

En lo principal, deduce demanda por infracción a la libre competencia; **en el primer otrosí**, acredita personería; **en el segundo otrosí**, acompaña documentos; **en el tercer otrosí**, patrocinio y poder; **en el cuarto otrosí**, se tenga presente direcciones de correo electrónico; y, **en el quinto otrosí**, solicita designación de ministros de fe que indica.

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

María Jimena Orrego Pastén, Mauricio Tapia Rodríguez, Raúl Toro González, y Andrés Rioseco López, abogados, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Isidora Goyenechea 3120, piso 3, comuna de Las Condes, en representación, según se acreditará, de (i) doña Marcela Romo Marty, antropóloga, (ii) don José Vargas Niello, técnico agrícola, (iii) don Hugo Jankelevich Worstman, constructor civil, (iv) don Jorge Cisternas Zañartu, economista, (v) doña María Eliana Díaz Simpson, ingeniero, y (vi) doña Erna Chávez Vargas, profesora, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Isidora Goyenechea 3120, piso 3, comuna de Las Condes, (en adelante, conjuntamente, “Los Consumidores Afectados”) al H. Tribunal respetuosamente decimos:

Nuestros representados, los Consumidores Afectados son socios activos de la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores Conadecus A.C. (“Conadecus”) y han sido víctimas directas de la conducta anticompetitiva de las demandadas

Interponemos demanda por infracción a las normas de defensa de la libre competencia en contra de **Metrogas S.A.**, sociedad del giro de distribución de gas natural, Rol Único Tributario N°96.722.460-K, representada por su gerente general don Pablo Sobrazo Mierzo, ingeniero comercial, cédula de identidad N°9.006.201-8, ambos domiciliados en El Regidor N°54, Las Condes, Santiago (en adelante, “**Metrogas**”); y en contra de **Aprovisionadora Global de Energía S.A.**, sociedad del giro de fabricación, transporte, suministro, comercialización y exportación del gas, Rol Único Tributario N°76.578.731-9, representada por su gerente general don Klaus Lührmann Poblete, cédula de identidad N° 7.558.162-9 ambos domiciliados en El Regidor N°66, piso 8, Las Condes, Santiago (en adelante, “**Agesa**”); solicitando desde luego al H. Tribunal declarar que Metrogas y Agesa han infringido el artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía de 2005 que contiene el texto refundido del Decreto Ley N°211 sobre defensa de la libre competencia (en adelante, “DL 211”) y adoptar las sanciones y medidas indicadas en la parte petitoria de esta demanda, todo ello por los fundamentos de hecho, de derecho y económicos que se expondrán a continuación.

I.SÍNTESIS

1. El 29 de diciembre de 2021 fue publicado por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”) el informe final del Estudio de Mercado número 6, titulado “Estudio de Mercado del Gas”

(en adelante, el “Estudio”), elaborado en uso de las facultades que la Ley N°20.954 otorgó al órgano antimonopolios, tras las recomendaciones de la OCDE en el año 2015¹.

2. El Estudio se centró en los mercados de gas licuado de petróleo (“GLP”) y gas natural (“GN”), bajo la hipótesis de que existirían *“espacios en el mercado del gas que no se encuentran funcionando de forma adecuada desde el punto de vista de la competencia, lo que estaría provocando condiciones comerciales a las que pueden acceder consumidores mayoristas y minoristas en el país no sean las óptimas”*². Como se verá, dicha hipótesis fue confirmada respecto de los dos mercados analizados, y en particular, en el caso del gas natural.

3. En lo que atañe a las demandadas, el Estudio permitió detectar que a mediados del año 2016, mientras se tramitaba en el Congreso Nacional un proyecto de ley cuyo objeto era mejorar la metodología de cálculo de la rentabilidad máxima a la que están sujetas las empresas concesionarias de distribución de gas, y lograr una disminución efectiva de los precios de gas ofrecidos a los clientes, **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 gas natural. 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.

4. Tal como concluyó la FNE, entre otras constataciones igualmente graves, la división de Metrogas y la subsecuente recontractación del gas natural con Agesa, pero a mayor precio, **no tuvo otra razón de ser que la de aumentar artificialmente el precio del gas natural y desviar rentabilidad**: *“la única ventaja clara de la división de Metrogas y Agesa, y del contrato entre ambos, es elevar los costos de Metrogas y permitir a sus accionistas (CGE Gas Natural y Copec) obtener utilidades no sujetas a regulación a través de Agesa, cuestión que con anterioridad a la división no ocurría”* (“Respuestas a los Comentarios de la Versión Preliminar del Estudio de Mercado del Gas”, N°39, énfasis agregado).

5. Las acciones de defraudación a la ley perpetradas por las demandadas significaron un impacto directo en el precio ofrecido a los clientes. Según determinó la FNE, **esas maniobras les permitieron a Metrogas y Agesa incrementar artificial y abusivamente el precio del gas**

¹ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), 2015. *Competencia y Estudios de Mercados en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú.*

² Fiscalía Nacional Económica (FNE), 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 10.

natural residencial entre un 12,7% y un 20,2% y en porcentajes menores en el sector comercial e industrial, obteniendo con ello beneficios en montos que van entre los \$61 y \$69 mil millones anuales, equivalentes a montos anuales entre USD \$78 y \$87 millones³.

6. **Metrogas es monopolista o cuasi monopolista en el mercado de distribución de gas en sus respectivas zonas de concesión**, por lo que las conductas denunciadas configuran un caso evidente de **abuso de posición dominante y explotación abusiva de dicha posición**, en los términos descritos y sancionados por el DL 211.

7. Los ilícitos que denunciarnos resultan además particularmente graves, desde que ellos se han cometido **(i)** respecto de un **bien de consumo de primera necesidad**, como lo es el gas natural que se distribuye por redes; **(ii)** afectando a una amplia gama de clientes, incluyendo **un porcentaje significativo de los hogares de la Región Metropolitana y varias reparticiones públicas**, con perjuicio al erario fiscal; y **(iii)** en tiempos en que la economía doméstica y las arcas fiscales se han visto duramente golpeadas por los efectos de la pandemia por el virus Covid-19.

Estas y otras consideraciones ameritan que se sancione a las demandadas con especial rigor.

II. ANTECEDENTES

Las demandadas Metrogas y Ageda

8. **Metrogas** es una sociedad anónima cerrada creada en el año 1995, cuyo giro principal de negocios es la distribución y comercialización de gas natural por redes. Para tales efectos, Metrogas cuenta con diversas concesiones públicas de distribución de gas, que le han sido otorgadas por decreto supremo de conformidad con lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N°323 del Ministerio del Interior de 1931 y sus modificaciones, que contiene la Ley de Servicios de Gas⁴.

³ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 23.

⁴ El artículo 3 de la Ley de Servicios de Gas establece: “*Para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas de red, y las redes de transporte de gas de red, las empresas deberán obtener una concesión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7, a quienes se les reconocerán los derechos y se le impondrán las obligaciones señaladas en la presente ley*”.

9. Actualmente Metrogas abastece de gas natural por redes a un total de 49 comunas de las regiones Metropolitana⁵ y de O'Higgins⁶. Según su Memoria Anual 2021, cuenta aproximadamente con **815.000 clientes**.

10. Sus accionistas son CGE Gas Natural S.A., que a su vez es propiedad del grupo español Naturgy⁷, con un 60,17%, y Empresas Copec S.A con un 39,83%.

11. Metrogas es la propietaria de las redes (ductos, cañerías, y otras instalaciones), por las que se distribuye el gas natural a los consumidores de las zonas en las que tiene concesión. Por ello, **en los hechos Metrogas actúa como un monopolio natural en la distribución y comercialización de gas natural en sus zonas de concesión**, toda vez que en esas comunas (i) no existe otro oferente de ese tipo de combustible, y (ii) a los consumidores les resulta muy difícil o imposible reemplazar el suministro de gas natural con algún sustituto.

12. **Agesa** es una sociedad anónima cerrada que fue creada por Metrogas en el mes de mayo de 2016 mediante su propia división. Metrogas y Agesa comparten los mismos accionistas y controladores. Como se explicará, desde su creación en 2016 **Agesa se encuentra integrada verticalmente con Metrogas para el negocio del gas natural**, actuando como su “**intermediaria**” para subir artificialmente los precios del gas y desviar rentabilidad fuera del alcance del regulador.

Metrogas: empresa concesionaria sujeta a una tasa de rentabilidad máxima

13. Las empresas concesionarias de distribución de GN por redes —como es el caso de la demandada Metrogas—están sujetas a una tasa de rentabilidad máxima por cada zona de concesión⁸, consistente en un máximo calculado por el promedio simple de sus rentabilidades anuales en los últimos tres años. Esta regla proviene del Decreto con Fuerza de Ley N°323 del Ministerio del Interior de 1931. Sin embargo y tal como observó la FNE en su Estudio “*la norma*

⁵ En la Región Metropolitana Metrogas tiene concesiones de distribución sobre las siguientes comunas: Santiago, Buin, Cerrillos, Cerro Navia, Colina, Conchalí, El Bosque, Estación Central, Huechuraba, Isla de Maipo, Independencia, La Cisterna, La Granja, La Pintana, Lampa, Las Condes, Lo Barnechea, Lo Espejo, Lo Prado, La Reina, Macul, Maipú, Ñuñoa, Padre Hurtado, Paine, Pedro Aguirre Cerda, Peñaflores, Peñalolén, Providencia, Pudahuel, Puente Alto, Quilicura, Quinta Normal, Recoleta, Renca, San Bernardo, San Miguel, San Joaquín, San Ramón, Talagante, Tiltil (con concesión pero sin redes), Vitacura.

⁶ En la Región de O'Higgins Metrogas tiene concesiones de distribución sobre las siguientes comunas Graneros, Rancagua, Machalí, Doñihue, Olivar, Requínoa y Rengo (ambas sin redes), San Francisco de Mostazal, Codegua.

⁷ Naturgy. Presencia Internacional. América. Disponible en: <https://www.naturgy.com/conocenos/presencia_internacional/america> [última consulta: 27.04.2022]

⁸ Concesiones reguladas por el Decreto N°263 de 1995 del Ministerio de Economía.

*no contemplaba una forma adecuada ni completa de calcularla, por lo que en los hechos no era fiscalizada ni se sufrían consecuencias por superar el máximo de rentabilidad*⁹.

14. Por tal razón y teniendo especialmente en cuenta que en las respectivas zonas de concesión existe un monopolio sin posibilidad de desafío competitivo significativo, en el mes de enero de 2015 el Poder Ejecutivo ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley de iniciativa de la entonces Presidenta de la República doña Michelle Bachelet para modificar la Ley de Servicios de Gas, especialmente en lo relativo a la forma de calcular y aplicar el límite de rentabilidad a las empresas concesionarias.

15. El proyecto —que concluyó en la dictación de la Ley N°20.999 del 9 de febrero de 2017— incorporó una metodología para el cálculo de la rentabilidad máxima¹⁰, y una sanción para el caso de que ésta se viera sobrepasada, consistente en la aplicación de una tarificación o regulación de sus precios¹¹, todo ello con la finalidad de lograr una disminución efectiva de los precios ofrecidos a los clientes.

Tramitación de la Ley N°20.999: etapa en que las demandadas fraguaron el fraude a la ley

16. Uno de los principales objetivos del proyecto de la Ley 20.999 fue que los costos que pagan las empresas concesionarias correspondan efectivamente a condiciones de mercado y a costos eficientes¹².

17. Durante su tramitación en el Senado, en septiembre de 2016, se introdujeron al proyecto mediante indicaciones presidenciales dos artículos, el artículo 33 quinquies y el artículo 12° transitorio¹³, para regular la situación de las compras de gas que las concesionarias (como Metrogas) efectuaban a empresas relacionadas.

⁹ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 21.

¹⁰ Estableciendo para las empresas concesionarias de distribución de gas un régimen de libertad tarifaria regulada con tarificación eventual (Art 30°), es decir, conforme al artículo 31 bis de la Ley 20.999, cuando una empresa exceda el límite máximo de rentabilidad, será tarificada. El cálculo del límite máximo de rentabilidad es fijado por la ley equivalente a la Tasa de Costo de Capital, cuyo piso mínimo es un 6%, más un margen adicional de tres puntos porcentuales. Esa rentabilidad máxima es controlada por la Comisión Nacional de Energía (CNE) por medio de un chequeo anual de rentabilidad. García, N, 2021. *Antecedentes del mercado de gas residencial en Chile*. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en: <[Microsoft Word - BCN Antecedentes del mercado de gas residencial 17jun SMAV edPM.docx](#)> [última consulta: 27.04.2022], página 3.

¹¹ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 21.

¹² El artículo 33 del proyecto decía que “el costo del gas en cada punto de conexión corresponderá al **mejor precio de compra** en el punto por parte de la empresa concesionaria o en algún punto anterior, incluyendo en este caso el transporte hasta el punto de conexión”.

¹³ Historia de la Ley N°20.999, Biblioteca del Congreso Nacional.

18. Cabe señalar que hasta el ingreso del citado proyecto de ley, Metrogas mantenía un contrato de compra de gas natural proveniente de gas natural licuado (GNL) con su relacionada GNL Chile S.A. La mencionada GNL Chile S.A. es una sociedad de carácter instrumental que fue constituida por las tres empresas responsables del proyecto GNL Quintero (Enap, Enel y Metrogas hoy Agesa), para concentrar y administrar la compra de GNL al proveedor internacional British Gas, hoy Shell. Esos contratos, mediante los cuales GNL Chile vende el gas a Metrogas, así como a Enap y a Enel, se conocen por la sigla “GSA” (Gas Sale Agreement).

19. A su vez GNL Chile S.A. mantenía (y aún mantiene) contratos de compra del GNL a British Gas (Shell), en los que esa sociedad actúa como comprador para cada una de las tres empresas (Enap, Enel y Metrogas hoy Agesa), y que se conocen como “SPA” (Sale and Purchase Agreement).

20. De esta forma, el GNL importado de British Gas (hoy Shell) era adquirido por la relacionada GNL Chile S.A. para Metrogas mediante el SPA, y una vez regasificado en el terminal de GNL Quintero, era revendido como gas natural a Metrogas mediante el GSA. De allí la preocupación del legislador en orden a que esas compras entre relacionados se hicieran a valores de mercado.

21. Dada la existencia de estas relaciones verticales entre la empresa distribuidora sujeta a límite de rentabilidad (Metrogas) con la empresa que en lo formal actuaba como su proveedor, GNL Chile S.A.,¹⁴ la normativa 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.

22. Así, el artículo 33 quinquies estableció la exigencia de que los contratos entre relacionados fueran sometidos a licitación internacional.

23. Sin embargo, al mismo tiempo el artículo 12° transitorio creó un régimen de excepción, para aquellos contratos de compraventa de gas entre empresas relacionadas que ya existieran a la fecha de entrada en vigencia de la ley, en los que no sería exigible la licitación internacional:

“En caso que, al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la empresa concesionaria cuenta 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”

¹⁴ Decimos que GNL Chile actuaba “formalmente” como proveedor de gas natural para Metrogas, porque en los hechos el verdadero y único proveedor es la empresa internacional British Gas. Como se explicó, GNL Chile es una sociedad instrumental que fue creada para aglutinar y administrar las compras a British Gas y repartirlas entre las tres empresas que controlan el proyecto GNL Quintero.

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” (énfasis agregado).

24. Según señaló la FNE en el Estudio, entre mayo y julio 2016, es decir, en pleno proceso de discusión parlamentaria de la referida ley, Metrogas se dividió en dos, creando la sociedad Agesa, y acto seguido se integró verticalmente con ella (esto es, la introdujo en la cadena del gas como “intermediaria”), para cuyo efecto celebró un nuevo contrato de compraventa de gas, mediante el cual Metrogas pasó a recomprarle a Agesa, a un precio mayor, el mismo gas que hasta la fecha Metrogas compraba a British Gas (en forma de GNL) a través de GNL Chile S.A.

25. Según quedaría posteriormente en evidencia, el objeto de la referida operación 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, Agesa¹⁵. Esto es, derechamente defraudar la ley. Ello fue posible gracias a que Metrogas y Agesa celebraron ese contrato apenas unos meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.999 y el citado artículo 12° transitorio.

26. Según la FNE, la maniobra permitió elevar los costos de Metrogas (única empresa distribuidora de gas que se acogió a la excepción del artículo 12° transitorio), reduciendo su margen en 6,2 puntos porcentuales, pero incrementado sus márgenes como grupo¹⁶ (es decir, incluyendo a Metrogas y Agesa), en 1,2 puntos porcentuales superiores a los que obtenía antes de la operación¹⁷.

¹⁵ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 22.

¹⁶ Este cálculo como “grupo” fue precisamente criticado en los comentarios tras la presentación del informe preliminar del Estudio en octubre de 2021, que fueron compartidos por la FNE en su informe final. En específico se observó que “la propuesta de la FNE de calcular la rentabilidad de Metrogas considerando todo el grupo económico arriesga la existencia del contrato entre Agesa y Metrogas”, lo que obligaría a Metrogas a “adquirir el GN mediante una licitación pública internacional, cuyos costos -hoy- son muy superiores, con el consiguiente efecto negativo para el consumidor final”. La FNE respondió a dichas consultas descartándolas por infundadas, basando principalmente en que las medidas que propone no suponen la terminación del contrato de suministro de GN hasta 2030, sino que eso sólo podría producirse por decisiones autónomas de Metrogas o sus empresas verticalmente integradas. Es decir, no sería necesario terminar el contrato, solo terminar con la conducta que en esta demanda se imputa. FNE (2018). Respuestas a los Comentarios de la Versión Preliminar del Estudio de Mercado del Gas, División Estudios de Mercado, página 28. De todas formas, las interpretaciones de cálculos grupales son habituales en la FNE, como ocurre en el caso de operaciones de concentración para efecto del cálculo de umbrales que gatillan el deber de notificación de dichas conductas, conforme al Título V del DL 211. Así, la FNE considera pertenecientes al mismo grupo empresarial a diversas empresas sobre las que se tiene, por ejemplo, influencia decisiva, así como los controladores de éstas. Ver en: FNE, 2019. *Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile*, página 8; y FNE, 2017. *Guía de Competencia*. Página 10.

¹⁷ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 22.

La operación entre Metrogas y Agesa: incremento artificial de costos y desvío de rentabilidad

27. El 9 de mayo de 2016, mientras se discutía el proyecto de la Ley 20.999, el Directorio de Metrogas reunido en sesión ordinaria resolvió citar a una Junta Extraordinaria de Accionistas, para proponer en ella la división de Metrogas y la creación de una nueva sociedad resultante de la división. Lo anterior, se dijo, a fin de separar el negocio de aprovisionamiento de gas natural del negocio de distribución “*este último sujeto a regulación*”¹⁸.

28. De este modo, Metrogas continuaría con la distribución del GN atendiendo a sus clientes residenciales, comerciales e industriales, mientras que la nueva sociedad resultante de la división, Agesa, realizaría la compra del GN y la distribución mayorista a clientes no sujetos a regulación (generadoras eléctricas, distribuidoras de GN y eventuales ventas internacionales)¹⁹.

29. Ambas empresas contarían con la misma composición accionaria: CGE Gas Natural S.A., que a su vez es propiedad del grupo español Naturgy, con un 60,17%, y Empresas Copec S.A con un 39,83%²⁰.

30. El Presidente titular de la junta, don Antonio Gallart Gabás, expuso a los accionistas que la propuesta de división presentada por el Directorio se explicaba porque en el mercado del GN coexisten el aprovisionamiento y suministro al consumidor final, estando esta última actividad sujeta a regulación con el objetivo de garantizar un suministro estable y de calidad, siendo además el aprovisionamiento y suministro al consumidor final actividades de diferente naturaleza, distintos riesgos y sujeta a regímenes distintos²¹.

31. Asimismo, indicó que la división permitiría generar “*perfiles de inversión y necesidades de capital distintos, y definición de políticas comerciales dedicadas en función a giros propios*”²².

¹⁸ Comunicado público de Metrogas en su página web. Metrogas, 2016. *Metrogas convoca a junta extraordinaria de accionistas para proponer la aprobación de división societaria*. Disponible en < [Noticia Metrogas | Nuestra Empresa | Metrogas](#)> [última consulta: 27.04.2022]

¹⁹ Metrogas, 2016.

²⁰ Metrogas, 2016. Información actualizada al último periodo informado (diciembre de 2021), se encuentra en la CMF en el caso de Metrogas: CGE Gas Natural S.A. cuenta con un 60,17% mientras que Empresas Copec S.A. con el 39,83% restante. Disponible en < [METROGAS S.A. - 12 Mayores Accionistas - CMF \(cmfchile.cl\)](#)> [última consulta: 27.04.2022]

²¹ Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de Metrogas de fecha 26 de mayo de 2016, página 8. Disponible en < [METROGAS S.A. - Reforma Estatuto - CMF \(cmfchile.cl\)](#)> [última consulta: 27.04.2022]

²² Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de Metrogas de fecha 26 de mayo de 2016, página 8.

32. A la opinión pública, en tanto, Metrogas le informó que la división tenía por objeto ajustarse a *las mejores prácticas regulatorias de la industria a nivel mundial*, las cuales sugerirían la división de los negocios de aprovisionamiento y distribución de gas natural.²³

33. Según consta en el acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas, de 26 mayo de 2016, en la división se le asignó a la recién creada Agesa, entre otros activos, la posición contractual que Metrogas tenía en el contrato de compraventa de gas natural con la sociedad instrumental GNL Chile S.A. (el GSA). En el Estudio, la FNE señala que casi inmediatamente a continuación de la división, la recién creada Agesa y Metrogas firmaron un nuevo contrato de suministro de gas, mediante el cual, en palabras de la FNE, Metrogas **“re-contrató el suministro que antes tenía asegurado con GNL Chile, pero a un precio mayor”**.

34. Como el H. Tribunal podrá fácilmente concluir, la re-contratación que hizo Metrogas del mismo gas que antes tenía asegurado con GNL Chile, pero a mayor precio, **es una operación que carece absolutamente de racionalidad económica**, y sólo se explica por el hecho de que Metrogas y Agesa responden a un mismo grupo empresarial, de modo tal que lo que pierde Metrogas lo gana Agesa para esos mismos dueños. Todo ello con un elemento clave que explica la operación: Agesa no está sujeta a límite de rentabilidad. De esta manera, Metrogas y Agesa crearon las condiciones para aumentar artificialmente el precio del gas y desviar esa mayor rentabilidad fuera del alcance del reglador.²⁴

35. Pero la maniobra de Metrogas y Agesa tuvo un componente aún más revelador de los verdaderos motivos detrás de la división y sucesiva recontractación del mismo gas a mayor precio. Según pudo comprobar la FNE durante la realización del Estudio, la principal explicación que dio Metrogas en la Junta de Accionistas para justificar la división y creación de Agesa, esto es, la necesidad de separar los riesgos de los negocios de aprovisionamiento y suministro, resultó ser falsa, por cuanto:

(i) No obstante haber cedido su posición contractual como comprador en el contrato GSA a Agesa, **Metrogas se constituyó en fiador de todas las obligaciones de Agesa bajo ese contrato, asumiendo íntegramente todo el riesgo que, según había declarado, pretendía separar**²⁵. Prueba de ello es que en la memoria anual del controlador de las demandadas, la sociedad CGE Gas Natural, **se ha venido informando invariablemente que, no obstante la división y**

²³ Metrogas, 2016.

²⁴ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 22.

²⁵ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 433, página 184.

asignación del GSA a Agesa, las principales obligaciones bajo el contrato GSA quedaron radicadas en Metrogas o bien fueron afianzadas por Metrogas²⁶.

(ii) Según se consignó en el acta de la Junta que aprobó la división, a los accionistas de Metrogas les correspondieron “*sin cargo y de pleno derecho*” todas las acciones que representan el capital de Agesa²⁷. Es decir, la división no importó una verdadera separación de patrimonios, de modo que las decisiones de negocios de ambas empresas siguen siendo adoptadas por el mismo grupo controlador (quienes, aprobaron “*por aclamación, en los mismos términos en que han sido propuestas por el Directorio*”²⁸) todos los asuntos sujetos a votación de tal junta).

36. Fue la propia FNE la que reparó en la artificialidad de las explicaciones de Metrogas para justificar la división, señalando que “*la FNE no concuerda con la afirmación realizada. Esta afirmación, si bien se realiza numerosas veces, se hace sin citas ni referencias a qué jurisdicciones contemplan una división como la de Agesa y Metrogas. Tampoco se explicita ni se cita qué mejor práctica contempla esta división. Lo cierto es que, de lo que la FNE ha revisado, sí existe en algunas jurisdicciones una separación vertical entre distintos eslabones del mercado de gas natural. Sin embargo, dichas regulaciones requieren una separación patrimonial entre los eslabones y evidentemente no una separación dentro del mismo grupo económico como es el caso de Agesa y Metrogas.*”²⁹

37. Toda esta operación se orquestó, como ya se dijo, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.999 que sujetó a las distribuidoras a la tasa de rentabilidad máxima, lo que permitió a Metrogas desviar rentabilidad a una entidad que no está sujeta al máximo legal, según pudo constatar la FNE³⁰.

38. El desvío de rentabilidad y la posición dominante de Metrogas hizo posible los cobros abusivos a Los Consumidores Afectados que los legitiman para entablar esta demanda.

III. CUESTIÓN PREVIA: LEGITIMIDAD E INTERÉS DE LOS CONSUMIDORES

²⁶ Estas son la obligación correspondiente al pago de la capacidad de regasificación contratada y la obligación *take or pay* por un volumen que equivale al cien por ciento de las cantidades base contratadas por Metrogas para con Shell bajo el SPA.

²⁷ Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de Metrogas de fecha 26 de mayo de 2016, página 9.

²⁸ Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de Metrogas de fecha 26 de mayo de 2016, página 16.

²⁹ Respuestas a los Comentarios de la Versión Preliminar del Estudio de Mercado del Gas, N°37.

³⁰ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 22.

LEGITIMIDAD ACTIVA DE LOS CONSUMIDORES AFECTADOS

39. Los Consumidores Afectados han sido víctimas directas del sobreprecio cobrado por las demandadas, producto del aumento artificial de costos de la distribución y comercialización de GN desplegado por Metrogas y Agesa.

40. Como señala el Estudio, las demandadas habrían comenzado con la conducta acusada en julio del 2016, aumentando el precio a los consumidores de forma continuada entre 12,7% a un 20,2% para el caso del sector más afectado por la conducta, los consumidores residenciales.

41. El artículo 20 del DL 211 faculta a los particulares interponer demandas por ilícitos a la libre competencia.

42. En este contexto, la jurisprudencia de este H. Tribunal ha señalado que el demandante debe acusar acciones u omisiones que *“hayan podido, razonablemente, afectarle de manera directa o indirecta en su capacidad de desenvolverse competitivamente, en tanto agente económico, en algún mercado determinado³¹”*.

43. En este contexto, el TDLC ha indicado como titulares particulares de la acción *“a todas aquellas personas que participan en los mercados afectados por las conductas en cuestión -sea en calidad de competidores, proveedores o clientes- o que podrían participar en ellos de no mediar las conductas anticompetitivas de que se trate³²”*. Esta legitimidad incluye a los consumidores considerados individualmente:

“Que, en consecuencia, no encontrándose controvertido el carácter de consumidores de los Sres. Castillo y no siendo de resorte exclusivo de la Fiscalía Nacional Económica el derecho de acción ante este Tribunal, no cabe duda de que aquéllos se encuentran legitimados para poder denunciar los atentados a la libre competencia que describen en su libelo;

Que, por último y sólo a mayor abundamiento, se debe tener presente además que el hecho de permitir a consumidores o competidores demandar directamente por aquellos hechos, actos o convenciones que les afectan o pueden afectarles, es coherente con el objetivo que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que debe tener el derecho de la competencia (...)³³

³¹ Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (H. TDLC), Sentencia N° 98/2010, considerando 22°.

³² H. TDLC, Sentencia N° 98/2018, considerando 22°.

³³ H. TDLC, Sentencia N° 133/2014, considerando 13° y 14°.

44. Los Consumidores Afectados acreditan su legitimidad para interponer la presente acción indicando sus números de cliente y con las copias de la facturación con la empresa Metrogas que se acompañan con la personería en un otrosí.

IV.MERCADO RELEVANTE

45. En materia de abusos unilaterales, el **mercado relevante** es el marco de análisis para considerar la existencia de una posición dominante de la cual un agente económico haya podido abusar. El análisis del mercado relevante está compuesto por una dimensión del producto (donde se entiende que un grupo de productos forman un mismo mercado relevante si los consumidores los consideran sustituibles entre sí, de forma suficiente en atención a sus características, uso y precio, generalmente³⁴) y una dimensión geográfica (entendida como la menor área geográfica dentro de la cual sería posible para un monopolista hipotético ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos que lo componen, en situaciones suficientemente homogéneas, resultando factible su diferenciación respecto de otras áreas³⁵).

46. El H. Tribunal ha definido la siguiente estructura para el análisis del ilícito acusado en esta demanda:

- i. Determinación del mercado relevante y su estructura, para identificar si se trata de una firma dominante cuya posición no sea resultado de inversiones pasadas o innovación, sino de otras fuentes, como derechos especiales o exclusivos; y
- ii. Si existen barreras de entrada altas y de naturaleza no transitoria que proteja el mercado³⁶.

47. De este modo, el análisis del mercado relevante del GN es necesario para determinar la situación o posición de dominio de las demandadas, en virtud de la cual infringieron el DL 211 mediante el incremento artificial de los costos y la imposición de precios abusivos a consumidores de este bien esencial sin sustitutos.

A. MERCADO AGUAS ARRIBA

IMPORTACIÓN

³⁴ FNE, 2021. *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*. Párrafo 15, página 8.

³⁵ FNE, 2021. *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*. Párrafo 22, página 11.

³⁶ H. TDLC, Sentencia N°140/2014, considerando 16°.

48. El Gas Natural, recurso fósil originado en el subsuelo, diferenciado del Gas Licuado de Petróleo por no haber sido sometido a procesos de transformación³⁷, en el caso de nuestro país, cerca del 80% del gas que se consume es importado, ya sea en forma de GNL (gas natural licuado) o vía terrestre; el 20% restante es producido por ENAP Refinerías S.A. en la Cuenca de Magallanes.

49. Así, fuera de ese 20%, los principales terminales de ingreso a las **importaciones** de GN son a través de barcos hacia el puerto de Quintero y el puerto de Mejillones, siendo el primero por donde ingresa casi el triple de la cantidad del segundo³⁸.

50. Para poder organizar la importación del GN existen dos mercados: **el primario**, que consiste en la contratación directa con el puerto el uso de sus instalaciones; mientras que en el **secundario** es una contratación con las entidades que tienen acceso directo al terminal.

51. El mercado primario permite la compra internacional de GN para las empresas quienes tienen acceso a las instalaciones, quedando relegadas al mercado secundario las empresas que no cuentan con tal acceso.

TRANSPORTE

52. A partir de allí, las empresas realizan el **transporte** de GN a través de gasoductos y camiones cisterna.

53. Generalmente cuando el GN llega a los terminales portuarios se transporta hacia el resto del país por gasoductos, ductos de gran diámetro que transportan el gas por grandes distancias. Los gasoductos y las redes de distribución son inversiones de alto costo, hundidas, difíciles sino imposibles de replicar.

54. En Chile la operación de los gasoductos se divide en 4 “*macro-zonas*”: norte, centro, centro-sur, y austral. Los gasoductos que operan en estas zonas son principalmente privados, a excepción de los de la zona austral que son de propiedad de ENAP. En la zona norte como en la zona austral, la propiedad de estos se concentra en un solo actor. Por otro lado, la propiedad de la zona centro y centro-sur, presentan estructuras más complejas, con alrededor de dos o tres dueños por gasoducto.

³⁷ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 34, página 37.

³⁸ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, página 38.

55. El control de los gasoductos de la zona centro y centro-sur, se encuentra radicado en el grupo empresarial del que forman parte las demandadas, con sobre el 50% de la propiedad total en estas dos zonas³⁹.

B. MERCADO AGUAS ABAJO

DISTRIBUCIÓN

56. Las redes de distribución se refieren a los ductos que se conectan directamente a los clientes, siendo una suerte de ramificación de los gasoductos. Estas redes son las que se encuentran sujetas a concesiones. Estas concesiones permiten teóricamente que dos empresas distribuyan gas en una misma zona geográfica, aunque en la práctica ello no ocurre atendido los altos costos y dificultades para su construcción.

57. En este apartado, según lo observado por la FNE, las empresas que participan en la distribución de GN se dividen en zonas geográficas. En la zona del norte grande, participan principalmente Lipigas y Solgas; en la zona centro, Metrogas y GasValpo; en la zona sur Metrogas, GasSur S.A., Innergy Soluciones, Lipigas e Intergas S.A.; y en la zona austral, Gasco Magallanes.

58. La distribución se encuentra ampliamente regulada, tanto en materias de seguridad como económicas.

59. En efecto, la Ley de Servicios de Gas regula las concesiones para establecer, operar y explotar el servicio público de gas de red, los regímenes de precios a los que están sometidos los concesionarios, y las condiciones de calidad y seguridad a las que debe cumplir el abastecimiento del gas de red.

C. DEFINICIONES DE MERCADO

60. Desde la perspectiva de los consumidores, el mercado relevante corresponde al gas natural de red que suministra el concesionario en su zona de concesión. En efecto, a pesar que existen diversos concesionarios a lo largo del país, la inmensa mayoría de los habitantes de la Región Metropolitana solo pueden adquirir gas natural de red de Metrogas. Así, **cada concesión de distribución de GN constituye un mercado relevante por sí mismo.**

61. La definición anterior va en línea con la jurisprudencia del H. Tribunal en materia de determinación de mercados relevantes, según la cual ésta debe centrarse sólo en los cobros que

³⁹ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, tabla 9, página 162. La participación de Ageda, CGE e Innergy, todos destacados en celeste, suman un 51,75% de la participación total de las zonas.

motivan el conflicto o infracción demandada⁴⁰, de modo que si bien el mercado de provisión de GN tiene estructuras verticales que podrían vulnerar la libre competencia, es conveniente centrarse en la definición específica de los mercados de distribución donde, en definitiva, se cobran los precios abusivos demandados.

MERCADO DE DISTRIBUCIÓN DE GN

Mercado relevante del producto.

62. El mercado relevante del producto consiste en la distribución de GN a consumidores finales.

63. Un escenario conservador y más amplio supone entender que el GN y GLP son sustituibles entre sí y, por tanto, ser considerados dentro del mismo mercado relevante. Lo anterior, si bien existen casos en que la FNE ha archivado investigaciones con esa definición⁴¹ y un procedimiento no contencioso en que el H. Tribunal se pronunció sobre los riesgos de las relaciones de propiedades descritas entre las empresas distribuidoras de GN y GLP en donde analiza riesgos de interlocking por considerarlos productos competidores⁴², hay buenas razones para establecer una diferencia entre ambos productos que haga considerarlos mercados diferenciados.

64. En primer lugar, el GLP es un sustituto altamente imperfecto de GN, especialmente por los costos de cambio existentes entre un producto y otro en aquellos sectores en donde existe una red de distribución de GN, mientras que fuera de ellas no habría posibilidad de sustitución, dado que no habría posibilidad de acceder al GN⁴³. Así, en ambos casos, un aumento de precios no significa una sustitución por el otro producto⁴⁴.

65. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre con el GLP, el GN está sujeto a una serie de regulaciones para su distribución, a través de concesiones para su distribución y el régimen de precios regulado a través del máximo de rentabilidad. Por otra parte, la normativa prohíbe el uso de cilindros de GLP para aparatos fijos como cocinas y calefones, y eventualmente lo permite para

⁴⁰ H. TDLC, Sentencia N° 76/2008, considerando 23°.

⁴¹ FNE, Resolución N°2463-17 de archivo sobre denuncias contra distribuidoras de GN que habrían pactado una serie de conductas exclusorias, punto 7 y página 3.

⁴² H. TDLC, Sentencia N° 51-2018 del H. Tribunal.

⁴³ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 101, página 46.

⁴⁴ Test del monopolista hipotético. Explicado en Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 9.12.97. Punto 15, página 3.

aparatos móviles con cilindros de menor tamaño, sin perjuicio de las restricciones adicionales que determine la comunidad de copropietarios en el reglamento respectivo.

66. En tercer lugar, la existencia de economías de densidad hace que se tienda al monopolio natural de las zonas concesionadas pese a la existencia de un deber de acceso abierto, no respetado en los hechos, circunstancia denunciada en el Estudio de la FNE.

Mercado relevante geográfico.

67. Cada zona de concesión es un mercado en sí mismo, en el cual, según la regulación, podría haber o no más de una empresa oferente. En la práctica, la FNE ha descartado la superposición de redes de distribución a pesar de ser teóricamente posible.

68. Para efectos de la conducta imputada, el mercado relevante desde una perspectiva geográfica comprende toda la zona de concesión en la que opera Metrogas.

69. La FNE señala que en el caso del GN, un posible cálculo de concentración no serían relevantes dado que es un mercado regulado en el cual, si bien no existe una prohibición de instalación de redes rivales de GN en una misma comuna, esta práctica es poco frecuente, e incluso en los casos en que existen 2 empresas de GN en una misma comuna, no hay garantía de que ellas van a competir entre ellas, *ya que para que una empresa pueda ejercer presión sobre la otra, esta debería estar suficientemente cerca como para expandir su propia red hasta la red del rival*⁴⁵.

70. Esta definición es coherente con definiciones de mercado relevante geográfico que han sido adoptadas por la Comisión Europea en materia de distribución de gas y electricidad: en los casos en que exista una red de distribución local, cada una de ellas debe ser considerada como un mercado separado y el ámbito geográfico debe ser local y limitado a la red de distribución correspondiente. El operador de red es monopolista de la misma, ya que las redes de distribución no pueden ser económicamente replicadas⁴⁶.

71. Por lo anterior, podemos concluir que el mercado relevante que debe ser considerado para efectos del caso es el mercado de distribución de GN en cada una de las zonas concesionadas.

72. Metrogas tiene una posición dominante en aquellas zonas geográficas donde cuenta con redes de distribución, esto afecta directamente en la entrada de otros competidores a estos sectores

⁴⁵ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 162, página 75.

⁴⁶ Comisión Europea, caso *COMP/M.9952 – PNK Orlen/PGNiG*, decisión del 25 de marzo de 2021, página 7. Una decisión similar también se encuentra en el caso *COMP/M.8870 E. ON/Innogy*.

y más aun, evitaría tajantemente que los consumidores puedan optar a precios que no sean abusivos como los de Metrogas.

D. BARRERAS A LA ENTRADA

73. Por último, podemos identificar tres tipos de barreras a la entrada que dificultan la entrada de competidoras al mercado de distribución de GN en cada una de las zonas concesionadas.

74. En las barreras a la entrada naturales, entendidas como las propias características de los procesos de producción y distribución que determinan que sea más eficiente que haya pocas empresas a que haya muchas⁴⁷, nos encontramos con economías de escala: es costoso construir gasoductos en zonas ya concesionadas y no existen incentivos suficientes para empresas entrantes.

75. Las inversiones en redes de distribución son significativas lo que hace que la infraestructura sea prácticamente irreplicable.

76. Del mismo modo, nos encontramos con una barrera relativamente similar en el acceso a los gasoductos, que operan como insumo esencial para la distribución del GN, que tienen un carácter privado, pese a la existencia de un principio de acceso abierto no respetado en la práctica, que también opera como una barrera de entrada natural.

77. Por otro lado, nos encontramos con una serie de barreras a la entrada legales, como las 2 principales regulaciones: las concesiones de distribución y la ley que establece el límite máximo de rentabilidad (cuyo traspaso significa la aplicación de un sistema de tarificación). Además, el hecho que Metrogas se haya acogido al artículo transitorio descrito en la primera sección de esta demanda consiste en un beneficio exclusivo para las demandadas, disminuyendo la posibilidad de desafiar la posición del grupo en el mercado.

78. Finalmente, es necesario destacar que la integración vertical no necesariamente establece una exclusión a competidores de Metrogas en el acceso al GN, dado que pueden adquirir el producto a través del ya mencionado mercado secundario. Sin embargo, como constata la FNE, se genera un efecto de “cuello de botella” para actores no integrados en los terminales de Quintero o Mejillones, donde estos actores solo compran volúmenes marginales respecto al total transado en el país⁴⁸, de modo que podría configurarse como una barrera a la entrada artificial que incrementa

⁴⁷ Coloma, G, 2007. *Defensa de la Competencia* (Capítulo II. Conceptos Analíticos Fundamentales), página 63.

⁴⁸ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 357-358, páginas 158-159.

los costos de entrada de posibles entrantes (entendido como una capacidad instalada de producción o distribución⁴⁹).

V.CONDUCTAS IMPUTADAS

La posición dominante de las demandadas

79. Conforme a todo lo señalado en el apartado anterior sobre mercado relevante, la distribución de GN es un servicio público con características de monopolio natural.

80. Metrogas es la propietaria de las redes (ductos, cañerías, y otras instalaciones)⁵⁰, por las que se distribuye el GN a los consumidores de las zonas en las que tiene concesión.

81. Por ello, **Metrogas actúa como un monopolio natural en la distribución y comercialización de gas natural en sus zonas de concesión**, ya que en esas comunas: (i) no existe una empresa competidora; y/o, (ii) a los consumidores les resulta muy difícil o imposible reemplazar el suministro de gas natural con algún sustituto.

82. Pese a que no exista una prohibición para establecer una concesión de red de distribución de GN en una zona ya establecida para otra empresa (no hay, en ese sentido “exclusividad”), en los hechos existe una rápida respuesta por parte de las empresas que ya tienen una concesión cerca de una ciudad que se le fue adjudicada a una competidora, principalmente porque ya contaba con las instalaciones para realizar esa expansión: solo le basta establecer una nueva solicitud⁵¹.

83. En este contexto, el poder de mercado de Metrogas queda de manifiesto por la existencia de regulación sectorial en el mercado relevante en que participa.

84. En efecto, la existencia de regulación cuyo propósito es evitar posibles abusos de los agentes que participan en mercados con características de monopolio natural, como el de distribución de GN, da cuenta que estos agentes detentan una participación dominante o derechamente monopólica, que precisamente hacen necesaria la intervención regulatoria, pues de lo contrario los consumidores quedarían desprotegidos y a la voluntad del distribuidor, debido a la falta de proveedores y de sustitutos.

⁴⁹ Coloma, G, 2007. *Defensa de la Competencia*, página 65.

⁵⁰ Lo que es común en todas las estructuras de propiedad sobre las redes de distribución: no existe otro dueño de la red de distribución que no sea la propia empresa distribuidora de GN, a diferencia de lo que ocurre con el proceso de transporte. FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 390, página 170.

⁵¹ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 397, página 172.

85. Las demandadas, mediante una maquinación fraudulenta, lograron burlar la regulación sectorial, pudieron acogerse a un artículo transitorio cuyo objeto era entregar certeza jurídica a contratos ya establecidos, pero provocando una situación que en los hechos generó el aumento artificial de los costos de Metrogas y el desvío de la rentabilidad a una entidad no regulada (Agesa).

El abuso de posición dominante: el ilícito explotativo de precios excesivos

86. Como se indicó, Metrogas realizó una operación con el fin de burlar manifiestamente la restricción al límite de rentabilidad de la Ley N°20.999.

87. En efecto, en pleno proceso de discusión parlamentaria de la referida ley, Metrogas se dividió en dos, creando la sociedad Agesa, y acto seguido se integró verticalmente con ella (la introdujo en la cadena del gas como “intermediaria”), con quien celebró un nuevo contrato de compraventa de gas, para recomprarle el mismo gas que hasta la fecha Metrogas compraba directamente a su proveedor a un precio artificialmente abultado.

88. Mediante este manifiesto fraude a la ley, Agesa empezó a quedarse con parte de las utilidades del negocio del gas natural de Metrogas, las que permanecieron fuera del control del regulador⁵².

89. Así, Metrogas se acogió al mecanismo excepcional del artículo 12° transitorio, y a partir de entonces sus costos y sus precios, en lugar de bajar como era el propósito de la ley, artificialmente subieron de manera sostenida, en directo perjuicio de los consumidores.

90. El Estudio de la FNE refleja lo anterior claramente, al decir que “*el efecto del referido contrato [el nuevo contrato de compra de gas entre Agesa y Metrogas] fue justamente elevar los costos de Metrogas⁵³*”, a diferencia de lo que ocurrió con empresas similares a ella.

91. Gracias a la maniobra fraudulenta con la que las demandadas subieron artificialmente los precios sobre los costos de proveer el producto, Agesa y Metrogas cobraron precios abusivos a los consumidores.

92. Lo anterior constituye un abuso de posición dominante en los términos del DL 211, ya que Metrogas y Agesa, a través de este fraude a la ley y la posición de monopolista o cuasi monopolista que detentan en el mercado de distribución de gas a consumidores, ha obtenido rentas monopólicas, subiendo artificialmente los costos a los consumidores a quienes explotaron en forma abusiva.

⁵² FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 433, página 184.

⁵³ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 436, página 184.

93. En efecto, el precio pagado por los consumidores excede entre 12,7% y un 20,2% el precio a cobrar sin el fraude, por lo que el precio pagado por los clientes de Metrogas carece totalmente de justificación económica, se trata de un precio *excesivo* establecido además con un manifiesto fraude a la ley, lo que constituye un abuso de posición dominante en su modalidad explotativa, condenado por los incisos primero y segundo letra b) del artículo 3º DL 211.

94. Este abuso explotativo es reconocido por el derecho nacional, cuya formulación típica sigue la definición del ilícito en el derecho de la competencia de la Unión Europea^{54 55}.

95. Específicamente, este H. Tribunal ha reconocido que la ley sobre defensa de la libre competencia contempla la práctica de precios excesivos como una infracción autónoma. En la Sentencia N°140/2014, resolvió:

“Que desde el punto de vista positivo, el abuso de dominancia consistente en la imposición directa o indirecta de precios excesivos es plenamente aceptada por el D.L. N° 211, tanto en el inciso primero de su artículo 3º, que protege de manera genérica a los consumidores de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a ello; como también en la letra “b” del inciso segundo de la misma disposición, que se refiere específicamente a la “explotación abusiva” de una posición dominante. En efecto, el sentido natural de la primera expresión hace referencia (aunque no de manera exclusiva) a los posibles efectos explotativos de una conducta de mercado, esto es, al perjuicio directo en los consumidores derivado del ejercicio abusivo de un poder de mercado significativo, sin producir ningún efecto en la estructura de competencia. Entre otras opciones, tales efectos pueden ser efectivamente producidos por la imposición de precios excesivos, a los cuales hace referencia la misma letra al señalar como una forma de abuso la “fijación de precios de compra o de venta”; (...)

Que, en conclusión, los antecedentes legales, dogmáticos y jurisprudenciales demuestran que, al menos desde una perspectiva positiva, las autoridades de competencia, incluidas las nacionales, están facultadas para sancionar una

⁵⁴ A diferencia de la descripción norteamericana que alude a la “monopolización”, que se ha entendido referida únicamente a ilícitos exclusorios.

⁵⁵ El cobro de precios injustificadamente altos por un agente con posición dominante ha sido aceptado en fallos recientes como un ilícito anticompetitivo contemplado y sancionado por nuestra legislación, como lo señala explícitamente la Sentencia No 140 de 4 de noviembre de 2014. En fallos anteriores, el H. Tribunal también estimó que ciertas conductas vinculadas a precios excesivos fueron efectivamente abusivas por ser una manifestación del poder de mercado y, por tanto, se las declaró contrarias a la libre competencia. Así ocurrió, por ejemplo, en las Sentencias N° 73/2008 (considerando 33º), N° 75/2008 (considerando 49º) y N° 85/2009.

*eventual conducta abusiva de imposición de precios excesivos por parte de una firma dominante*⁵⁶.”

96. La doctrina y jurisprudencia reconocen la existencia de razones legítimas por las cuales los precios pueden ser significativamente más altos que los costos⁵⁷. Sin embargo, en este caso, el mayor precio está dado por una burda y abusiva maquinación cometida por un agente con posición dominante en el mercado de distribución de GN.

97. La conducta desplegada por las demandadas ha sido continuada desde julio de 2016, fecha en que se concretó la operación contractual abusiva que permitió evadir las obligaciones regulatorias que imponía a la Ley N°20.999 y continúa hasta hoy.

98. Por lo tanto, la presente demanda imputa a las demandadas una conducta que se reitera a lo largo del tiempo, al ser permanente o de tracto sucesivo, en cada cobro abusivo. Así, el cómputo de la prescripción no puede comenzar hasta que la conducta cesa, tal como lo ha fallado reiteradamente el H. Tribunal.

99. Por ejemplo, en la Sentencia N° 76/2008⁵⁸, el H. Tribunal estableció que la conducta explotativa de discriminación de precios:

“constituye una actividad continuada o de tracto sucesivo, que se verifica o ejecuta desde el establecimiento de los parámetros de cobro cuestionados, cada vez que EFE exige el pago de las tarifas abusivas denunciadas, y que cesa o concluye una vez que éstos dejan de aplicarse o son reestructurados. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la demandada hubiera cesado en la aplicación de los cobros cuestionados” (el subrayado es nuestro).

⁵⁶ H. TDLC, Sentencia No 140/2014, considerandos 5° y 9°.

⁵⁷ Así, por ejemplo, en O’Donoghue y J. Padilla, 2013. The Law and Economics of Article 102 TFEU, Hart Publishing, p.238.

⁵⁸ H. TDLC, Sentencia N°76/2008 de fecha 14 de agosto de 2008, caratulada “*Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE*”. Considerando 9°.

100. En el mismo sentido, se han pronunciado las sentencias N° 57/2007⁵⁹; N° 75/2008⁶⁰; N° 106/2010⁶¹ y N° 109/2011⁶²; entre otras.

101. En consecuencia, dado que las demandadas continúan cobrando precios abusivos a los consumidores, derivados de su maquinación fraudulenta para subir artificialmente sus propios costos y evadir la ley regulación, resulta imperioso que este H. Tribunal declare la obligación de las demandadas de cesar la conducta anticompetitiva.

Efecto anticompetitivo

102. El Estudio de la FNE evaluó si la operación realizada por Metrogas meses antes a la entrada en vigencia de la Ley N°20.999 tuvo el efecto de desviar rentabilidad de la entidad económica sujeta a límites de rentabilidad a una entidad relacionada o integrada que no lo está: un desvío de rentabilidad desde Metrogas hacia Aagesa⁶³, en contra del espíritu de la reforma legal.

103. Precisamente de esa premisa y tras los análisis económicos llevados a cabo por la agencia antimonopolios, la FNE concluye que la operación tuvo un efecto significativo en el mercado, dado que Metrogas es la única empresa distribuidora de GN que no tuvo que ajustar sus márgenes a la baja tras la Ley N° 20.999, y, por el contrario, pudo mantenerlos o aumentarlos⁶⁴.

104. Lo anterior se explica, en primer término, por el aumento artificial de costos de Metrogas desde la operación, principalmente en la adquisición o importación de GN. Según muestra la FNE en sus análisis empíricos que realizó para efectos del Estudio, Metrogas es la única empresa que elevó sus costos de producción una vez que entró en vigencia la Ley N° 20.999⁶⁵, mientras que

⁵⁹ H. TDLC, Sentencia N°57/2007 de fecha 27 de enero de 2011, caratulada “*Demanda de Conservación Patagónica Chile S.A. y Otros contra Endesa S.A. y Otros*”. Considerando 11°.

⁶⁰ H. TDLC, Sentencia N°75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008, caratulada “*Demanda de Atrex y otros contra SCL*”. Considerando 16°.

⁶¹ H. TDLC, Sentencia N°106/2010 de fecha 2 de diciembre de 2010, caratulada “*Requerimiento de la FNE contra Bertonati Vehículos Especiales Ltda. y otros*”. Considerando 17°.

⁶² H. TDLC, Sentencia N°109/2011 de fecha 27 de enero de 2011, caratulada “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros*”. Considerandos 20° y 21°.

⁶³ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 435, página 184.

⁶⁴ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 454, página 192.

⁶⁵ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 436 a 438, página 185. Como referencia, la Figura 45 sobre precios y costos de GN usa de referencia a la “Empresa H”, de quien obtuvieron datos a modo de comparación. Como se ve, su costo promedio de adquisición de GN no varía con la entrada en vigencia de la Ley. Lo que si varía en la Empresa H es el precio promedio ofrecido a los clientes, cuyo “*peak*” se alcanzó previo a la reforma, demostrando que su aplicación efectivamente sirvió para bajar precios.

Agesa mantiene la tendencia post reforma de mantener los costos promedios. Por lo anterior, la FNE concluye que existen utilidades traspasadas hacia Agesa, no observadas por el regulador sectorial, la CNE⁶⁶.

105. Ahora, en cuanto a los efectos en la industria que tuvo este traspaso de costos, la FNE, a través de un modelo de “Diferencia en Diferencias⁶⁷”, constata que:

(i) Metrogas fue capaz de mantener y aumentar sus márgenes dentro del mercado de distribución minorista de GN a los clientes finales⁶⁸;

(ii) el impacto promedio en el margen de Metrogas-Agesa va desde \$32 a \$381 pesos chilenos por m³ de GN aproximadamente, lo que repercutió con mayor cuantía en el sector residencial, luego en el comercial, y en tercer lugar en el industrial⁶⁹; y,

(iii) los ingresos adicionales por Metrogas-Agesa rondan entre los \$61 y \$68 mil millones de pesos chilenos anuales aproximadamente en el total de los tres segmentos analizados⁷⁰.

106. De este modo, la conducta de las demandadas significaría un impacto directo en el precio ofrecido a los sectores estudiados (residencial, comercial e industrial). En el caso de los clientes residenciales, para el año 2020, el esquema le permitió a Metrogas aumentar sus precios entre un 12,7% o un 20,2% (es decir, los clientes residenciales, como mínimo, hubiesen pagado ese porcentaje menos en caso de no haberse aplicado el artículo transitorio, al contrato “inflado” por Agesa⁷¹). Luego, en menor orden, permitió aumentar sus precios entre un 5,6% y un 12% para el sector comercial, y entre un 11,2% y un 17% en el sector industrial⁷².

107. El análisis de estos datos muestra que la conducta anticompetitiva del tipo explotativa desplegada por las demandadas tiene un efecto grave en el mercado, perjudicando directamente a los consumidores finales de GN.

⁶⁶ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 439, página 185.

⁶⁷ Su metodología, basada en las diferencias entre un grupo de control y un grupo de tratamiento, se encuentra detalladamente explicada en: FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 441-444, páginas 186-188.

⁶⁸ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 448, página 189.

⁶⁹ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 449, página 190.

⁷⁰ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 451, página 191.

⁷¹ FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 454, página 192.

⁷² FNE, 2019. *Estudio del Mercado del Gas*, párrafo 151, página 191.

Justificación de la sanción de disolución que se pide respecto de Agesa

108. Conforme ha quedado demostrado, la demandada Agesa es una sociedad instrumental que carece de un propósito de negocio lícito, cuya creación -a partir de la división de Metrogas- tuvo por claro objeto hacer posible la maniobra defraudatoria de la ley, consistente en el aumento artificial de costos de Metrogas y el desvío de rentabilidad.

109. Desde su creación en 2016, Agesa se ha dedicado de manera principal y preferente a comprar para Metrogas el mismo gas natural que con anterioridad ésta compraba directamente, pero cobrando un sobreprecio o comisión que no obedece a una verdadera justificación de negocios. De hecho, **los principales riesgos económicos del aprovisionamiento del cual se encarga Agesa jamás salieron de la esfera de Metrogas**, y siguen radicados en esta última empresa, la que se constituyó y se mantiene como fiadora de las principales obligaciones de Agesa bajo el contrato de compra de gas (el GSA).

110. Agesa tampoco tiene una cartera de clientes o de negocios de aprovisionamiento, distintos de su relacionada Metrogas, que justifique su existencia. De acuerdo a las informaciones publicadas por la controladora de ambas empresas, la sociedad CGE Gas Natural, al cierre de 2021, las ventas físicas de la subsidiaria Metrogas totalizaron 937 millones de m³ (que corresponde a gas natural que adquirió de Agesa) mientras que las ventas realizadas por Agesa a compañías distintas Metrogas, alcanzaron apenas a 30 millones de m³. Ello significa que el negocio de aprovisionamiento de Agesa en 2021 para clientes distintos de Metrogas no alcanzó al 4% del total de sus ventas.⁷³

111. El artículo 26 del DL 211 contempla explícitamente la disolución de la persona jurídica como sanción:

En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior (...).

⁷³ CGE, 2021. Memoria Anual 2021. Disponible en <<https://www.cgegasnatural.cl/wp-content/uploads/2017/03/CGE-GasNatural2021-v20.pdf>> [última consulta: 27.04.2022]

112. En este caso, la operación llevada a cabo por Metrogas de crear Agesa, una empresa cuyo único objetivo ha sido subir artificialmente los costos y obtener mayor rentabilidad en perjuicio de los consumidores, deja de manifiesto la vulneración de la normativa de libre competencia, siendo la disolución una sanción proporcional a la gravedad de la infracción acusada en esta presentación.

113. En este sentido se han pronunciado el H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema en el Caso Pollos, en donde fue ordenada la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G (APA).

114. En efecto, el H. Tribunal consideró que el comportamiento desplegado por la asociación gremial no era el esperable para una institución de esa naturaleza “*que está llamada a apoyar el progreso de su sector y no a limitar la competencia en el mismo*”⁷⁴.

115. Luego indica que considerando la gravedad de las conductas desarrolladas por la APA y habiendo estas sido acreditadas “*este Tribunal estima que la sanción idónea es ordenar la disolución de dicha persona jurídica*”⁷⁵.

116. Cabe agregar que en el caso de Agesa la situación es aún más reprochable, porque en el caso de la APA se acreditó que la asociación sí cumplía funciones gremiales legítimas, pero esta defensa no fue suficiente por la gravedad de las conductas. En cambio Agesa no tiene un propósito distinto de afectar la libre competencia y perjudicar a los consumidores mediante un alza artificial de los costos.

117. La Excma. Corte Suprema confirmó la sanción de disolución impuesta por el H. Tribunal basada en la gravedad de la conducta, pero adicionalmente estimó que la asociación gremial influyó con sus conductas en los efectos anticompetitivos en el mercado (aumento del precio de la carne de pollo) por lo que, además de la disolución, impuso una multa de dos mil U.T.A.⁷⁶

118. En este caso es claro el fin instrumental de Agesa en la operación anticompetitiva desplegada por Metrogas, que se ha materializado en cobros indebidos a los consumidores, por lo que su disolución es imperativa.

Justificación de la multa solicitada

⁷⁴ H. TDLC, Sentencia N° 139/2014 del 25 de septiembre de 2014, considerando 359°.

⁷⁵ H. TDLC, Sentencia N° 139/2014 del 25 de septiembre de 2014, considerando 360°.

⁷⁶ E. Corte Suprema, Sentencia del 29 de octubre de 2015, Rol N°27.181-2014.

119. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 letra c) del Decreto Ley 221, las multas solicitadas deben evaluarse considerando los siguientes factores: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta denunciada y la capacidad económica del infractor.

120. La mayor rentabilidad obtenida en manifiesto fraude a la ley en perjuicio de los consumidores, les ha traído a las demandadas gigantescos beneficios económicos, según da cuenta el Estudio preparado por la FNE, con rentabilidades significativamente superiores a otras empresas del rubro.

121. Además, las conductas anticompetitivas desplegadas por la demandada son particularmente graves, si se considera que se trata de infracciones flagrantes a la libre competencia y en manifiesto fraude a la ley, perjudicando directamente a los consumidores quienes han tenido que pagar sobreprecios excesivos y sin justificación económica.

122. Asimismo, cabe destacar que los consumidores han tenido que pagar sobreprecios excesivos y sin justificación económica, sobre un bien esencial, de primera necesidad y sin sustitutos, lo que reviste de especial gravedad la conducta desplegada por las demandadas.

123. Por lo mismo, solicitamos la multa que se aplique cumpla con el efecto disuasivo inherente al ejercicio de la potestad sancionadora estatal y que vino a ser expresamente reconocida en la última modificación introducida al artículo 26 del Decreto Ley 211.

124. Por último, la capacidad económica del infractor es la de una empresa y grupo empresarial que ha obtenido utilidades multimillonarias en los últimos 5 años, cuyo solo EBIDTA anual excede los 100.000 millones de pesos. Esta circunstancia debe considerarse en la cuantía de la multa que se imponga a las infractoras.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 3º, 20, 22, 26, 29 y demás pertinentes del DL 211,

AL HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: tener por interpuesta la demanda en contra de **Metrogas S.A. y Aproveionadora Global de Energía S.A** por infracción al DL 211, acogerla a tramitación, ponerla en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica de conformidad al artículo 20 del DL 211, acogerla y en consecuencia:

1. Declarar que Metrogas S.A. y Aproveionadora Global de Energía S.A. han infringido el artículo 3º inciso 1º y letra b) del DL 211 al incurrir, mediante las maniobras denunciadas,

en explotación abusiva de la posición dominante que detenta la primera, contando con la directa cooperación de la segunda.

2. Ordenar el cese inmediato de la conducta anticompetitiva que se demanda en esta presentación.
3. Disolver a Aprovevisionadora Global de Energía S.A.
4. Imponer a las demandadas una multa equivalente al 30% de las ventas de las infractoras; o el doble del beneficio económico obtenido, o aquella otra suma que el H. Tribunal estime procedente de acuerdo con el mérito del proceso; y
5. Todo lo anterior, con expresa condena en costas.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal se sirva tener por acompañada, con citación, copia de las siguientes escrituras públicas en que consta nuestro mandato judicial para representar a los Consumidores Afectados, así como su calidad de clientes de Metrogas:

1. Mandato de fecha 11 de mayo de 2022, otorgado por la Notaría de don Roberto Antonio Cifuentes Allel, para representar a don José Vagas Niello.
2. Mandato de fecha 11 de mayo de 2022, otorgado por la Notaría de don Roberto Antonio Cifuentes Allel, para representar a don Hugo Jankelevich Worstman.
3. Mandato de fecha 17 de mayo de 2022, otorgado por la Notaría de don Roberto Antonio Cifuentes Allel, para representar a doña Marcela Romo Marty.
4. Mandato de fecha 13 de mayo de 2022, otorgado por la Notaría de don Roberto Antonio Cifuentes Allel, para representar a don Jorge Cisternas Zañartu.
5. Mandato de fecha 19 de mayo de 2022, otorgado por la Notaría de don Roberto Antonio Cifuentes Allel, para representar a doña María Eliana Díaz Simpson.
6. Mandato de fecha 25 de mayo de 2022, otorgado por la Notaría de don Roberto Antonio Cifuentes Allel, para representar a doña Erna Chávez Vargas.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlos por acompañado, con citación

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos al H. Tribunal tener por acompañado, con citación, los siguientes documentos:

1. Estudio de Mercado del Gas (EM06-2020) de la División de Estudios de Mercado de la FNE, de diciembre de 2021. [link: [1.-Informe_Final_publicado.pdf \(fne.gob.cl\)](#)]
2. Anexos del Estudio de Mercado del Gas (EM06-2020), también de la FNE. [link: [2.-Anexos_Informe_Final_publicado.pdf \(fne.gob.cl\)](#)]

Sírvase H. Tribunal: tenerlos por acompañados, con citación.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos al H. Tribunal tener presente que, en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumiremos personalmente el patrocinio y poder en estos autos, pudiendo actuar indistintamente de manera separada o conjunta en estos autos.

Sírvase H. Tribunal: tenerlo presente.

CUARTO OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal se sirva tener presente las siguientes direcciones de correo electrónico para efectos de notificaciones que se realicen por esa vía: jorrego@jafabogados.cl; rtoro@jafabogados.cl; mt@mauriciotapia.cl; arioseco@gonzalezrioseco.cl.

Sírvase H. Tribunal: tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal designar como ministros de fe, a los receptores judiciales a fin que cualquiera de ellos proceda a efectuar las notificaciones que corresponda practicar en este proceso a través de un ministro de fe:

1. Christian Rodrigo Muñoz Palma, cédula nacional de identidad N° 12.810.135- 7, domiciliado en Agustinas 1357, oficina 71, comuna de Santiago.
2. Cristina Castro Vázquez, cédula nacional de identidad N° 5.784.405-1, domiciliada en Compañía 1390, oficina 1410, comuna de Santiago.

Sírvase H. Tribunal: tenerlo presente.