante, desde el punto vista geográfico, comprendería toda la zona de concesión en el que opera METROGAS.

9. En cuanto a los sustitutos del GN, las DEMANDANTES, explican las siguientes razones por las cuales las diferencias entre el GN y el Gas Licuado de Petróleo (en adelante “GLP”) hacen que deban ser considerados como mercados diferenciados: (i) la circunstancia que el GLP sería un sustituto altamente imperfecto; (ii) las regulaciones a que está sujeto el GN, a diferencia del GLP; y (iii) las economías de densidad.

10. En relación con las barreras de entrada, las DEMANDANTES identifican las siguientes: (i) economías de escala; (ii) inversiones significativas en las redes de GN; (iii) acceso a los gasoductos; y (iv) barreras legales como las concesiones de distribución y el límite máximo de rentabilidad.

11. La conducta imputada a las DEMANDAS constituiría, en concepto de los DEMANDANTES, un abuso de posición dominante pues les habría permitido obtener rentas monopólicas, “subiendo artificialmente los costos a los consumidores a quienes explotaron en forma abusiva”⁵.

12. Más en concreto, los DEMANDANTES señalan que el precio excesivo se habría materializado por el alza del mismo que habrían sufrido los consumidores de GN entre un 12,7% y un 20,2%, explicando por qué en, este caso, las razones para esa alza de precios obedecería a una conducta ilegítima, la que derivaría, como se ha señalado, del fraude a la ley.

⁴ Demanda, p. 15.

⁵ Demanda, p. 19

13. Al contestar la demanda, METROGAS indica varias razones para descartar que se haya producido un fraude a la ley.

14. En primer lugar, sostiene que esta división habría obedecido a legítimas razones de negocio y su materialización no habría dado lugar a un alza de costos ni de tarifas. En segundo lugar, aduce que mal puede existir un fraude de este tipo por la sencilla razón de que ésta no existía al momento de producirse la división por la cual se creó AGESA y ni siquiera se habían presentado las indicaciones que incorporaron al respectivo proyecto de ley los artículos 33 quinquies y 12 transitorio. En tercer lugar, arguye que el contrato de aprovisionamiento celebrado entre AGESA y METROGAS habría sido validado por la Comisión Nacional de Energía (en adelante “CNE”) mediante la Resolución Exenta N° 441 de 11 de agosto de 2017. En cuarto lugar, señala que METROGAS no tiene una posición dominante en el mercado relevante que ella define y que más adelante se explica. Por último, agrega que, en cualquier caso, los precios que cobra no son abusivos y, muy por el contrario, son los más bajos en comparación con aquellos que cobran otras empresas distribuidoras de GN, con excepción de aquellas que reciben subsidio estatal.

15. En lo relativo a las razones de negocio que motivaron la separación de las actividades de aprovisionamiento mayorista de GN de la distribución, METROGAS describe un orden cronológico de los hechos que llevaron a esa empresa a tomar esa decisión. Agrega que en la citación de la Junta Extraordinaria de Accionistas en que se aprobó la separación de METROGAS y constitución de AGESA, señalándose indicó que dicha decisión formaba parte de la reestructuración societaria que estaba llevando a cabo CGE, controlada por Gas Natural Fenosa, y que se habría iniciado con el acuerdo de división de negocios de gas natural y gas licuado en diciembre de 2015. Así, esta definición se habría enmarcado en un plan mayor de los controladores consistente en la salida del mercado del GLP, la venta de GNL de Quintero y la mencionada separación de las actividades de aprovisionamiento mayorista y de distribución.

16. Luego, cita la Sesión de Directorio de METROGAS, de 9 de mayo de 2016, en la que se explica con mayor profundidad las razones comerciales que tuvo la empresa para separar las actividades antes dichas, explicación que también habría realizado el Presidente del Directorio en la Junta Extraordinaria de Accionistas de 26 de mayo de

2016. En esta última junta, además, se habría acordado asignar a AGESA una serie de contratos para que pudiera desarrollar sus actividades, entre los que destaca el Contrato de Suministro de Gas Natural celebrado con GNL Chile S.A., suscrito el 25 de julio de 2013.

17. En cuanto a los riesgos, hace una descripción detallada de los que se generan en una y otra actividad. Mientras que en el negocio de la distribución del GN, los riesgos son el no pago del servicio por parte de los consumidores finales, los derivados del mantenimiento de redes y la construcción de obras, entre otros, en la actividad mayorista los riesgos están constituidos por el contrato de aprovisionamiento, el sistema y los clientes. Sobre estos últimos riesgos se ahonda en el siguiente párrafo.

18. Los riesgos del contrato de aprovisionamiento surgen, entre otros, por la posibilidad que el proveedor internacional entregue naves con un porcentaje de gas menor al pactado, sin expresión de causa. Los riesgos del sistema derivan del funcionamiento integrado de los cargadores de GN —Enel, Enap y AGESA— con el objeto de “transformar cada nave en un suministro continuo en base diaria de GN”⁶.

19. Por último, los riesgos del cliente están representados por las estipulaciones del CONTRATO de AGESA y METROGAS, en virtud de las cuales la primera se hizo cargo de los riesgos de aprovisionamiento del GN, riesgo que antes recaía en METROGAS por el contrato que ésta mantenía con GNL Chile. Siempre en el ámbito de los riesgos del cliente, en su contestación METROGAS señala que, si nomina sobre el volumen programado dentro de la “Tolerancia”, AGESA *“debe obtener el volumen faltante, ya sea en forma de préstamo y/o compra con otro cargador (mercado spot), utilizando stock acumulado (“excess stock”) si tiene disponible, o adelantando alguna nave”*⁷, todo lo cual incrementa sus costos. El último ítem de estos riesgos lo constituye el stock de seguridad que debe mantener AGESA para enfrentar cambios climáticos, para lo cual debe utilizar una parte de su capacidad de almacenamiento del Terminal GNLQ.

20. De esta manera, los mayores riesgos que asume AGESA deben verse reflejados en el precio que cobra a METROGAS, precio que según esta última sería el más bajo de todas las empresas que suministran gas natural, de acuerdo con el Estudio. Por contrapartida,

⁶ Contestación, p. 8.

⁷ Contestación, p. 10.

al haberse trasladado los riesgos a AGESA, METROGAS tienen mayor estabilidad en los costos de abastecimiento del GN.

21. A lo largo de su contestación, METROGAS reitera que no puede haber fraude a la ley en relación con el artículo 12 transitorio de la Ley N° 20.999 si dicha disposición no existía cuando METROGAS decidió dividirse, se dividió y posteriormente celebró el contrato con AGESA. Para lo anterior, hace nuevamente un orden cronológico de los hechos, esta vez más detallado. Por su importancia para los efectos de este informe se reproducen dichos sucesos: (i) Noviembre de 2014, Gas Natural Fenosa adquiere METROGAS; (ii) 15 de enero de 2015, envío del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.999, proyecto en el que no se contemplaban normas relativas al tratamiento del aprovisionamiento de gas entre empresas relacionadas; (iii) septiembre de 2015, se discute en el Directorio de METROGAS la posible separación entre las actividades de aprovisionamiento mayorista y distribución de GN; (iv) 9 de mayo de 2016, se decide en el Directorio convocar a Junta Extraordinaria de Accionistas para dividir la sociedad; (v) 26 de mayo de 2016, celebración de la Junta Extraordinaria de Accionistas, en la que se aprobó la división de METROGAS, la creación de AGESA y el traspaso del contrato entre el primero y GNL Chile; (vi) 20 de julio de 2016, METROGAS y AGESA suscriben el “Contrato de Aprovisionamiento de Gas”; (vii) 9 de agosto de 2016, se discute por primera vez en la Comisión de Economía y Energía del Senado la necesidad de regular el aprovisionamiento de GNE a empresas por parte de relacionadas; y (viii) 2 de septiembre de 2016 se incorporan las indicaciones de los artículos 33 quinquies y 12 transitorio al proyecto de ley.

22. Conforme a esta cronología de los hechos más relevantes atinentes a la controversia, METROGAS hace hincapié en que mal puede defraudarse no solamente una ley que no existe, sino que tampoco existían las indicaciones de los artículos 33 quinquies y 12 transitorio al proyecto de ley al momento de acordarse y aprobarse la división de la compañía, la creación de AGESA y el traspaso del contrato entre el primero y GNL Chile, lo que ocurrió, como se ha señalado, en la Junta Extraordinaria de Accionistas de 26 de mayo de 2016.

23. En cuanto a la Resolución Exenta N° 441 de la CNE, METROGAS cita el artículo 1° de la parte resolutive en la que destaca que la comisión tuvo por verificado el traspaso

del Contrato de Aproveccionamiento con AGESA por ser económicamente eficiente, de acuerdo con las condiciones de mercado, para efectos de chequear su rentabilidad.

24. Con respecto a la falta de dominancia de METROGAS, la empresa analiza el mercado relevante en el que desarrollan las conductas imputadas por los DEMANDANTES. En esta materia, señala que el GN y GLP son sustitutos y participan del mismo mercado relevante, ya que son combustibles fósiles que pueden ser utilizados para la calefacción, calentar agua y cocción en cocinas a gas, y no existen costos de cambio significativos para cambiarse del GN al GLP, pero sí a la inversa. En este orden de consideraciones, METROGAS se hace cargo de las argumentaciones de los DEMANDANTES referidas a la falta de sustituibilidad entre ambos bienes, indicando que: (i) no sería relevante para los efectos de los hechos imputados la imposibilidad de sustituir GLP en zonas donde no existen redes de distribución de GN; (ii) la regulación del GN no afecta el análisis de sustituibilidad; (iii) la limitación establecida en la regulación sectorial para el uso del GLP para artefactos fijos es acotada; (iv) las economías de densidad no afectan el análisis de sustituibilidad, como tampoco la obligación de acceso abierto.

25. METROGAS también argumenta que la electricidad es otro sustituto del GN si se atiende las principales funciones del GN: calefaccionar, cocinar y calentar agua. En abono de su argumentación esta empresa resalta el hecho que desde hace más de 10 años se construyen en la Región Metropolitana edificios *Full Electric*.

26. De esta forma, concluye que el mercado relevante del producto es “*el de distribución para consumo residencial de alternativas energéticas como el GN, GLP, electricidad, parafina, pellets, carbón y leña*”⁸. Sobre el mercado geográfico, METROGAS afirma que corresponde a la Región Metropolitana.

27. En relación con las barreras de entrada al mercado que define, señala que no son significativas, para lo cual cita la Resolución N° 51/2018 del TDLC, en la que se indica que se puede ingresar GLP importado por medio de Gasmar.

28. A partir de todo lo anterior, METROGAS concluye que el mercado es competitivo y que no detenta una posición de dominio, por lo que es imposible que se configure la conducta anticompetitiva de los precios excesivos.

⁸ Contestación, p. 36.

29. Por último, en cuanto a la figura de los precios abusivos o excesivos, METROGAS desarrolla con más detalle sus requisitos de procedencia en este caso, esto es: (i) detentar una posición dominante; (ii) haber cometido el fraude a la ley; (iii) abusar de su posición de dominio; y (iv) cobrar precios extremadamente excesivos. Ninguno de estos supuestos se presentaría en ese asunto.

30. En primer término, esta empresa, según lo ya explicado, no ostentaría una posición dominante, ni menos super dominante, en el mercado relevante que METROGAS ha definido. Para estos efectos, cita el D.L. N° 211, jurisprudencia del TDLC y los datos contenidos en el Balance Nacional de Energía de 2020, en el que se entrega información sobre el consumo energético de la Región Metropolitana, apareciendo el GN en tercer lugar con el 18%.

31. En segundo lugar, METROGAS reitera los argumentos desarrollados precedentemente sobre la inexistencia de un fraude a la ley, por lo que debe rechazarse la demanda.

32. En tercer término, arguye que no ha fijado ni cobrado precios excesivos por las siguientes razones: (i) vender el GN a los precios más bajo, exceptuando a las empresas de GN que están subsidiadas; (ii) cumplir con la normativa sectorial, en particular la revisión de su rentabilidad; (iii) la libertad tarifaria de la que goza porque se ha mantenido dentro del margen de rentabilidad establecido en la ley; y (iv) el Estudio no daría cuenta de esta infracción.

33. Siempre en este ámbito, a continuación, METROGAS desglosa los requisitos que estableció la Sentencia N° 140/2014 del TDLC sobre el análisis de precios que debe ser realizado para determinar cuándo un precio es extremadamente excesivo, ejercicio en el cual deben considerarse los costos, los precios y las utilidades de la firma dominante. Tomando en consideración estos tres criterios, la empresa concluye que no puede haber precios extremadamente excesivos pues, como se señaló: (i) los precios se relacionarían directamente con sus costos, los que serían razonables y justificados; (ii) los precios que cobran son los más bajos, salvo aquellos cobrados por empresas subsidiadas; y (iii) las utilidades de METROGAS una vez que entró en vigor la Ley N°20.999 nunca han superado el límite de rentabilidad máxima.

34. Por último, METROGAS se hace cargo del aumento de precio alegado por los Demandantes del orden de entre un 12,7% y un 20,2% (indicado en el Estudio de la FNE), señalando, al efecto, que los resultados a los que llegó la FNE no son precisos; que se trata de un escenario hipotético de acuerdo con las propias palabras de la FNE; y que este Servicio no señala en su Estudio que METROGAS hubiese cometido una ilegalidad, sino que los precios que cobra derivan de la aplicación de una norma transitoria vigente y válida.

II. FRAUDE A LA LEY

35. Como se explicó en la sección anterior, los DEMANDANTES aducen que las DEMANDADAS habrían cometido un fraude a la ley, al desviar las utilidades que recibía METROGAS a su relacionada AGESA, empresa esta última que habría sido creada, precisamente, para dicho fin fraudulento. Así, la celebración del CONTRATO habría permitido a Metrogas subir artificialmente sus costos y le habría permitido cobrar precios excesivos y abusivos a los consumidores.

36. Los DEMANDANTES no señalan expresamente en su demanda cuáles son las normas del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.999 que habrían sido burladas por los DEMANDADAS, sino que pareciera ser que se les acusa de haber burlado toda la ley⁹, que tenía por objeto mejorar la metodología de cálculo de rentabilidad máxima a la que están sujetas las empresas concesionarias de distribución de gas. Sin embargo, de un análisis más fino de la misma, en particular de lo relatado en los párrafos 22 a 26 de la demanda, lo que aparece cuestionado es la burla de los objetivos previstos en los artículos 5° quinquies y 12° transitorio del proyecto, como así también lo entendieron las DEMANDADAS al contestar la demanda.

37. La primera de dichas normas, en particular sus incisos segundo y tercero, disponían lo siguiente: *“No obstante lo anterior, cuando la empresa concesionaria efectúe la compra de gas a empresas de su mismo grupo empresarial o a personas o entidades relacionadas en los términos señalados en la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, el costo*

⁹ En el párrafo 5°, pág 2 de la Demanda se señala que “Las acciones de defraudación a la ley perpetradas por las demandadas....”

del gas solamente considerará tales contratos de suministro si éstos han sido el resultado de procesos de licitaciones públicas e internacionales. Las licitaciones a que se refiere este artículo deberán cumplir con los principios de no discriminación arbitraria, transparencia y estricta sujeción a las bases de licitación. A su vez, para efectos de realizar tales licitaciones públicas e internacionales, la empresa concesionaria o las referidas empresas, personas o entidades relacionadas, deberán contar con instalaciones que permitan realizar importaciones de gas, tales como terminales marítimos de regasificación de gas natural licuado o gasoductos internacionales, o contratos de uso de tales instalaciones, los que deberán quedar plenamente dispuestos para el abastecimiento de la empresa concesionaria por parte de cualquier adjudicatario durante la vigencia del contrato. En este caso, el costo del gas en cada punto de conexión corresponderá a lo efectivamente pagado por la empresa concesionaria de acuerdo al o los precios de compra de sus contratos de suministro con empresas, personas o entidades relacionadas, incluyendo los demás costos en que incurra la empresa concesionaria para llevar el gas hasta el ingreso del sistema de distribución, tales como transporte, almacenamiento y regasificación, cuando corresponda.

En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el costo del gas al ingreso del sistema de distribución de la empresa concesionaria será valorizado al menor precio de compra del gas calculado en base a los contratos de importación de largo plazo existentes con el mercado internacional, incluyendo si corresponde, los demás costos para llevar el gas hasta el ingreso del sistema de distribución, tales como transporte, almacenamiento y regasificación. Toda prórroga de la vigencia del contrato de suministro de gas de la empresa concesionaria con empresas, personas o entidades relacionadas, se entenderá como un nuevo contrato para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo”.

38. El artículo 12 transitorio estableció una excepción a la obligación impuesta en el artículo 33 quinquies. Dispuso esta norma que *“En caso que, al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la empresa concesionaria cuente con contratos de compra de gas suscritos con empresas de su mismo grupo empresarial o a personas o entidades relacionadas en los términos señalados en la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, no aplicará a dichos contratos lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 33*

quinquies, determinándose el costo del gas asociado a tales contratos de acuerdo al presente artículo”.

39. A continuación, se analiza si se dan los criterios y supuestos jurisprudenciales para que se presente un fraude a la ley en este caso concreto.

40. El fraude a la ley puede considerarse como un despliegue de maniobras jurídicas que, teniendo la apariencia de legalidad, tienen por objeto realizar lo que la ley prohíbe o impone, o contravenir derechamente su espíritu. Así, aun siendo lícito el actuar en sí mismo, porque se respeta la letra de la norma, se burla el fin de la misma. En consecuencia, el fraude a la ley funciona como un remedio para impedir que la normativa deje de tener su carácter imperativo o prohibitivo, transformándose, como consecuencia del actuar fraudulento de una persona, en una disposición tan solo facultativa.

41. El fraude a la ley es una institución que ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia chilena como un principio general del derecho, a pesar de que no se encuentra definido en la ley como tal. Sin embargo, existen algunas disposiciones legales que se refieren al fraude en general, tales como:

- (i) Artículo 2468 del Código Civil: consagra la acción paulina o revocatoria, que es aquella que detenta el acreedor, para dejar sin efecto los actos jurídicos o contratos realizados por el deudor fraudulentamente, en perjuicio de sus derechos.
- (ii) Artículo 966 del Código Civil: contempla la sanción a las disposiciones del testador en favor de un incapaz, aunque se “disfrace” en una obligación de un contrato anterior.
- (iii) Artículos 412 y 116 del Código Civil: normas que buscan prevenir el fraude a la ley que se comete por el tutor o curador, o sus descendientes, al contraer matrimonio con el pupilo que aún no ha cumplido 21 años.
- (iv) Artículo 803 del Código Civil: regula la figura del fraude que comete un deudor que cede o renuncia al usufructo perjudicando a sus acreedores.
- (v) Artículo 1723 del Código Civil: el pacto de separación total de bienes no podrá perjudicar los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o la mujer.

42. Sin perjuicio de no existir una definición legal del fraude a la ley, sí podemos encontrarla a nivel doctrinario y jurisprudencial. En cuanto a la primera, para el autor Alexander Ligeropoulo, desde una mirada amplia, el fraude a la ley es “[t]oda operación, toda maniobra cuyo objeto es eludir una disposición expresa de la ley o ponerse en condiciones de invocar una ley contrariamente a su espíritu”¹⁰, y desde una mirada restringida son “actos reales, queridos y realizados efectivamente, pero combinados de tal manera que, aun siendo lícitos en sí, permiten burlar la ley y hacer producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin”. Por su parte, Rodrigo Fuentes Guíñez, sostiene que el fraude a la ley es “el empleo de un acto o combinación de actos, jurídicos y/o fácticos, en sí lícitos y reales, pero que conducen a un resultado prohibido por la ley o análogo a éste”¹¹. Por otra parte, Ramírez Necochea afirma que el fraude a la ley “consiste en el cambio de localizador que se hace con el propósito de eludir una legislación determinada, colocándose bajo el imperio de otra”¹².

43. A nivel jurisprudencial, encontramos algunas sentencias dictadas por la Excma. Corte Suprema, como por ejemplo (i) la Sentencia dictada en la causa Rol N°23.194-2018, Considerando 6°: “(...) el fraude a la ley consiste, en definitiva, en usar la regla jurídica para un fin ilícito o no tolerado por el derecho, como destaca el profesor Ramón Domínguez, en éste caso el acto celebrado o ejecutado, si se le mira aisladamente, es inatacable, porque en él no existe vicio alguno (...), se trata de actos permitidos, lícitos en sí, regulados incluso por el derecho positivo, respecto de los cuales en principio no se observa razón para sancionarlos, pero lo distintivo es que el resultado que busca el autor, no es sólo el previsto por la regla que lo autoriza, él tiene en vista un fin diverso: impedir la aplicación de otra norma, la que resulta así eludida y justamente porque ésta le impone un deber que no quiere observar porque resulta gravoso”; y (ii) la Sentencia dictada en la causa Rol N°24.704-2018, Considerando 5°: “Nos parece que se trata de fraude a la ley ya que por medio de actos aisladamente apegados a la legalidad: contrato de leasing,

¹⁰ Leigeropoulo, Alexandre. “La defensa del Derecho contra el Fraude”. Revista de Derecho Privado, Tomo XVII, Madrid, España, 1930. Página 2.

¹¹ Fuentes Guíñez, Rodrigo. “El fraude a la ley. Antecedentes, Legislación, Jurisprudencia”. Ediciones Jurídicas. 1998. Página 32.

¹² Ramírez de Necochea. “Teoría general del derecho internacional Privado”. 1967. Página 134.

cláusula penal punitiva, se llega a un resultado no querido por el ordenamiento: la empresa de leasing obtiene el precio del bien sin enajenarlo”.

44. De estas definiciones se desprenden los elementos o requisitos para la configuración del Fraude a la Ley, los que dependerán de la corriente que se siga, ya sea ésta objetiva o subjetiva. Para el caso que la corriente seguida sea la objetiva, solo se requerirá para su configuración el elemento material, en cambio, para que se configure según la corriente subjetiva, también deberá cumplirse con el requisito intencional.

45. El elemento objetivo o material se refiere al acto o conjunto de actos lícitos y reales mediante el o los cuales existe un respeto aparente de la norma imperativa o prohibitiva, pero en su realización se elude ingeniosamente la aplicación o espíritu de la ley. Como se puede apreciar, se debe estar en presencia de una norma imperativa o prohibitiva. En este sentido, Carlos Ducci entiende por leyes prohibitivas, *“aquellas que contienen el mandato de no hacer algo y no le permiten en ninguna circunstancia”*, y por leyes imperativas, *“las que mandan u ordenan expresamente una cosa... o imponen la observancia de ciertas formalidades o la concurrencia de ciertos requisitos”*¹³, pero *“en el fondo, toda ley imperativa es prohibitiva, puesto que se entiende que se prohíbe hacer las cosas de un modo distinto al ordenado por la ley”*¹⁴.

46. Lo anterior implica que la norma que se defrauda debe ser de aquellas que no le otorgan la posibilidad al sujeto de modificar o moldear según sus intereses individuales aquello que ordena o prohíbe la norma jurídica, bajo ninguna excepción. Por tanto, una primera percepción del actuar fraudulento pareciera que es lícito, sin embargo, se tergiversa la finalidad de la norma, vulnerando el espíritu de la ley y obteniendo un resultado ilícito.

47. Por elemento subjetivo o intencional, también denominado *“animus fraudandi”*, nos referimos a la voluntad de la persona que realiza el actuar fraudulento de eludir la norma imperativa o prohibitiva, con el fin de obtener un resultado al menos equivalente al prohibido por la disposición legal. Como se anticipó, la doctrina está dividida sobre la procedencia de este elemento para que se configure el fraude a la ley. La mayoritaria

¹³ DUCCI Claro, Carlos. *“Derecho Civil, Parte General”*. 3ra Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988. Página 48.

¹⁴ PESCIO Vargas, Victorio. *“Manual de Derecho Civil”*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1978. Página 313.

ha llegado a la conclusión que no es indispensable pues, de requerirse, podrán existir actos que burlen el espíritu de la ley, pero no serían sancionables por no existir o no demostrarse la intención de ello. En este sentido razona el profesor Enrique Alcalde, quien afirma que “[d]eterminados autores, adhiriendo a un criterio objetivo, postulan que tal elemento (subjetivo) no constituye un requisito del fraude a la ley, toda vez que mediante su sanción lo que se persigue no es reprimir la mala fe o intención maliciosa del agente, sino evitar que la ley no reciba aplicación; y no sería aplicada, lo mismo si el acto (fraudulento) se le sustrae de propósito, que sin él”¹⁵. Por otra parte, también en esta línea Rodrigo Fuentes Guíñez sostiene que “[e]l legislador no da prohibiciones en forma caprichosa, sino que tienen por finalidad evitar ciertas consecuencias que el ordenamiento jurídico no considera apropiadas”¹⁶.

48. Para los efectos de este informe, asumiremos entonces la posición mayoritaria y que constituye el escenario más desfavorable para los intereses de METROGAS.

49. Seguidamente, el fraude a la ley es una institución que requiere de un presupuesto fáctico previo en el que se cumplan los elementos propios de la institución: la existencia de una ley o norma jurídica imperativa o prohibitiva que se encuentre vigente. Como se explicaba en los acápites anteriores, la institución del fraude a la ley implica que un acto fraudulento burle una norma jurídica, razón suficiente para que el presupuesto fáctico previo exija la existencia de la norma determinada que se alega fue burlada, y que esta esté vigente al momento en que se burló, pues desde ese momento es posible defraudar normas imperativas o prohibitivas.

50. Para ello, el artículo 7° del Código Civil determina cuándo una norma adquiere el carácter de obligatoria, disponiendo que: “La publicación de la ley ser hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria...Sin embargo, en cualquier ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia”.

51. Aplicando los conceptos anteriores al caso que nos ocupa, la norma imperativa burlada sería el artículo 33 quinquies que dispuso una obligación a la empresa

¹⁵ ALCALDE R. Enrique. “Responsabilidad contractual: Causa y efecto de los contratos y sus obligaciones”. Ediciones UC, 2018. Página 198.

¹⁶ FUENTES Guíñez, Rodrigo. “El Fraude a la Ley”. 1ra Edición, Editorial Congreso, 1998. Página 43.

concesionaria que efectuaba la compra de gas a empresas de su mismo grupo empresarial o a personas o entidades relacionadas en los términos señalados en la ley N° 18.045, de Mercado de Valores. En este evento el costo del gas solamente considerará tales contratos de suministro si éstos han sido el resultado de procesos de licitaciones públicas e internacionales.

52. Como se ha señalado, se denuncia que el fraude se habría producido porque la división de METROGAS, la creación de AGESA y la celebración de CONTRATO solo habría tenido por objeto acogerse a la excepción prevista en el artículo 12 transitorio y, de esta manera, burlar los objetivos previsto en el artículo 33 quinquies antes mencionado. Recordemos que esta norma transitoria dispuso que no sería aplicable lo dispuesto en los inciso segundo y tercero del artículo 33 quinquies a la empresa concesionaria cuente con contratos de compra de gas suscritos con empresas de su mismo grupo empresarial o a personas o entidades relacionadas en los términos señalados en la ley N° 18.045.

53. Como se explicado en los párrafos anteriores, el fraude a la ley requiere la presencia de una norma imperativa o imperativa que se encuentre vigente al momento que se produce la maniobra fraudulenta, requisito que no se presenta en este caso y, por lo tanto, no se configura esta institución.

54. En efecto, a principios del año 2017 entró en vigor la Ley N° 20.999, norma que modificó la Ley de Servicios de Gas y otras Disposiciones que indica, con el objeto de modernizar el mercado del gas. El proyecto de la referida ley ingresó al Congreso el 13 de enero de 2015. El 13 de diciembre del año 2016, ingresó a segundo trámite constitucional y, el 27 de enero del año 2017 a trámite de finalización¹⁷. El 31 de enero de 2017 se promulgó y el 9 de febrero de 2017 se publicó, entendiéndose desde esta última fecha que se encontraba vigente.

55. Sin embrago, de acuerdo con los hechos descritos por las partes, tanto en la demanda como en la contestación de la demanda, es posible concluir que las normas aparentemente burladas no se encontraban vigentes, no cumpliéndose, por tanto, el presupuesto fáctico básico para que opere el fraude a la ley. Lo anterior se puede

¹⁷ <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/navegar-versiones/6121/#akn666081-ar1>

constatar del orden cronológico expuesto en los escritos de discusión, los que para una mayor claridad se reproducen a continuación:

- a. Septiembre del año 2015, el directorio de METROGAS comenzó a analizar la idea de dividir la sociedad en dos con objeto de separar las actividades de distribución y aprovisionamiento de gas, según lo explica esta demandada.
- b. 26 de mayo de 2016 se celebra la Junta Extraordinaria de Accionistas de METROGAS que aprobó la división de la sociedad y la creación de AGESA, las cuales pasaron a ser empresas relacionadas. En virtud de ello, se procedió a asignar los activos de METROGAS a las dos sociedades, quedando dentro del patrimonio de AGESA “todos los contratos necesarios para desarrollar la actividad de aprovisionamiento de GN a clientes distintos de Metrogas y participaciones accionarias en otras sociedades”¹⁸, lo que incluyó el contrato entre METROGAS y GNL Chile, el cual se había celebrado en el año 2013.
- c. 20 de julio de 2016, METROGAS y AGESA suscribieron el CONTRATO, obligándose la primera a proveer de gas natural a la segunda.
- d. 2 de septiembre de 2016, Su Excelencia el Presidente de la República de la época, presentó las indicaciones en virtud de las cuales se incorporan los artículos 33 quinquies y 12 transitorio.
- e. 9 de febrero de 2017, se publica la Ley N° 20.999 que contiene los referidos artículos 33 quinquies y 12 transitorio.

56. En consecuencia, los hechos dan cuenta que no se cumple con el elemento objetivo o material que exige el fraude a la ley para su configuración, ya que si no existe una norma jurídica que se pueda defraudar, no hay obligatoriedad para METROGAS y sus competidores en el mercado del gas de cumplirla. Es más, ni siquiera se habían presentado las indicaciones que incorporaron las normas supuestamente burladas. En consecuencia, al momento en que se celebró el contrato entre METROGAS y AGESA era imposible que se burlara o transgrediera el espíritu de una norma inexistente.

¹⁸ Contestación. p. 6.

57. Adicionalmente, de acuerdo con los antecedentes que constan en los informes¹⁹ de (i) FK Economics, denominado “Análisis económico del Estudio del Mercado del Gas emitido por la FNE”, de agosto de 2022; y (ii) Quiroz & Asociados, denominado “Relación de AGESA con METROGAS”, del mismo mes y año; existen elementos que permiten concluir que la decisión de METROGAS de crear AGESA y celebrar con esta última el CONTRATO obedece a una razón de negocio que parece atendible y no a un intento de defraudar la ley, lo que determina que tampoco se verificaría el elemento subjetivo del fraude a la ley que exige la segunda posición doctrinaria ya revisada.

58. En efecto, ambos informes coinciden en que es más eficiente separar las actividades de aprovisionamiento mayorista y de distribución minorista de GN. Este escenario es más favorable a METROGAS, pues es AGESA la que asume los riesgos del negocio, ya que debe contratar volúmenes fijos de GN con un año de anticipación, lo que no asegura que METROGAS u otro distribuidor minorista que demande GN a dicho aprovisionador compre todo el volumen contratado.

59. De esta forma, si METROGAS u otro distribuidor minorista demanda más GN que aquel que había anticipado, AGESA tendrá que salir a comprar el faltante en el mercado internacional a precios *Spot*, lo que muchas veces importa en esfuerzo económico significativo. Si, por el contrario, los distribuidores minoristas demanda menos GN del que AGESA tenía contratado, tendrá que salir a vender el restante.

60. Luego, forma parte del precio que cobra AGESA a los distribuidores minoristas y, por cierto, a METROGAS los riesgos que asume, sin que ello importe una comisión y, por consiguiente, no tiene por objeto incrementar artificialmente los costos de esta empresa de cara al chequeo de rentabilidad que se debe hacer anualmente para efectos de determinar si se regulan o no sus tarifas. De hecho, de acuerdo con estos informes, los precios que AGESA cobra a otros distribuidores como GasValpo son similares a los que le vende a METROGAS, lo que descarta la tesis planteada por los DEMANDANTES.

61. Lo anteriormente expuesto se ve confirmado por la Resolución Exenta N°441 de la CNE, de 20 de julio de 2016, que tuvo por verificada la gestión de compra del Contrato

¹⁹ Ambos informes fueron acompañados en el juicio por demanda colectiva iniciado por Conadecus en contra de Agesa y Metrogas ante el 25° Juzgado Civil de Santiago, Rol C N° 8843-2021, por los mismos hechos objeto de la demanda ante el TDLC.

de Aprovevisionamiento de gas con Agesa, por ser económicamente eficiente “de acuerdo a las condiciones de mercado, para efectos del chequeo de rentabilidad a que hace referencia la Ley de Servicios de Gas”²⁰.

62. Por lo expuesto, más allá que no puede existir un fraude a una ley que no existe, la decisión comercial de Metrogas es legítima y, en ningún caso, tenía por objeto evitar las consecuencias de la normativa que finalmente se aprobó y que dio lugar a la Ley N°20.999. Por consiguiente, debe descartarse cualquier intención anticompetitiva de esta empresa, ni que *“el objeto de la referida operación [división de Metrogas y creación de Agesa] fue aumentar artificialmente el precio del gas natural que paga Metrogas y, al mismo tiempo, traspasar o desviar la rentabilidad proveniente de ese mayor precio desde la entidad económica sujeta a límites de rentabilidad, Metrogas, a una entidad relacionada o integrada verticalmente no sujeta a ese control, Agesa”*²¹.

63. En suma, si el principal argumento esgrimido en la demanda que fundamentó la acusación de la conducta anticompetitiva de precios excesivos es un fraude a la ley que, como vimos, no existe, no debería prosperar la acción intentada. Esto es sin perjuicio que, como se explica más adelante, no se dan los supuestos doctrinarios ni jurisprudenciales para que estemos en presencia del cobro de un precio excesivo si es que esta práctica hubiere sido acusada con independencia del fraude alegado.

III. PRECIOS EXCESIVOS

Antecedentes Generales

64. Sin perjuicio que se ha concluido que la división de METROGAS, la creación de AGESA y el CONTRATO no constituye un fraude a la ley y, por lo tanto, los eventuales mayores costos de la primera que se habrían traducido en un aumento de precios, no tendría su causa en un hecho ilegítimo que se pueda traducir *per se* y automáticamente en precios excesivos, —eventuales mayores costos que, además, pueden deberse a causas exógenas como el aumento del precio del GN en el mercado *aguas arriba*—, en lo que sigue se analizará igualmente esta conducta y si se dan en la especie los requisitos

²⁰ Artículo Primero de la parte resolutive de la Resolución Exenta N° 441 CNE.

²¹ Demanda, p. 25, pág. 7.

que la doctrina especializada y jurisprudencia han estimado que deben presentarse para su sanción.

65. El cobro de precios excesivos como conducta anticompetitiva tiene lugar a propósito de los abusos de posición dominante. Como bien sabemos, los actos unilaterales ilícitos en el Derecho de la Competencia solo pueden ser cometidos por agentes económicos que gozan de un poder de mercado considerable, esto es, cuando pueden comportarse de forma independiente de sus cliente, competidores y consumidores. Ese comportamiento independiente puede traducirse en alzas de precios o baja en la calidad de los productos sin que ello importe una baja significativa en las ventas de la empresa dominante. Desde el punto de vista más económico, el poder de mercado implica que un agente económico pueda cobrar un precio sobre su costo marginal de producción y, bajo este prisma, detentar una posición de dominio importa gozar de mucho poder de mercado, es decir, cobrar precios muy por sobre el costo marginal de producción.

66. Siempre en el contexto de los abusos unilaterales, la definición del mercado relevante, en su doble dimensión, esto es, del producto y geográfico, es determinante pues solo en relación con un mercado específico se podrá realizar el examen de dominancia.

67. En relación con el mercado del producto, la FNE “entiende que conforman un mismo mercado relevante el grupo de productos que los consumidores consideren sustituibles entre sí, de forma suficientemente próxima en razón de sus características, precio y/o uso”²². Esta definición está inspirada en la definición dada por la Comisión de Competencia de la Unión Europea, la que señala que el mercado del producto de referencia “comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”²³.

68. Desde el punto de vista geográfico, la FNE considera que el mercado relevante geográfico queda delimitado “por la menor área geográfica dentro de la cual sería

²² FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. Pág. 8.

²³ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). P. 7.

posible para un monopolista hipotético ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos que lo componen. Además, se entiende que en dicho ámbito las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, resultando factible su diferenciación respecto de otras áreas”²⁴. La Comisión de Competencia de la Unión Europea, en tanto, afirma que “[e]l mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”²⁵

69. Como se puede apreciar, lo relevante de estas definiciones, especialmente en lo que dice relación con el mercado del producto, es la intercambiabilidad de los productos debido a sus características, precios y, especialmente atinente a este caso, su uso. Este examen se realiza a partir de la sustituibilidad de los bienes o servicios objeto del análisis, tanto desde el punto de vista de la demanda y, excepcionalmente, de la oferta.

70. Una vez definido el mercado relevante del producto y geográfico, se debe determinar la posición que la empresa acusada del acto unilateral detenta o posee en dicho mercado. Este examen generalmente se efectúa a partir de las participaciones de mercado, las que pueden medirse en base a varios factores, siendo los más comunes aquellos relacionados con su capacidad productiva, sus ventas —ya sea en volúmenes o valores— y su capacidad instalada, entre otros.

71. El examen continúa solo si la empresa o agente económico goza de una participación de mercado importante. A este respecto, algunas sentencias del TDLC se han nutrido de la doctrina y jurisprudencia comparada para determinar cuándo una participación de mercado es relevante para efectos de determinar la dominancia, citando al efecto el derecho norteamericano que estima que cuotas inferiores al 70%

²⁴ FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. Pág. 11.

²⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). P. 8.

no darían lugar a la monopolización, y el derecho europeo, el que ha definido un rango entre el 50% y 70% de cuotas de mercado para presumir legalmente la dominancia²⁶.

72. Como se puede concluir, de existir una altísima cuota de mercado se puede presumir dominancia. En aquellos casos en que existe una cuota importante de mercado, pero no al nivel de presumir dominancia, se deben evaluar las condiciones de entrada al mercado o de su expansión, para determinar si estas son desfavorables y con ello acreditar si un agente económico es dominante.

73. Las condiciones de entrada a un mercado determinado están ligadas con las barreras que este puede presentar. Una barrera a la entrada es *“cualquier factor o característica del mercado que previene u obstaculiza el ingreso probable, oportuno y/o suficiente a un mercado determinado. En general, pueden entenderse como un costo en el que debe incurrir un entrante que los actuales competidores ya amortizaron y no tienen en la actualidad, o en el que no debieron incurrir para ingresar al mercado en el que participan”*²⁷. Para estos efectos, la FNE analiza la probabilidad de entrada, su oportunidad y suficiencia.

74. Las barreras de entrada pueden ser naturales, legales y artificiales. Las primeras dicen relación con las características estructurales del mercado como los altos costos hundidos, inversión en activos específicos y elevadas economías de escala. Las barreras legales de entrada se refieren, en general, a las limitaciones legales o reglamentarias que impiden o retrasan la entrada a un mercado o su expansión, tales como concesiones, permisos, exigencias de capital mínimo, entre otras. Por último, las barreras artificiales se asocian al comportamiento estratégico de los incumbentes que impide u obstaculiza la entrada a un mercado o su expansión y que consiste, generalmente, en actos exclusorios tales como sistema de distribución exclusiva, descuentos exclusorios y prácticas predatorias, entre otros.

75. Solo una vez que se ha determinado la dominancia de la empresa corresponde analizar la conducta concreta que se le imputa. Por regla general, los casos comúnmente escrutados por el derecho de la competencia son aquellos de tipo exclusorio, es decir, aquellos “que pueden afligir a los consumidores de manera indirecta, mediante la

²⁶ Véase entre otras, Sentencia N° 151/2016, c. 26°, y Sentencia N° 178/2021, c. 63°.

²⁷ FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. Pág. 40. P. 132.

afectación del proceso competitivo ocurrida como consecuencia de la exclusión de determinados agentes económicos o la generación de una desventaja competitiva artificial respecto de los mismos”²⁸. Ejemplos de este tipo son los descuentos retroactivos exclusorios, los sistemas de distribución exclusiva, la predación, la negativa de venta de un insumo esencial, las ventas atadas y el ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas, entre otros.

76. Luego están los actos explotativos, es decir, aquellos que implican una afectación directa de los consumidores. Dentro de este grupo encontramos la imposición de precios excesivos. Como se verá en lo que sigue, las dificultades para determinar cuándo un precio es excesivo y las medidas que a su respecto se pueden adoptar, hacen que su análisis sea sumamente exigente. Por una parte, la dominancia que debe poseer la empresa o firma imputada por esta conducta debe ser de una entidad relevante, llegando a sostenerse que debe tratarse de una superdominancia. Por otra parte, no cualquier precio ha de considerarse abusivo, sino aquellos extremadamente excesivos.

77. Realizadas estas disquisiciones, a continuación se realiza un examen y descripción de la figura de los precios excesivos en particular.

78. Los precios excesivos como conducta anticompetitiva es una de las figuras más controversiales en el Derecho de la Competencia. Pareciera ser que, a primera vista, el cobro de precios excesivos intuitivamente es una conducta que es especialmente grave porque afecta directamente a los consumidores y, por ello, debería ser sancionada. Como sostienen Ezrachi y Gilo, *“desde la perspectiva de los consumidores, el cobro de precios excesivos por parte de una empresa dominante es la más perceptible y evidente forma de abuso. De muchas maneras, es vista como un clásico mal económico, una explotación clara que transfiere poder desde los consumidores a poderosas empresas y*

²⁸ JONES, Alison y SUFREN, Brenda. EC Competition Law. Text, Cases and Materials. 2^a ed. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 121. Se hace presente que esta cita está tomada del artículo de Mario Ybar publicado en la Revista de derecho Económico intitulado “Comprendiendo el Abuso de Posición de Dominio: Revisión de la Doctrina y Jurisprudencia Nacional y Comparada sobre las Principales Conductas Exclutorias”, Pág. 14

*directamente causa las ineficiencias que las leyes de competencia pretenden prevenir*²⁹ (traducción libre).

79. No obstante lo anterior, las autoridades de competencia son especialmente reacias a investigar y sancionar este clase de conductas, enfocando sus actuaciones en la persecución, investigación y sanción de los actos exclusorios, además, por supuesto, de los carteles. Como señala la OECD, “[e]n línea con esto parece paradójico que las autoridades de competencia sean extremadamente reacias para tomar acciones de cumplimiento de la ley en casos de conductas explotativas por parte de empresas dominantes y de precios excesivos en particular. En lugar de ello, las autoridades de competencia prefieren focalizar su acción en los abusos exclusorios, esto es, las conductas anticompetitivas realizadas por empresas dominantes que persiguen excluir o retirar del mercado a competidores para que luego les permita mantener o reforzar su posición en el mercado”³⁰ (traducción libre).

80. Esta reticencia de las autoridades frente a la figura de los precios excesivos se deriva de la creencia que el mercado se auto regula —*self correct*—³¹ porque ello incentivaría, teóricamente, la entrada de nuevos competidores. En este sentido, algunos autores señalan que la prohibición de cobrar precios excesivos solo tiene sentido en la medida que las fuerzas del mercado no puedan remover o erosionar la posición dominante de un agente económico³². Lo anterior implica que el mercado no pueda auto regularse, lo que se producirá, como se anticipó, por las elevadas y casi infranqueables

²⁹ “[i]n the consumers’ eyes, excessive pricing by a dominant firm is one of the most noticeable and blatant forms of abuse. In many ways it is regarded as a classic economic evil, a clear exploitation that transfers wealth from consumers to powerful undertakings and directly causes the inefficiencies competition laws are meant to prevent”. Are Excessive Prices Really Self-Correcting? Forthcoming, Journal of Competition Law and Economics. Ariel Ezrachi** and David Gilo. Pág. 1.

³⁰ “[i]n light of this it appears paradoxical that competition authorities are often extremely reluctant to take enforcement action in case of exploitative conduct by dominant firms in general and excessive price abuses in particular. Instead, competition authorities prefer to focus on exclusionary abuses, that is, anticompetitive conduct by dominant firms aiming at excluding or driving competitors out of the market and thus allowing the dominant firm to maintain or strengthen its market position” Competition Policy Roundtables. Excessive Prices (2011). p. 9.

³¹ En ese sentido, Wish y Bailey señalan lo siguiente: “if normal market forces have their way, the fact that a monopolist is able to earn large profits should, in the absence of barriers to expansion or entry, attract new entrants to the market”. Competition Law. Richard Wish & David Bailey. Pág. 760.

³² En este sentido, Niels, Jenkins y Kavanagh sostienen que “a prohibition of excessive pricing can be economically sound if there is no prospect of market forces removing or eroding a monopoly position” Economics for Competition Lawyers. Gunnar Niels & Helen Jenkins y James Kavanagh. Pág. 231.

barreras a la entrada que pueda presentar un mercado, escenario en el cual las autoridades intervienen, pero de manera muy excepcional.

81. Por lo anterior, existe una clara división entre aquellas jurisdicciones que no sancionan esta clase de actos porque los precios altos incentivan la entrada al mercado y si se castiga por cobrar precios elevados se reducen los incentivos a innovar, además de las dificultades inherentes para determinar cuándo el precio es realmente excesivo; y otras que sí lo hacen, bajo estrictos supuestos, porque se considera que este abuso explotativo es el que afecta directamente el bienestar de los consumidores, fin último del derecho de la competencia.

Tratamiento de los precios excesivos a nivel comparado y nacional

82. A nivel comparado existen casos para una y otra postura. Un panorama general del estado del arte en esta materia puede verse en el muy buen trabajo de Saavedra y Tapia (2019)³³, en el que se contiene un acertado resumen que compila aquellas jurisdicciones que sancionan los precios excesivos y las que no lo hacen. En lo que sigue se citarán algunas de ellas.

83. Dentro de los países que no sancionan el cobro de precios excesivos, destaca, en primerísimo lugar, Estados Unidos, ya que se estima que esta clase de actos no deben ser sancionados porque no es rol de las autoridades de protección de la libre competencia abocarse a la tarea de regular precios. De hecho, la Ley Sherman — *Sherman Act*— no sanciona expresamente el cobro de precios excesivos o abusivos, limitándose a sancionar, en su sección segunda³⁴, la monopolización o los intentos de esta, pero sin indicar las conductas que se derivan de dicha monopolización.

84. Otra jurisdicción que no contempla expresamente en su legislación la prohibición de cobrar precios excesivos como una de las formas de explotación abusiva de una posición dominante es Australia. En este país se confía más en la promoción de

³³ El Control de los Precios Excesivos en el Derecho de la Libre Competencia: Análisis y Propuesta. Eduardo Saavedra y Javier Tapia. P. 101-111.

³⁴ *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

la competencia y la eficiencia de los mercados para mantener los precios a un nivel razonable; si los precios no son competitivos deben utilizarse intervenciones regulatorias *ex ante* para enderezar esos problemas³⁵.

85. A nivel latinoamericano, la legislación de competencia de México no establece expresamente esta prohibición en su Ley Federal de Competencia Económica, en particular en sus artículos 52, 53 y 54. En Perú, por su parte, su ley de competencia sólo sanciona los abusos unilaterales exclusorios, según se desprende de sus artículos 10.2 y 10.5.

86. En Europa, en cambio, en particular en la Unión Europea, los precios excesivos si se sancionan bajo ciertas circunstancias excepcionales por razones no solamente económicas, sino también políticas, sociales y morales. Desde el punto de vista estrictamente económico, los precios excesivos, como conducta explotativa, afectan directamente el bienestar de los consumidores, fin último del derecho de la competencia. A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, el artículo 102 letra a)³⁶ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sanciona expresamente como conducta anticompetitiva la explotación abusiva de una posición dominante que consista en fijar precios no equitativos, lo que ha dado pie o cabida para que se pueda investigar la conducta de los precios excesivos.

87. Una norma similar a la recién citada es la contenida en el artículo 2° N° 2 letra a) de la ley española de competencia (Ley N° 15/2007), que considera como abuso de posición dominante “la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”. En Alemania, por su parte, la autoridad de competencia ha señalado que la Ley contra las Restricciones a la Competencia³⁷ en su Sección 19 (4) N° 2 permite sancionar los precios excesivos, al señalar que constituye un abuso de posición dominante demandar el pago u otros términos comerciales diferentes de aquellos que probablemente existirían si hubiera

³⁵ *Competition Policy Roundtables. Excessive Prices* (2011). Contribución de Australia. Pág. 197.

³⁶ Será incompatible con el mercado interior 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 interior 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 equitativas;

³⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

una competencia efectiva. Por último, en Reino Unido, uno de los ejemplos de abuso de posición de dominio es imponer, directa o indirectamente, precios de compra o venta no equitativos u otras condiciones comercial inequitativas³⁸.

88. Por su parte, en Latinoamérica también existen países cuyas legislaciones contienen disposiciones que permiten a sus autoridades sancionar, eventualmente, el cobro de precios excesivos. Tal es el caso de Colombia (artículo 1° de la Ley N° 155) y, como se verá en los siguientes párrafos, de Chile.

89. En efecto, en el caso de nuestro país la actual legislación permite sancionar el cobro de precios excesivos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° inciso segundo letra b) del D.L. N° 211 “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, 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”.

90. Como se puede apreciar, el texto es bastante explícito, pues señala que la fijación de precios de compra o venta puede constituir una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, sin que distinga si esa fijación de precios se realiza con el objeto de excluir competidores o explotar a consumidores.

91. No obstante la amplitud de la norma, la jurisprudencia del TDLC ha sido bastante oscilante en la materia hasta que finalmente se fijaron los criterios para su procedencia en la Sentencia N° 140/2014. Hagamos un pequeño repaso de los vaivenes que ha tenido la jurisprudencia atingente en este ámbito.

92. En la Sentencia N° 29/2005, pese a que se imputaba a Transbank el cobro de un *merchant discount* abusivo al comercio, el TDLC no se pronunció expresamente sobre la materia. Posteriormente, se encuentra el caso de la Cámara de Comercio de Santiago (Sentencia N° 56/2007) por cobros abusivos por los servicios de aclaración de deudas del Boletín Comercial. En esta oportunidad tampoco hubo un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de precios excesivos.

³⁸ UK Competition Act. Chapter II, 18 N° 2.

93. En la Sentencia N° 73/2008 el TDLC, si bien no desarrolla una argumentación sobre la procedencia de los precios excesivos, da algunas luces en esta materia. En dicha oportunidad, se condenó parcialmente a la Empresa de Electricidad de Magallanes S.A. por haber abusado de su *“posición monopólica al incrementar las tarifas a clientes finales, en forma injustificada y por sobre los parámetros de indexación definidos en su contrato de concesión”*³⁹. Otro tanto ocurrió con la Sentencia N° 75/2008, en la que se condenó a SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. Sociedad Concesionaria por abusar de su posición de dominio al establecer un régimen de cobros a los subconcesionarios de servicios *courier* en base a kilogramos transportados (c. 49°). Luego encontramos la Sentencia N° 85/2009 que resolvió un requerimiento de la FNE en contra de algunas empresas sanitarias por cobrar precios abusivos por servicios prestados fuera de su área de concesión. Pese a que tampoco hubo un pronunciamiento expreso del Tribunal, en este caso, se acogió la demanda en contra de dos de las empresas demandadas por el uso de parámetros injustificados y abusivos de cobro.

94. El primer caso en que el Tribunal se pronunció expresamente sobre esta conducta fue el recaído en la demanda de Transportes Cortés contra Emelat, en la que se demandaban cobros injustificados y abusivos por el servicio de interrupción de servicio eléctrico para el transporte de carga (Sentencia N°93/2010). En dicha oportunidad el Tribunal estimó que *“el mero hecho de que una empresa cobre precios excesivos sin que medie conducta abusiva alguna de su parte no constituye un caso de explotación abusiva de su posición dominante. Así se desprende del tenor literal del artículo 3 letra b) del DL 211, que exige que la explotación de una posición dominante sea abusiva para que atente contra la libre competencia”*⁴⁰. También en este fallo se definió que la sanción de los precios excesivos es improcedente porque transformaría al tribunal en un regulador de precios. Sobre este punto el TDLC es enfático al señalar que *“no es correcto sostener que este Tribunal —mediante el expediente de determinar, en un caso concreto, cuáles precios serían excesivos y cuáles no— se erija en un regulador de precios a consumidores finales, pues dicha regulación sólo puede efectuarse por expresa disposición legal en mercados que así lo requieran, por ejemplo, en el caso de*

³⁹ Sentencia N° 73/2088, c. 33°.

⁴⁰ Sentencia N° 97/2010, c. 30°.

monopolios naturales con gran poder de mercado, y ello con todas las garantías que la legislación sectorial otorga a la empresa regulada, las que no podrían darse en un procedimiento contencioso como el de autos"⁴¹.

95. El criterio antes descrito en la Sentencia N°93/2010 mutó con la Sentencia N°140/2014, la que resolvió una controversia de una demanda interpuesta por un condominio a la empresa inmobiliaria por cobros excesivos por los servicios de producción y distribución de agua potable. Más allá de que la demanda finalmente fue rechazada, lo relevante de esta sentencia es que, en un voto dividido, el Tribunal aceptó que, bajo circunstancias excepcionales, el cobro de precios excesivos sí constituye una conducta que puede ser sancionada.

96. Las razones que tuvo la mayoría del Tribunal para considerar procedente esta figura radicó en su fundamento legal —artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra b) del D.L. N° 211—, la doctrina especializada, la jurisprudencia comparada, para lo cual se citan diversos fallos en su considerando séptimo y las sentencias números 73 y 75, ambas del año 2008, citadas precedentemente.

97. En dicha sentencia, luego de establecer la procedencia legal de la figura del abuso unilateral explotativo, el TDLC definió los criterios para que, en un caso concreto, pudiera ser sancionado un agente económico por cobrar precios supracompetitivos. Como se anticipó, el tribunal fue sumamente exigente al momento de establecer las condiciones que deben presentarse, ya que *"se debe procurar disminuir al máximo posible el riesgo de sancionar de manera errónea y costosa actividades que deben ser consideradas como normales dentro de un determinado mercado en un contexto de eficiencia dinámica, pues esto redundaría en un detrimento importante de la innovación y el desarrollo"*⁴². Así, solo se deben sancionar cuando los precios sean *extremadamente excesivos*.

98. A continuación, el TDLC entrega los criterios para determinar cuándo un precio es excesivo, para lo cual elabora un test que consta de dos etapas: (i) la primera, consiste en analizar la estructura del mercado para determinar la fuente de la dominancia (inversiones pasadas o innovación vs. derechos especiales y exclusivos) y, muy

⁴¹ Sentencia N° 97/2010, c. 31°.

⁴² Sentencia N° 140/2014, c. 14°.

especialmente, la existencia de altas barreras a la entrada, muy difíciles de superar en la práctica; y (ii) la segunda, examinar si los precios son extremadamente excesivos, para lo cual deben utilizarse la mayor cantidad de estándares de comparación disponibles, citando al efecto diversos ejemplos.

99. De esta manera, el TDLC concluye que *“una infracción a la libre competencia por esta clase de hechos sólo acontecerá cuando una firma con alto poder de mercado, no proveniente de sus propias inversiones o de su capacidad de innovar, cobre precios significativamente superiores al resultante de la aplicación de uno o más estándares de comparación cuyos resultados, ponderados de manera razonable, sean consistentes entre sí”*.⁴³

100. En resumen, las conclusiones que se pueden extraer de este importante precedente judicial son tres: (i) los precios excesivos deben ser sancionados en forma excepcional y selectiva, y solo en la medida que sean extremadamente excesivos; (ii) el agente demandado tiene que tener una superdominancia, derivada de derechos o exclusividades, y altas barreras a la entrada al mercado; y (iii) solo una vez que se determine esa dominancia, se deben aplicar estándares de comparación razonables, objetivos y fundados para determinar si un precio es extremadamente excesivo.

Test para determinar cuándo un precio es excesivo

101. Ya hemos explicado las dificultades que se presentan para determinar cuándo un precio es extremadamente excesivo. En lo que sigue se describirán los tests que se han utilizado para responder la ineludible pregunta: ¿a partir de cuándo se considera un precio excesivo?

102. Primer test: Una respuesta común a dicho dilema se formula en términos bastante simples. Un precio es excesivo si está por sobre el nivel que existiría si hubiera una competencia efectiva en el mercado. Para estos efectos, suele citarse como caso emblemático aquel decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso

⁴³ Sentencia N° 140/2014, c. 20°.

United Brands, en el que, en términos simples, se señaló que un precio es excesivo cuando no tiene relación con el valor económico del producto⁴⁴.

103. En dicho fallo, el tribunal claramente prefiere realizar un examen de los costos de la empresa para determinar si un precio es excesivo. Así se desprende del párrafo 251 del citado fallo, cuando afirma que *“la exageración en el precio podría apreciarse objetivamente si fuera posible medirla comparando el precio de venta del producto con su precio de coste, comparación de la que se deduciría la magnitud del margen de beneficio ...”*. Sin embargo, el test no termina ahí, porque a reglón seguido —párrafo 252— señala que junto con determinar si existe una desproporción excesiva entre los costos y el precio efectivamente cobrado, se debe *“examinar si se ha impuesto un precio no equitativo, en términos absolutos o en comparación con los productos de los competidores”*.

104. Como se puede observar, este test contempla dos etapas: en primer lugar, analizar los costos de la empresa para determinar la magnitud de la diferencia y, en segundo lugar, examinar si en sí mismo dicho precio es excesivo o si lo es cuando se compara con otros productos. Tal como sostienen Tapia y Saavedra, *“[v]arias decisiones posteriores han utilizado un enfoque similar, estableciéndose así el test legal de dos etapas que rige hasta la actualidad. Éste consiste en comparar, por una parte, el costo real con el precio efectivamente cobrado (es decir, establecer el margen de ganancia) y, por otra, determinar si el precio es injusto en sí mismo o en comparación con los productos de los competidores (esto es, si es un precio “justo”)”*⁴⁵.

105. Segundo test: Por su parte, Motta y Steel⁴⁶ entregan algunas directrices para dilucidar este dilema. En primer lugar, señalan que un precio es excesivo cuando está significativamente por sobre su nivel competitivo, para lo cual citan el razonamiento

⁴⁴ Caso *United Brands* 27/76 [1978] ECR 207, párrafos 249 y 250:

249. It is advisable therefore to ascertain whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition.

250. In this case charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product would be an abuse.

⁴⁵ El Control de los Precios Excesivos en el Derecho de la Libre Competencia: Análisis y Propuesta. Eduardo Saavedra y Javier Tapia. Pág. 106.

⁴⁶ Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law. Massimo Motta and Alexandre de Streel. Pág. 3-11.

utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *United Brands*, descrito *supra*. En este sentido, acuden a la definición de precio competitivo establecida en la Guía de Restricciones Verticales de la Comisión Europea de la Competencia para determinar cuándo un precio está sobre el nivel competitivo, esto es, aquel que se cobra al mínimo nivel de los costos promedio. En segundo lugar, estos autores, nuevamente citando el caso *United Brands*, explican el test de comparación con el costo eficiente de producción y un análisis de rentabilidad. En tercer lugar, comparan el precio cobrado con otros cobrados por la firma; así, se cobra un mismo precio para dos productos diferentes podríamos estar ante un indicio de precios excesivos. Y, en cuarto lugar, el método consiste en comparar el precio cobrado por el dominante con aquellos que cobran otras empresas que participan en el mercado por productos similares.

106. Tercer test: En un sentido similar razonan Wish y Bailey⁴⁷. Para determinar cuándo un precio es excesivo desarrollan cuatro parámetros: (i) el análisis costo-beneficio, basándose en la ya mencionado caso *United Brands*, sin perjuicio de lo cual citan también el caso *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborgs*, en el que se indicó que este análisis era insuficiente para establecer cuando un precio es excesivo, ya que era también necesario evaluar el valor económico del servicio prestado; (ii) ante la dificultad de examinar los costos de la empresa, proponen la comparación con los precios que cobra el dominante en otros productos, citando para estos efectos el caso *Deutsche Post AG-Interception of cross-border mail*; (iii) luego está el criterio que ellos denominan *Yardstick competition*, esto es, comparar el precio cobrado por la firma bajo escrutinio con aquel cobrado por otros competidores, citando para estos efectos los casos *Corina Bodson v. Pompes Funebres* y *Lucazeau v SACEM*; y (iv) por último, señalan que los costos desproporcionados y excesivos no deben ser tomados en consideración para analizar la figura de cobros excesivos, conclusión que extraen a partir del caso *Ministere Public v Touriner*.

107. En Chile, Tapia y Saavedra proponen una regla objetiva para establecer cuándo un precio es excesivo. En este orden de ideas, vuelven a remarcar la prudencia con que se debe evaluar esta conducta para efectos de su eventual sanción: “*cualquier test que*

⁴⁷ Competition Law. Richard Wish & David Bailey. Pág. 763 y 764.

se utilice debe considerar condiciones para analizar la conducta de una manera restrictiva, pues, como hemos señalado, la postura contraria podría tener efectos negativos en la competencia, debido al riesgo de que estos casos puedan desincentivar la innovación y la eficiencia dinámica en la industria”⁴⁸.

108. Al efecto, Tapia y Saavedra proponen un test en tres etapas:

- a. En primer lugar, nos debemos encontrar con una empresa que tengan una superdominancia en el mercado en cuestión.
- b. En segundo lugar, definir un *umbral concreto* sobre el cual el precio es *prima facie* excesivo.

Nótese que en estas dos primeras etapas los autores señalan que la carga de la prueba es del demandante, lo que tiene una importancia radical en el asunto objeto de este informe.

- c. Por último, se debería dar la oportunidad a la empresa imputada de demostrar la razonabilidad de los precios cobrados.

109. Bajo este prisma, estos autores desglosan estas tres etapas. En cuanto a la primera, afirman que la superdominancia puede concluirse ya sea de las altas barreras que presenta el mercado o establecer un umbral de cuotas de mercado superior al 75%. En relación con la segunda etapa, los autores innovan y proponen como debe ser ejecutada en la práctica la combinación de los *benchmarks* utilizados para medir cuando un precio es extremadamente excesivo, en especial aquellos que evalúan el margen de precios sobre alguna medida de su costo promedio junto con la comparación con los precios históricamente cobrados por la compañía. Con este *método* se propone “*una forma que permite establecer un único umbral, de modo que el precio que la empresa superdominante realmente cobra pueda ser considerado prima facie competitivo o excesivo, dependiendo de si está por debajo o sobre tal umbral*”.⁴⁹

110. Para los efectos anteriores, Tapia y Saavedra proponen, por un lado, un umbral o precio límite que permita a una firma monopólica que se encuentre regulada que le

⁴⁸ El Control de los Precios Excesivos en el Derecho de la Libre Competencia: Análisis y Propuesta. Eduardo Saavedra y Javier Tapia. Pág. 120.

⁴⁹ El Control de los Precios Excesivos en el Derecho de la Libre Competencia: Análisis y Propuesta. Eduardo Saavedra y Javier Tapia. Pág. 123.

permita recuperar sus costos medios de largo plazo y, por otro lado, un precio límite que sea inferior al que cobra una empresa dominante, pero no superdominante. A partir de esta premisa, desarrollan un extenso ejercicio económico para explicar la fórmula enunciada.

Conclusiones de esta sección

111. De lo expuesto precedentemente es posible extraer varias conclusiones atinentes a la causa Rol C N° 446-2022.

- a. Primero, la figura de los precios excesivos procede solo en casos excepcionales. La intervención de la autoridad de competencia debe ser cautelosa y restrictiva, y ello acontecerá solo cuando los agentes económicos que participan en el mercado relevante no puedan responder frente a un alza desmedida de los precios.
- b. Segundo, los costos de una intervención equivocada en este ámbito pueden ser altos, ya que, como se ha señalado, las firmas que participan en los mercados buscan legítimamente maximizar sus beneficios y, por lo tanto, cuestionar actuaciones que pueden ser consideradas normales podría tener un impacto considerable en el desarrollo de las empresas y su innovación.
- c. Tercero, por esas razones, las autoridades de competencia son cautelosas, cuando no reacias a sancionar esta clase de conductas. En las legislaciones que contemplan esta figura, como el caso de Chile, los requisitos que ha desarrollado la doctrina y jurisprudencia para su procedencia son sumamente exigentes y restrictivos.
- d. Cuarto, la empresa acusada de cobrar precios excesivos debe detentar una superdominancia en el mercado relevante previamente definido, lo que por supuesto debe probar el demandante. La existencia de sustitutos, aunque sea imperfectos, y la ausencia de altas barreras a la entrada, casi infranqueables, que hagan imposible la entrada a un mercado, permiten sostener que una firma no es superdominante.
- e. Quinto, el precio debe ser extremadamente excesivo, lo que también corresponde probar al demandante. Para lo anterior, se han utilizado distintos

tests en el derecho comparado y, a nivel nacional, los tantas veces citados Tapia y Saavedra han propuesto una regla para determinarlo.

IV. PROCEDENCIA DE LOS REQUISITOS DE LOS PRECIOS EXCESIVOS EN EL CASO QUE NOS OCUPA

112. En vista de lo anteriormente expuesto, en lo que sigue corresponde determinar si en el caso a que dio lugar el proceso seguido ante el TDLC, Rol C N° 446-2022, se dan los supuestos para que el alza de precios que alegan los DEMANDANTES constituya un abuso de posición dominante de METROGAS en el mercado relevante en el que compite.

113. Como se ha expresado, el primer paso en el análisis de la figura de los precios excesivos consiste en determinar si la empresa acusada, en este caso, METROGAS, tiene una superdominancia en un mercado determinado. Dicha superdominancia estará dada tanto por la competencia que enfrente el dominante, su participación de mercado y por la existencia de altas barreras a la entrada.

114. Para lo anterior, se debe definir el mercado relevante en el que se habría cometido la conducta imputada. Como se señaló en los párrafos 67, 68 y 69, lo importante para determinar el mercado relevante del producto será si, desde el punto de vista de la demanda, los consumidores de gas natural tienen sustitutos en razón de su precio, características o uso. Desde el punto de vista geográfico, lo que debe definirse es la menor área geográfica dentro de la cual sería posible para un monopolista hipotético ejercer poder de mercado respecto.

115. En esta materia, las partes difieren. Los DEMANDANTES describen, por una parte, el mercado *aguas arriba* en el que se distingue la importación y el transporte del GN, y, por otra, el mercado *aguas abajo*, el que se refiere a la distribución de GN a los clientes finales. Así, concluyen que “[d]esde la perspectiva de los consumidores, el mercado relevante corresponde al gas natural de red que suministra el concesionario en su zona de concesión”⁵⁰ y que “cada concesión de distribución de GN constituye un mercado relevante por sí mismo”⁵¹, descartando que el GLP sea un sustituto del GN, ya que existirían

⁵⁰ Demanda, párrafo 60, pág. 14.

⁵¹ Demanda, párrafo 60, pág. 14.

“buenas razones para establecer una diferencia entre ambos productos que haga considerarlos mercados diferenciados”⁵². Desde el punto de vista geográfico, sostienen que el mercado relevante comprendería “toda la zona de concesión en la que opera Metrogas”⁵³.

116. Tal como se señaló en el párrafo 9, los DEMANDANTES entregan tres razones para considerar que el GN y el GLP no participan en el mismo mercado relevante: (i) los costos de cambio entre ambos productos en las áreas donde existe una red de distribución de GN, los que los haría que sean sustitutos altamente imperfectos, sustitución que ni siquiera podría ser posible en las que no existe dicha red ; (ii) las regulaciones a que está sujeto el GN —concesiones y régimen de tarifas a través del máximo de rentabilidad— y la normativa que regula el uso de cilindros de GLP para aparatos fijos; y (iii) las economías de densidad que se presentan en el mercado del GN.

117. Las DEMANDADAS aducen que el mercado relevante sería más amplio, tal como se anticipó en los párrafos 24, 25 y 26, argumentos que serán desarrollados con mayor profundidad en esta parte.

118. Luego de explicar en qué consiste el mercado relevante del producto, las DEMANDADAS se centran específicamente en los fines o funcionalidades que cumplen los bienes para entender si forman parte del mismo mercado relevante, señalando que existirían alternativas energéticas al GN como el GLP, la electricidad, parafina o Kerosene y la Biomasa (leña, pellets. etc.). Afirman que la calefacción, cocina y agua caliente serían los principales usos a los que se destina el GN, para lo cual cita distintas fuentes como el aporte de antecedentes de la CNE en el proceso no contencioso Rol NC N° 427-14, el Balance Nacional de Energía (BNE) del año 2020, el Informe de la OCDE de 2000 intitulado *Promoting Competition in the Natural Gas Industry 2000*, el Informe de Archivo de la FNE en Investigación Rol N°2463-17 y la Resolución N° 51/2018 del TDLC.

119. A continuación, controvierten los argumentos dados por los Demandantes sobre la no sustituibilidad entre el GN y el GLP⁵⁴. Así, en primer término, aseguran que no

⁵² Demanda, párrafo 63, pág. 15.

⁵³ Demanda, párrafo 68, pág. 16.

⁵⁴ Contestación, pág. 30 a 34.

existirían costos de cambios significativos para cambiarse de GN a GLP, para lo cual insertan un cuadro en su contestación con el valor total que representaría el costo de cambiarse a GLP. En segundo lugar, explican que la imposibilidad de sustituir al GLP en las zonas donde no existen redes de distribución de GN no sería relevante para efectos de la conducta denunciada, afirmando que la acusación anticompetitiva habría tenido lugar en la Región Metropolitana donde si existen redes de distribución de GN. En tercer lugar, sostienen que la regulación sectorial sobre distribución y rentabilidad máxima tampoco afecta el análisis de sustituibilidad. En cuarto lugar, agregan que la regulación que restringe el uso de GLP para artefactos fijos como calefacción y calefón es acotada, porque se refiere a edificios de no más de cuatro pisos. Por último, arguyen que las economías de densidad que eventualmente pueden presentarse para que otro operador de GN pueda entrar en una zona de concesión, tampoco afectan la sustituibilidad entre ambos productos.

120. La sustitución del GN por otros combustibles, particularmente, el GLP, ha sido un tema de análisis en algunos casos que se han presentado ante el TDLC como en investigaciones de la FNE, incluyendo el ESTUDIO, otros organismos del Estado, como la CNE, así como estudios elaborados por expertos en la materia, y recomendaciones de organismos internacionales como la OCDE. Como se verá, sus resultados no son categóricos para afirmar que no son sustitutos, indicando más bien que se trata de sustitutos imperfectos.

121. En el ESTUDIO, la FNE realiza un acabado examen de la industria del GLP y del GN, en el que, entre otras materias, analizó las relaciones horizontales entre GLP y GN, y a propósito de este tema afirmó que es *“plausible considerar que el GN y el GLP ejercen algún grado de presión competitiva sobre el otro, por lo que se puede considerar que son sustitutos imperfectos”*⁵⁵. Esta afirmación es de alguna manera consistente con la entregada en el Informe de Archivo de la Denuncia Rol N°2463-17, en el cual el organismo fiscalizador explica que una serie de factores relevantes *“tornan imperfecta la competencia entre EGN y EGLP”*⁵⁶. Por su parte, en su aporte de antecedentes en la causa seguida ante el TDLC Rol NC N°427-2014, la FNE realiza un exhaustivo estudio

⁵⁵ Estudio de Mercado del Gas (EM06-2020) FNE. Párrafo 457, pág. 193.

⁵⁶ Informe FNE N°2463-17. Párrafo 11, pág. 5.

de las relaciones de propiedad que existen en la industria del gas, análisis en el que incluye tanto a empresas de GN como de GLP, concluyendo que *“resultan evidentes los riesgos competitivos que importa la actual estructura de propiedad y las relaciones de interlocking que existe en la industria del gas en Chile”*. Esta afirmación es relevante en el caso que nos ocupa porque dicha aprehensión de la FNE solo cobra sentido si existe algún grado relevante de sustitución entre el GN y el GLP.

122. El TDLC, por su parte, también ha emitido pronunciamientos relevantes en esta materia. En primer lugar, está la Resolución de Término recaída en el Expediente de Recomendación Normativa sobre transferencia de estanques de petróleo. Este expediente se inició luego de una presentación de la FNE en la que solicitó el Tribunal que se dictaran normas legales o reglamentarias para (i) establecer un procedimiento de transferencia de la propiedad de los estanques de gas licuado, y (ii) contemplar un mecanismo de resolución de controversias en ese ámbito. En lo que aquí interesa, el Tribunal consideró que no tenía *“motivos para descartar que el GN pueda ser considerado como sustituto del GLP a granel en gran parte de los mercados geográficos nacionales. Lo anterior, aun cuando esa relación de sustituibilidad no funcione de manera inversa”*⁵⁷. En segundo, lugar, está la ya referida Resolución N° 51/2018, en la que, al analizar los riesgos horizontales derivados de las relaciones de propiedad identificadas en la industria del gas, asumió *“un escenario conservador, en el cual GN y GLP son bienes sustitutos (aunque imperfectos) y, por ende, forman parte de un mismo mercado”*⁵⁸.

123. En la ya mencionada causa seguida ante el TDLC, Rol NC N°427-2014, el organismo técnico en la materia —la CNE— también aportó antecedentes que son importantes para este informe. En su escrito, este organismo señaló los usos que puede darse al GN —cocinar, calentar agua y calefaccionar—, afirmando que también *“podrían considerarse como productos competidores del GNL los indicados en las figuras 2 y 3 supra, esto es, el GLP, la electricidad, la parafina o kerosene e incluso la leña y la biomasa, estos dos últimos energéticos solo en las zonas en que no está prohibido su uso por razones ambientales.”*⁵⁹.

⁵⁷ Resolución de Término 127-2014, C° 117. Párrafo 117, pág. 25.

⁵⁸ Resolución N° 45/2018. Párrafo 95, pág. 45.

⁵⁹ Aporte de Antecedentes CNE en causa Rol NC 427/2014. Párrafo 79, pág. 26.

124. En este orden de consideraciones también se debe destacar el Mensaje del Ejecutivo en el proyecto de ley que dio origen a la Ley N°20.999. En el mismo se indica con particular claridad el punto de la sustitución imperfecta: *“Ahora bien, aunque la literatura está dividida en cuanto a su extensión real, esta industria enfrenta cierta presión competitiva (imperfecta, por cierto) de parte de los distribuidores de fuentes energéticas sustitutas como la electricidad, el gas licuado y otros derivados del petróleo, lo cual limitaría en parte la extracción de rentas por parte de las empresas concesionarias de distribución de gas de red”*⁶⁰.

125. En cuanto a estudios elaborados por expertos, destaca el trabajo de Gabriel Bitrán, incluido en el libro *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. En el mismo también se da cuenta de algún grado de sustitución, aunque imperfecta. En lo que dice relación con el segmento minorista de GN para usuarios residenciales, que es lo atinente a este informe, este académico asegura que es *“indudable que, para uso doméstico, GN y GLP tienen idénticas aplicaciones. El simple cambio o modificación de algunos componentes de los artefactos domésticos (inyectores o quemadores) permite la utilización indistinta de GN o GLP en cualquiera de ellos. Sin embargo, esa readecuación de artefactos, en particular en el caso de la calefacción, opera en el hecho como una barrera que hace que los usuarios se cambien sólo en ciclos largos, no por períodos cortos, aun cuando las empresas muchas veces ofrezcan hacerse cargo de readecuar los artefactos”*⁶¹.

126. A distintas conclusiones llegaron los economistas Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza en un estudio sobre el mercado de distribución del gas en Chile, del año 2015, en que realizan un exhaustivo análisis de este mercado, comprendiendo en dicho análisis, su economía básica, grados de competencia y el mercado relevante en el que participan, entre otras evaluaciones. En lo que se refiere a la sustitución del gas por red y otros combustibles, los resultados tampoco son categóricos para descartar que existe sustitución, al menos imperfecta. En efecto, por un lado, estos autores distinguen: (i) la sustitución física, en cuyo caso *“la sustitución del gas por red con otro combustible es*

⁶⁰ Historia de la Ley N°20.999, pág. 5.

⁶¹ Gabriel A. Bitrán. El mercado del gas en Chile: Competencia, Regulación y desafíos. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Pág. 473.

palmaria”⁶²; de la (ii) la sustitución económica que sería más imperfecta, “*porque para cambiarse es necesario convertir los aparatos, revisar las redes interiores y certificar que las instalaciones y los aparatos cumplan con la normativa de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC). Además, cuando se trata de gas por red o gas licuado a granel son necesarias inversiones adicionales. Por último, la sustitución requiere la atención y acción del consumidor por algún tiempo, lo que seguramente es un tanto molesto, tal como lo son tantos otros apuros de la vida diaria de la gente común y corriente*”⁶³. A pesar de esta última aseveración, Galetovic y Saavedra sostienen que los costos de cambio no serían tan altos ya que las empresas asumirían esos costos; en la medida que no sean prohibitivos, solo atenuarían la competencia, pero no la anularían; y las empresas distribuidoras de gas por red enfrentarían restricciones en su política de precios.

127. En un reciente trabajo encargado por el Ministerio de Energía (mayo de 2023), un grupo de expertos elaboró un acabado Informe Técnico sobre el Mercado del Gas Natural⁶⁴, en el que se incluyó un capítulo sobre la sustitución y competencia a nivel de cliente final. En esta sección, el Comité procesó y analizó información proporcionada por la FNE y la CNE, artículos de académicos (los trabajos de Bitrán y Galetovic-Sanhueza ya comentados, así como de González-Lagos de 2021) y evidencia comparada. De dichas fuentes llaman la atención las citas que el Comité realiza a los antecedentes aportados por la FNE, ya que señala que este organismo habría sugerido la plausibilidad de que el GLP impusiera restricciones competitivas al GN, debido a los cercanos niveles de precio entre ambos combustibles con el mismo poder calorífico y el carácter estacional de los precios del GN, los que siguen “*un ciclo inverso al de la demanda por calefacción, lo que según la DEM ... ‘no es consistente con escenario en que el GN no enfrenta competencia por tal uso’*”⁶⁵. Sin embargo, el Comité señala que los antecedentes

⁶² Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza. La economía básica de la distribución de gas por red en Chile. Pág. 27

⁶³ Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza. La economía básica de la distribución de gas por red en Chile. Pág. 27 y 28.

⁶⁴ Informe Técnico Comité de Expertas y Expertos para una Mejora Regulatorias en el Mercado del Gas Natural.

⁶⁵ Informe Técnico Comité de Expertas y Expertos para una Mejora Regulatorias en el Mercado del Gas Natural. Pág. 34.

aportados por la FNE no permitieron llegar a conclusiones relevantes sobre la validez de la hipótesis planteada por dicho servicio, consistente en explorar el efecto que podría tener en los precios el GLP la entrada del GN.

128. Este Informe del Comité de Expertos encargado por la CNE concluye este capítulo afirmando que *“no es posible hacer una evaluación inequívoca del grado de competencia de esta industria en Chile. Sin embargo, existe consenso entre los miembros de este Comité que, si bien existe algún grado de competencia entre el GN y otros combustibles, especialmente en clientes industriales y en residenciales para calefacción, no existen antecedentes suficientes para afirmar que estos niveles de competencia sean suficientes para disciplinar de manera adecuada los precios del GN. Adicionalmente, es opinión de este Comité que, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, y aun reconociendo la necesidad de estudios más acabados, no se observa evidencia de la existencia de sustitutos fuertes del GN para el caso de los clientes residenciales para consumos diferentes al de calefacción que sean capaces de competir con este energético y disciplinar sus precios”*⁶⁶.

129. Como se observa, más allá de la opinión de los miembros de este grupo de trabajo, lo importante de la conclusión de estos expertos es que no existe una evaluación exacta sobre el grado de competencia de la industria del gas en Chile. Esto es muy relevante en el caso de que se impute una conducta por precios excesivos, en la que, por las razones que se han dado, la superdominancia de la empresa acusada debe ser incontestable, la que no concurriría si existen dudas sobre el grado de competencia en el mercado en cuestión.

130. Como se puede apreciar de lo expuesto en los párrafos anteriores, no existe evidencia robusta e incontestable sobre los niveles de sustitución entre el GN y otros combustibles, especialmente el GLP. Con todo, las autoridades encargadas de la protección de la competencia —TDLC y FNE—, así como el organismo técnico correspondiente —CNE— se inclinan por considerar que dicha sustitución sería imperfecta, lo que implica que algún grado de disciplina competitiva ejercen los otros combustibles, particularmente el GLP, sobre el GN en aquellas zonas donde este último

⁶⁶ Informe Técnico Comité de Expertas y Expertos para una Mejora Regulatorias en el Mercado del Gas Natural. Pág. 46.

se distribuye, sobre todo cuando se usan para calefaccionar hogares. En este orden de ideas, a juicio del suscrito, la presión competitiva más clara la enfrenta el GN, pues, a la inversa, existen costos de cambio más altos para cambiarse del GLP al GN.

131. Por último, la OECD ha señalado que el gas natural compite con otros combustibles cuando se usa para calefaccionar. En este sentido, asevera que *“El gas natural es tanto una fuente de energía como un insumo para ciertos procesos de producción en sí mismo. Como fuente de energía compite con otros combustibles, especialmente el carbón, petróleo y electricidad. Los usos más importantes del gas natural son para calefacción y para la generación de energía. La capacidad de los usuarios de gas natural para cambiar a otros combustibles varía de una aplicación a otra. Mientras el gas natural es utilizado como un insumo o materia prima, su capacidad para cambiar a otros combustibles es limitada. Mientras el gas natural es utilizado como una fuente de energía, como calefacción, es normalmente posible cambiar a otras fuentes de energía, especialmente en el mediano y largo plazo. Algunos países tienen, en efecto, un precio de gas permitido que es determinado por el precio de otras fuentes de energía, particularmente el petróleo”*⁶⁷ (traducción libre).

132. Como se trata de un caso de precios excesivos, lo importante es evaluar si METROGAS enfrenta algún grado de competencia en los lugares en que distribuye GN. Por lo anterior, es irrelevante si no se puede sustituir el GLP en zonas donde no se encuentra presente esta empresa, así como las regulaciones que pesan sobre los distribuidores de GN y GLP, y las eventuales economías de densidad que se presentarían en la distribución de gas natural.

133. Como se anticipó, la sustituibilidad del GN por otros combustibles, aunque sea imperfecta, tiene enorme relevancia en un caso de precios excesivos. En la medida que el comportamiento de una empresa pueda ser disciplinada, aunque sea en menor grado,

⁶⁷ “Natural gas is both an energy source and an input into some production processes in its own right. As an energy source it competes with other fuels, especially coal, oil and electricity. The most important uses of natural gas are for heating and in the generation of electricity. The ability of natural gas users to switch to other fuels varies from application to application. Where natural gas is used as an input or a feedstock, the ability to switch to other fuels is limited. Where natural gas is used as an energy source, as in heating, it is usually possible to switch to other energy sources, especially in the medium to long run. Some countries have, in effect, allowed the price of gas to be determined by the price of other energy sources, particularly oil” OECD Policy Roundtables. Promoting Competition in the Natural Gas Industry. Pág. 7

por las decisiones comerciales de otras empresas que ofrecen bienes que puedan darle un mismo uso, es difícil que esa empresa pueda ser calificada de superdominante y pueda cobrar precios *extremadamente excesivos*.

134. En efecto, tal como reflexionó el TDLC en la Sentencia N° 140/2018, la intervención de la autoridad de competencia en casos como este es excepcionalísima, debido a las implicancias altamente negativas que pueden tener una intervención equivocada, con graves efectos para el desarrollo de las empresas y la innovación. Como dice el Tribunal en el aludido fallo, *“la práctica de imposición de precios excesivos debe ser interpretada de manera selectiva y restrictiva y, en consecuencia, el test que se establezca sólo está destinado a determinar cuándo un precio es extremadamente excesivo”*⁶⁸.

135. En este sentido, la condición de superdominante de la empresa imputada debe ser incontrarrestable, por lo que la existencia de sustitutos, aunque sean imperfectos, atenta contra esa calificación —aun asumiendo que existan barreras a la entrada para distribuir GN, como sostienen los DEMANDANTES—, pues también tienen que ser analizadas las condiciones de entrada a las actividades económicas de los otros combustibles, especialmente el GLP, las que, en ningún caso, serían infranqueables. En esta materia, la citada Sentencia N° 140/2018 señala que las barreras deben ser muy difíciles de superar, ya que *“el análisis en este punto tiene por objetivo determinar si el consumidor posee alternativas creíbles al producto que le ofrece la firma con poder de mercado significativo”*⁶⁹. Como se ha dicho, los consumidores de gas natural tienen alternativas, aunque sea imperfectas.

136. Además, se debe tener presente que, si las empresas distribuidoras de GN no enfrentaran ningún grado de competencia en su zona de concesión, las tarifas que cobran estarían reguladas *ex ante* y no bajo el mecanismo que actualmente establece la legislación aplicable relativa al límite máximo de rentabilidad. Adicionalmente, tampoco sería fuente de preocupación de las autoridades de libre competencia la integración horizontal que pueda existir en la propiedad de las empresas de GN y GLP,

⁶⁸ Sentencia N° 140/2018, c. 15°.

⁶⁹ Sentencia N° 140/2018, c. 17°.

así es como el *interlocking*, si es que estas no compiten, en algún grado, en los servicios de distribución de gas.

137. Por lo anterior, si Metrogas no goza de una posición superdominante en la industria de combustibles, no podría configurarse la conducta de precios excesivos. Con todo, si se restringiera la definición del mercado relevante exclusivamente a los servicios de distribución de GN y, en ese contexto, METROGAS gozara de una posición monopólica, esta práctica tampoco se presenta por las razones que se señalan a continuación.

138. Siguiendo los criterios establecidos en la tantas veces citada Sentencia N°140/2018, para determinar si un precio es excesivo deben analizarse los costos de la empresa demandada, los precios históricos o cobrados a diversos clientes y las utilidades de la firma, para luego determinar si el precio es injusto en sí mismo o en comparación con los productos de los competidores. Este examen no se realiza en la demanda. En ella simplemente se afirma que, producto el fraude a la ley que se alega, subieron los costos de METROGAS y ello le permitió *“incrementar artificial y abusivamente el precio del gas natural residencial entre un 12,7% y un 20,2%”*⁷⁰, lo que constituirá un precio excesivo.

139. Adicionalmente, en la demanda no se entregan explicaciones acerca de los distintos factores que inciden en el precio del gas a público, lo que es determinado por elementos adicionales al costo del gas exclusivamente. Como se indica en la contestación de la demanda⁷¹, también son relevantes de considerar (i) los costos relacionados con el precio internacional de los *commodities*, tales como el petróleo Brent y del gas natural Henry Hub; (ii) los mayores costos de regasificación y transporte; (iii) los incrementos en el tipo de cambio que afectan directamente los costos de materia prima, transporte, regasificación; y (iv) los costos operacionales y de mantenimiento de la empresa.

140. Por lo demás, en la demanda solo se señala un rango de aumento de precios, sin que se entreguen mayores precisiones, lo que tiene implicancias relevantes el momento de evaluar si un precio es extremadamente excesivo.

⁷⁰ Demanda, párrafo 5, pág. 3.

⁷¹ Contestación, pág 23.

141. Sin embargo, ya vimos que no se dan los supuestos para concluir que Metrogas defraudó la ley, por cuanto (i) la Ley N° 20.999 no se encontraba vigente al momento en que se materializó la división de aquella compañía y la creación de Agesa ni se había verificado el traspaso del Contrato de Aprovisionamiento; y (ii) en todo caso, las indicaciones al proyecto que dio origen a esta ley que introdujeron los artículos 33 quinquies y 12 transitorio, fueron incorporadas el 2 de septiembre de 2016⁷², es decir, después se celebrara la Junta Extraordinaria de Accionistas que aprobó la división de METROGAS, la creación de AGESA y el traspaso del contrato entre el primero y GNL Chile, el 26 de mayo de 2016.

142. Por consiguiente, no existiendo fraude a la ley, los DEMANDANTES deben acreditar que el alza en los precios cobrados por METROGAS a clientes residenciales supera con creces sus costos efectivos y es injusto en sí mismo o en comparación con los productos de los competidores, ejercicio que no se realiza en su demanda. Sin embargo, no hay un análisis de los costos efectivos de METROGAS, en el que debe incluirse los que derivan del CONTRATO —porque no existe fraude a la ley—, y tampoco se realiza un examen comparativo con los precios de la competencia, ejercicio este último que si realiza METROGAS en su contestación a partir de información publicada por la CNE. Dicha información muestra que, dentro de las empresas que distribuyen gas natural, Metrogas es la que cobra los valores más económicos por sus servicios, medidos en m³, a excepción de la empresa Gasco Magallanes, que recibe un subsidio estatal. Por lo demás, tal como señala Metrogas en su contestación, la CNE resolvió que el costo que representa para esta empresa el precio que debe pagar a Agesa por el aprovisionamiento de GN era eficiente.

143. Esta información es confirmada en la presentación⁷³ que hizo el ingeniero Humberto Verdejo ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados sobre el Gas Natural, en la que se muestra que la diferencia de precios cobrados por METROGAS en relación con los precios de la competencia aumentó a partir del año 2016. Este mismo ejercicio es realizado por el sr. Verdejo en relación con los precios del GLP, en el

⁷² Historia de la Ley N°20.999, páginas 350 y 369.

⁷³ Dr. Humberto Verdejo. Departamento de Ingeniería Eléctrica, Universidad de Santiago de Chile. Presentación Comisión Gas. Láminas 9-11.

que se aprecia que el precio cobrado por Metrogas en comparación con el precio promedio de los distribuidores de GLP es más bajo desde el 2017 en adelante, salvo el año 2019 en el que se mantuvieron en niveles similares⁷⁴.

144. Adicionalmente, se debe tener presente que en el caso de la distribución de GN existe una cuasi regulación de precios, que se gatilla cuando la empresa supera un determinado índice de rentabilidad⁷⁵. Esta regulación está establecida, precisamente, para que la firma, en este caso METROGAS, no cobre precios excesivos. Esa es la lógica de la regulación de precios y fijación de tarifas en cualquier sector regulado.

145. En efecto, la regulación de un monopolio natural, en particular la fijación de tarifas máximas que pueda cobrar, tiene por objeto emular las condiciones de competencia y, así, impedir que realice cobros abusivos. Como señala el economista Claudio Sapelli *“la preocupación respecto a la posibilidad de que una empresa dominante cobre precios excesivos, se puede resolver con precios máximos”*⁷⁶. En este mismo sentido, San Martín, Fuentes y Held, afirman que *“la justificación de la regulación de precios es directa, considerando la necesidad de evitar que el monopolio use su poder en su propio beneficio y en detrimento de los intereses de los consumidores y del bienestar social”*⁷⁷.

146. Por consiguiente, si estamos en una industria en la que las empresas pueden fijar libremente sus precios y están sujetas a un índice de rentabilidad máxima, mientras se mantengan dentro de dicho margen no pueden cobrar precios excesivos. Sobre este punto huelga decir que, de acuerdo con la información disponible de la CNE⁷⁸, METROGAS no ha superado el límite de rentabilidad en ningún año luego de 2017.

⁷⁴ Dr. Humberto Verdejo. Departamento de Ingeniería Eléctrica, Universidad de Santiago de Chile. Presentación Comisión Gas. Lámina 11.

⁷⁵ Artículo 30 Decreto con Fuerza de Ley N° 323, Ley de Servicios de Gas: “Toda empresa de gas podrá determinar libremente el precio del servicio de transporte o servicio de gas que realice a clientes o consumidores, o entre sí, y los precios de los servicios afines que correspondan. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del servicio público de distribución de gas, el régimen tarifario que determine la respectiva empresa concesionaria estará sujeto al límite máximo de rentabilidad señalado en el artículo 30 bis”.

⁷⁶ Claudio Sapelli. Regulación de Precios Óptimos a Empresas Dominantes: el caso de TRANSBANK. Pág. 4.

⁷⁷ Gregorio San Martín, Fernando Fuentes y Gastón Held. Estudio Análisis y Aplicación del Concepto de Empresa Modelo en los Procesos de Tarificación de Servicios Sanitarios, Eléctrico y de Telecomunicaciones. Abril 2001. Pág. 4.

⁷⁸ Resoluciones exentas N°776 de 29/12/2017; N°689 de 22/10/2018; N° 454 de 4/11/2021. De acuerdo con la información proporcionada por Metrogas, las resoluciones de la CNE sobre informes de

147. En suma, METROGAS no posee una posición superdominante en la industria del gas por la existencia de bienes sustitutos y, si la detentara, los DEMANDANTES no señalan en su demanda por qué los precios serían extremadamente excesivos, más allá del eventual fraude a la ley. Por el contrario, las DEMANDADAS aportan información pública que (i) daría cuanta más bien que los precios cobrados por esta empresa serían competitivos si se comparan con otras empresas proveedoras de GN y de GLP, que se han mantenido siempre dentro de los límites de rentabilidad, y (ii) que otorga razonabilidad a la operación comercial que se cuestiona.

rentabilidad de los años 2019, 2020 y 2022 son confidenciales, pero tampoco habrían superado el límite establecido en la ley, no existiendo ningún reclamo en este sentido.

V. CONCLUSIONES

- a. No existe fraude a la ley, porque ésta no existía al momento de celebrarse la operación cuestionada y, por lo tanto, los costos que representa para METROGAS el cumplimiento del CONTRATO con AGESA, deben ser considerados cuando se evalúa una conducta de precios excesivos.
- b. La decisión de METROGAS de dividir la compañía, crear AGESA y celebrar con esta última el CONTRATO, obedece a consideraciones comerciales razonables, que no tienen por objeto defraudar lo dispuesto en los artículos 33 quinquies y 12 transitorio de la Ley N°20.999.
- c. Los riesgos que asume AGESA en virtud del CONTRATO se traducen en un costo que legítimamente debe considerarse en el precio que cobra a METROGAS y al resto de los distribuidores a los que vende GN.
- d. Existen sustitutos imperfectos al GN que hacen altamente improbable que Metrogas tenga una posición superdominante en el mercado del gas. Lo anterior por cuanto dichas alternativas disciplinan, en algún grado, a esta empresa, lo que limita la posibilidad de cobrar precios *extremadamente* excesivos.
- e. A pesar de que las economías de densidad tienden a que METROGAS pueda ser considerado un monopolio natural, la existencia de sustitutos le permite fijar sus precios libremente, sujetos a un límite de rentabilidad, según lo faculta la legislación vigente.
- f. Los DEMANDANTES no realizan un cálculo de los costos de METROGAS ni utilizan ningún *benchmark* que permite inferir que los precios que cobra son *extremadamente* excesivos.

- g. METROGAS acreditó, en base a información pública de la CNE, que comparativamente cobra precios más económicos que otras empresas distribuidoras de GN, salvo aquella que está subsidiada por el Estado, brecha que aumenta a partir del año 2017. Dicha situación también se produce si se comparan los precios de METROGAS con los precios promedio del GLP.
- h. METROGAS no ha superado el límite de rentabilidad fijado en la Ley General de Servicios de Gas, en ningún año luego de 2017.

ENRIQUE
VERGARA
VIAL

Firmado digitalmente
por ENRIQUE
VERGARA VIAL
Fecha: 2024.02.27
12:32:34 -03'00'