

ANT.:

Denuncia por posible
abuso de posición de
dominio en el mercado
del GLP. Rol N°2483-
18 FNE

MAT.:

Informe de archivo.

Santiago, 01 OCT 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía, recomiendo a usted el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

RESUMEN EJECUTIVO

Se recibió denuncia en contra de las empresas que se dedican a la distribución y comercialización de gas licuado de petróleo ("GLP") en la Región Metropolitana, por eventual abuso de posición de dominio mediante el cobro de precios excesivos en la venta del GLP a granel, lo que sería posible debido a la supuesta cautividad en la que se encontrarían los clientes.

De los antecedentes recabados durante la investigación y de su posterior análisis efectuado por esta División, no fue posible identificar conductas que pudiesen constituir prácticas contrarias a la libre competencia conforme a lo establecido por el Decreto Ley N° 211 de 1973 ("DL 211").

En particular, se pudo observar que los clientes cuentan con alternativas para cambiarse a otros proveedores, de modo que no se satisfacen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que se configure el ilícito de precios excesivos como manifestación de un abuso de posición dominante explotativo.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha detectado que la normativa que regula los reportes que las empresas distribuidoras deben presentar a la Comisión Nacional de Energía ("CNE"), relacionados con las solicitudes de cambio de proveedor efectuadas por los clientes, es perfectible siendo recomendable, con el objeto de mejorar la información

disponible para fiscalizar, incorporar la obligación de que las empresas informen de manera detallada los motivos por los que rechazan las solicitudes de cambio de los clientes.

Adicionalmente, se estima necesario el desarrollo de campañas informativas por parte de la autoridad sectorial, dirigidas a clientes residenciales de GLP en estanques, sobre las modificaciones introducidas por la ley N° 20.999 y su reglamento, a fin de que éstos puedan ejercer su derecho a cambiarse de empresa de estímarlo beneficioso, lo cual puede mejorar la competencia en este mercado.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 20 de octubre de 2017, ingresó a la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") una denuncia en contra de Gasco, y en general, respecto de las empresas que se dedican en la Región Metropolitana a la distribución y comercialización de GLP en modalidad a granel para estanques residenciales, por eventual abuso de posición de dominio mediante la imposición de precios excesivos.
2. Indica el denunciante que la empresa de gas comercializaría el kilo de GLP a granel para estanques, en comparación a lo que cobra por el cilindro de 45 kilos, a un precio entre un 47% y un 67% mayor. Alega que esta diferencia de precio no tiene justificación, y que se debe únicamente al hecho de que su domicilio sólo puede ser abastecido por la empresa que le ha entregado el estanque de GLP, siendo, por lo tanto, un cliente cautivo. Adicionalmente, señala que tampoco tiene la posibilidad de adaptar su instalación de gas para poder utilizar, alternativamente y conforme estime conveniente, GLP de cilindro o de estanque.
3. El día 7 de diciembre del mismo año se comunicó al denunciante la decisión de no acoger a investigación los hechos acusados, atendido a que no se verificarían los requisitos que ha ido asentando la jurisprudencia para acreditar la existencia de un abuso de posición dominante explotativo. Adicionalmente, se le indicó que se había verificado un cambio normativo reciente que se encontraba en proceso de implementación, que establecía deberes y plazos para facilitar a los clientes finales el cambio de empresa distribuidora de gas, sea esta de GLP o de gas natural.
4. Finalmente, el 19 de diciembre de 2017 el denunciante solicitó reconsideración a esta Fiscalía de su decisión de no investigar, ya que, a su juicio, la posibilidad de cambiarse

de empresa no sería suficiente, toda vez que las demás empresas distribuidoras también tendrían precios más altos en el GLP a granel respecto al envasado.

5. Acogiendo esta solicitud de reconsideración, esta División efectuó diligencias dentro del plazo de admisibilidad establecido en el artículo 41 del DL 211, las cuales arrojaron indicios de diferencias efectivas de precios entre el GLP a granel para uso residencial y el GLP envasado en cilindros, por lo que fue necesario profundizar en las particularidades de este mercado a fin de corroborar o descartar la existencia de un abuso de posición dominante explotativo, abriéndose investigación a través de resolución de fecha 31 de mayo de 2018.

II. LA INDUSTRIA

6. El GLP es una mezcla de hidrocarburos formada principalmente por propano y butano provenientes tanto de la refinación del petróleo como del procesamiento del gas natural. Debido a que puede ser licuado a baja presión, es factible su almacenamiento y transporte en distintos tipos de contenedores –como cilindros y estanques– haciendo que su distribución no dependa de redes de transmisión o de gasoductos¹. En cuanto a sus usos, el GLP tiene presencia en los segmentos residencial, comercial, industrial y vehicular.
7. La industria del GLP observa un importante grado de integración vertical entre los segmentos de importación², almacenamiento, transporte, distribución y comercialización. Las principales empresas distribuidoras y comercializadoras de GLP en Chile, Lipigas, Gasco y Abastible, cuentan con participaciones de propiedad en terminales marítimos de importación, infraestructura que posee, a su vez, capacidad de almacenamiento.
8. En cuanto a la distribución y comercialización de GLP, Lipigas, Abastible y Gasco poseen plantas de almacenamiento y envasado a lo largo del país, así como también oficinas de venta y distribución³, con las cuales atienden tanto a clientes residenciales

¹ Con respecto al transporte de GLP a través de gasoductos, Abastible es la única distribuidora que cuenta con participación propietaria en Sonacol, empresa propietaria de gasoductos dedicados exclusivamente al transporte de GLP.

² En Chile el único productor de GLP es ENAP con una participación del orden del 18%, mientras que el restante 82% es abastecido mediante importaciones, de acuerdo a información que consta en la Resolución N°51 del TDLC, de fecha 17 de enero de 2018, párrafo 19.1.

³ Lipigas y Abastible cuentan con presencia geográfica entre las regiones de Arica y Parinacota y la de Aysén, por su parte Gasco está presente entre las regiones de Tarapacá y Aysén.

como a clientes comerciales e industriales. Para el año 2018 las participaciones de mercado, a nivel nacional, eran de 36,5%⁴, 37,8% y 25,7%⁵ respectivamente⁶.

9. El GLP es distribuido y comercializado a través de: (i) redes, concesionadas o no concesionadas; (ii) envasado en cilindros; y (iii) a granel. En este último se distinguen, a su vez, dos modalidades de comercialización:
 - En estanque: comprende la instalación de un estanque individual de almacenamiento de gas en el domicilio particular o comercial del cliente, quien paga el gas al momento del llenado. Bajo esta modalidad el proveedor contrata en forma directa con el titular de la unidad habitacional.
 - Suministro en medidor: consiste en el abastecimiento de una serie de clientes a través de una pequeña red local, con origen en un estanque o en una central de GLP (conjunto de estanques) que el distribuidor llena en forma periódica. En esta modalidad el gas es cobrado conforme al nivel de consumo de cada cliente, lo que es registrado en forma mensual por un medidor en el acceso a la red interior de cada unidad. La relación contractual del proveedor de GLP se da con la empresa propietaria del proyecto inmobiliario, o bien, con la comunidad⁷.
10. Según estadísticas de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ("SEC")⁸, las ventas totales de GLP fuera de redes -esto es, envasado y a granel- para el año 2017 fueron de 1.261 millones de toneladas, de las cuales el 65,6% correspondió a gas envasado y el 34,4% a granel. Por su parte, del gas a granel, el 25,8% correspondió a consumo residencial⁹.

⁴ Empresas Lipigas, Memoria Anual 2018. Disponible en: https://www.lipigas.com/wp-content/uploads/2019/04/Memoria-Lipigas_abril-2018-1.pdf [Última visita con fecha 30 de julio de 2019].

⁵ Gasco, Memoria Anual 2018. Disponible en: http://www.empresasgasco.com/wp-content/uploads/2019/03/Memoria_Empresas_Gasco_S.A_2018.pdf [Última visita con fecha 30 de julio de 2019].

⁶ Lo indicado es sin perjuicio de que existen otras distribuidoras de GLP con presencia regional, pero de las cuales no se tiene información de participación de mercado, como por ejemplo Gas HN, ubicada en la Región del Maule y que vende únicamente GLP en cilindros, y Uligas ubicada en las ciudades de Arica e Iquique. Para mayor información ver: <https://www.gashn.cl/> y <http://uligas.cl/empresa/> respectivamente. [Última visita con fecha 30 de julio de 2019].

⁷ De acuerdo a lo señalado en la resolución de término N°127 del TDLC de fecha 5 de septiembre de 2014, párrafo 58.

⁸ Informe Estadístico 2017. Disponible en: http://www.sec.cl/portal/page?_pageid=33,3429539&_dad=portal&_schema=PORTAL [Última visita con fecha 30 de julio de 2019].

⁹ No se cuentan con estadísticas separadas de cuanto representa el consumo de GLP residencial en estanques individuales y cuanto al consumo a través de medidor. De acuerdo a lo señalado por

III. REGULACIÓN VIGENTE EN LA INDUSTRIA DEL GLP A GRANEL

11. La distribución y comercialización de GLP se puede efectuar a través de redes, sean o no concesionadas¹⁰, o, de interés en nuestro caso, mediante la venta de cilindros, o a granel a través de estanques.
12. La venta de GLP a granel a través de estanques no se encuentra sujeta a regulación de precios conforme al artículo 30 del Decreto con Fuerza de Ley N° 323, por lo que éste se determina por la libre voluntad de las partes. Sin embargo, su comercialización se encuentra sujeta a normas de orden público en dos aspectos:
 - El derecho de los clientes de cambiarse de empresa distribuidora, lo que ha sido introducido por la Ley N° 20.999¹¹ y la Resolución Exenta N° 321 de la CNE ("Reglamento").
 - La seguridad en el uso y suministro del servicio, lo que se encuentra regulado por los Decretos N°66/2007 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y N°108/2013 del Ministerio de Energía, con sus respectivas normas técnicas.
13. En relación al derecho que tienen los clientes de cambiarse de empresa distribuidora, la Ley N° 20.999 introdujo una limitación a la duración de las cláusulas de exclusividad o permanencia mínima, distinguiendo tres situaciones: (i) la regla general es que dichas cláusulas no pueden exceder de dos años contados desde el inicio del suministro, esto es, desde la primera lectura del medidor, o, si no existe medidor, desde el inicio del suministro físico; (ii) en caso que el cambio de empresa distribuidora implique la sustitución y adaptación de instalaciones existentes del cliente debido a especificaciones del suministro, estas cláusulas no podrán exceder de cinco años; y (iii) si se trata de nuevos proyectos inmobiliarios, el plazo máximo de las cláusulas será de cinco años contados desde la recepción definitiva de las obras por parte de la Dirección de Obras Municipales respectiva.

la FNE en su solicitud de recomendación normativa al H. TDLC con fecha tres de diciembre de 2013, al año 2012, el 18% de los clientes correspondía a estanques en el sector residencial.

¹⁰ Ésta permite a su titular establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas de red, imponiéndole una serie de obligaciones relativas a la provisión del servicio, régimen tarifario, etc. Dicha regulación se encuentra en el Título II de la ley de servicios de gas.

¹¹ Las normas relativas al derecho de los clientes de cambiarse de empresa proveedora, los límites a la exclusividad en el suministro de GLP y el procedimiento de cambio contenidas en esta ley fueron introducidas como modificaciones a la LGS.

14. Asimismo, la ley citada y su reglamento establecieron un procedimiento con etapas y plazos obligatorios, conforme al cual los clientes pueden solicitar el cambio de empresa proveedora de gas¹², el que, además, impone una serie de deberes a estas últimas. Destaca en este punto la obligación que tiene la empresa preexistente¹³ de transferir las instalaciones que se encuentren en la propiedad de su cliente, si así es requerido por la empresa entrante¹⁴. Esta transferencia se hará a un precio fijado de mutuo acuerdo, y en subsidio, a un valor que determinará la CNE cada cuatro años a través de un informe regulado en el artículo 29 quáter LGS¹⁵. En caso de que la nueva empresa decidiera no adquirir las instalaciones de la preexistente, esta última deberá desconectarlas y retirarlas conforme a los plazos establecidos en el Reglamento.
15. Cabe indicar que la Ley N° 20.999 y el Reglamento regulan el cambio de una empresa distribuidora a otra, tanto cuando se trata del suministro de GLP en red concesionada y no concesionada, como también cuando se suministra a granel a través de estanque. Sin embargo, no está regulado el cambio de empresa y/o infraestructura para dejar de abastecerse a través de estanque y reemplazarlo por casetas para suministro mediante cilindros o viceversa.
16. En relación a la seguridad en el suministro y en el uso del servicio de gas a granel a través de estanques y cilindros, los principales instrumentos normativos que regulan estas materias son el Decreto N° 66 de 2007 de "instalaciones interiores y medidores de gas" ("Dto. 66") y el Decreto N° 108 de 2013 de "seguridad para las instalaciones

¹² Conforme al Reglamento se debe presentar una solicitud de cambio ante la empresa entrante, la que tiene un plazo de 5 días para remitir las copias a la empresa preexistente. Notificada esta última, tendrá un plazo de 5 días para entregar a la empresa entrante una serie de informaciones, y a su vez la entrante deberá aprobar en un plazo de 10 días, haya recibido la información o no, la solicitud de cambio. En un plazo de 5 días desde la aceptación de la solicitud de cambio las empresas y el solicitante deberán acordar un cronograma para la ejecución del cambio de empresa. Formalizado esto último, se notificará a la empresa preexistente y al solicitante, teniendo a partir de esto un plazo de 20 días para la ejecución material del cambio de empresa.

¹³ De acuerdo al Reglamento, empresa preexistente u original es aquella empresa distribuidora que presta el servicio de gas al momento de la suscripción por el cliente o consumidor de la solicitud de cambio de empresa distribuidora.

¹⁴ De acuerdo al Reglamento, empresa entrante o nueva es aquella empresa distribuidora respecto a la que el cliente o consumidor manifiesta su voluntad de cambiar para que ésta le provea el servicio de gas.

¹⁵ Las normas para elaborar y aplicar el Informe de Valorización se encuentran establecidas en la Resolución Exenta N°688 de la CNE, de fecha 29 de noviembre de 2017, y el Informe Final de Valorización de Instalaciones de Gas a que hace referencia el artículo 29 quáter de la LGS consta en la Resolución Exenta N° 428 de la CNE, de fecha 13 de junio de 2018.

de almacenamiento, transporte y distribución de gas licuado de petróleo y operaciones asociadas" ("Dto. 108"). En particular, este último reglamento establece en su artículo 12 una regla general de responsabilidad, imputando a propietarios y operadores la obligación de dar cumplimiento a sus disposiciones, específicamente en lo que guarda relación con el diseño, construcción, modificación y término de operaciones en instalaciones de GLP, entre las que se encuentran aquellas destinadas a ser dispuestas para abastecer uno o más domicilios a través de estanques, o casetas para el suministro mediante cilindros.

17. El transporte de gas a granel a través de estanques debe cumplir con una serie de exigencias establecidas en el Dto. 108, entre las que se encuentran: (i) la obligación de que un instalador de gas revise e inscriba el vehículo en un registro de la SEC; (ii) contar con un vehículo con dispositivos de emergencia como sistemas de cierre remotos y de cortacorriente; (iii) efectuar inspecciones periódicas a los tanques por organismos autorizados por la SEC; (iv) contar con un procedimiento y un empleado designado específicamente para la tarea de recepción y descarga del combustible a transportar; y (v) cumplir, en general, con la norma técnica extranjera NFPA 58-2004, *Liquefied Petroleum Gas Code*, de los Estados Unidos de América en todo proceso de operación, mantenimiento e inspección del vehículo.
18. Por otra parte, las exigencias para el transporte de cilindros de gas consisten en que: (i) debe efectuarse a través de vehículos inscritos en la SEC; y (ii) debe tener una plataforma apta para resistir la carga, tener amarras y estar enrejada. Dichas obligaciones son revisadas por el propio operador de la instalación de distribución.
19. En cuanto al diseño y fabricación de los estanques, el mismo reglamento establece que sus soportes, conexiones y anclajes deben resistir efectos sísmicos, vientos, inundaciones y condiciones operacionales como presiones máximas de operación, temperatura de almacenamiento y riesgo de vacío interior¹⁶. Los cilindros, en cambio, si son de acero deben ser fabricados conforme a la Norma Chilena 78 of. 1999, y si están hechos de plástico, deben ser certificados conforme al D.S. N° 298 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción¹⁷.

¹⁶ En el caso de los tanques de almacenamiento a presión fijos, deben seguir la norma técnica internacional *ASME Boiler and Pressure Vessel Code – 2010* ("ASME 2010"), y en el caso de aquellos de almacenamiento refrigerados fijos y de almacenamiento móviles, deben ser diseñados y fabricados conforme a la NFPA 58-2004.

¹⁷ Otras diferencias se encuentran, por ejemplo, en lo que guarda relación con la inspección y mantenimiento de las instalaciones de GLP, el reglamento nuevamente establece una distinción

20. Finalmente, en lo que guarda relación con la posibilidad de que una infraestructura pueda abastecerse de forma alternativa con GLP a granel y envasado a discreción del cliente, la SEC indicó a esta Fiscalía¹⁸ que si bien no existe una norma expresa que prohíba esta situación, los requerimientos técnicos de las instalaciones y las diferentes presiones que tienen cada uno de estos formatos impiden que un usuario pueda emplear ambas fuentes de suministro. En definitiva, entonces, la autoridad técnica sectorial ha señalado que existe una imposibilidad fundada en incompatibilidad técnica y de seguridad, para un abastecimiento alternativo entre GLP a granel y envasado a discreción del cliente, impidiéndole así arbitrar sus fuentes de abastecimiento, como ha planteado el denunciante.

IV. MERCADO RELEVANTE

21. Para determinar si la conducta imputada constituye o no un abuso de posición de dominio explotativo, corresponde identificar el mercado en el cual ésta incide. La FNE entiende por mercado relevante el de *"un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende (...) conforman un mismo mercado relevante el producto o grupo de productos que sus consumidores consideren sustitutos suficientemente próximos"*¹⁹.
22. Tal como lo ha indicado anteriormente esta Fiscalía, el mercado relevante del producto corresponde al de GLP de uso residencial, comercializado a granel, tanto en estanques que alimentan una sola red interior, como respecto de aquellos que alimentan redes y mini redes²⁰. Por su parte, el GLP en formato envasado no sería parte del mismo mercado, dado que, de acuerdo a los antecedentes recabados de las empresas que participan en este mercado y de la revisión a la normativa de seguridad que regula esta materia, la oferta y la demanda en la comercialización del GLP a

entre tanques de almacenamiento y cilindros, prescribiendo para los primeros que les debe ser aplicada la Norma Chilena 2427 Of. 2004 si son a presión, o la norma técnica extranjera *ANSI/AIP 510 – 2006, Pressure Vessel Inspection Code: IN- Service Inspection Rating, Repair, and Alteration*, de los Estados Unidos si son de otro tipo; mientras que la inspección de cilindros de acero debe efectuarse conforme a la Norma Chilena 957 Of. 2008.

¹⁸ Reunión efectuada el 5 de diciembre de 2018 entre funcionarios de la FNE y la SEC.

¹⁹ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2012. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> [Última visita con fecha 30 de julio de 2019]. [Última visita con fecha 30 de julio de 2019].

²⁰ Resolución de término del TDLC N°127, de fecha 5 de septiembre de 2014, punto 18.

granel y el envasado presentan importantes diferencias²¹. Asimismo, tal como se indicó en el párrafo 20, por consideraciones técnicas, no es posible para un cliente poder abastecerse de forma simultánea por gas a granel y envasado, arbitrando entre estas dos fuentes de suministro.

23. Desde el punto de vista de la demanda, la elección de consumo de GLP a granel o en cilindro estaría determinada por las preferencias particulares de los consumidores, que irían más allá del factor precio, comprendiendo entre otras: (i) consideraciones de seguridad y continuidad del suministro; (ii) mayor autonomía de consumo - consumos altos requerirían frecuencias de recambio más elevadas de los cilindros-; (iii) comodidad respecto a otras alternativas de combustibles; (iv) diferenciación del producto en lo referido al despacho y calidad de servicio²²; (v) consideraciones estéticas –un estanque subterráneo respecto una caseta de protección de un cilindro o una batería de cilindros-; y (vi) facilidades en los medios de pago –crédito directo otorgado por la empresa-.
24. Por el lado de la oferta, la venta de GLP a granel para clientes residenciales supone la instalación previa del estanque de almacenamiento²³ y su conexión a las redes a través de las cuales el GLP a granel alcanza los distintos puntos de la unidad habitacional²⁴. De acuerdo a lo señalado por las empresas distribuidoras a esta División, el suministro de GLP a granel conlleva una mayor inversión inicial en la

²¹ Así también fue establecido por la Autoridad de Competencia y Mercados (Competition and Markets Authority) del Reino Unido, en su decisión sobre la adquisición por parte de la empresa Flogas de la división de GLP de la empresa Countrywide Farmers. En dicha decisión la autoridad considera ambos productos como pertenecientes a distintos mercados relevantes, debido principalmente a las diferencias significativas de precio y diferentes métodos de entrega. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5b5ed0c2e5274a3fd124c9cd/flogas_decision.pdf [Última visita con fecha 30 de julio de 2019].

²² En respuesta de fecha 16 de marzo de 2018 al Ord. N° 0365 una empresa distribuidora señaló que: "(...) en lo referido al despacho oportuno de GLP, constituye una variable relevante a considerar por los clientes. En efecto, (...) bajo esta modalidad es la Compañía quien se encarga directamente del despacho, otorgando a los clientes la opción de seleccionar un día determinado –e incluso un rango de horas determinado dentro del día seleccionado- para llevar a cabo dicho cometido. Con ello, el cliente puede programar las entregas de GLP por la Compañía de manera oportuna". Otra distribuidora, en respuesta confidencial con fecha 2 de marzo de 2018 señala que los clientes pueden acceder a un programa de inyectos pre-agendados o programados.

²³ El estanque es entregado en comodato al cliente, de esta forma la empresa distribuidora mantiene la propiedad del mismo, y la consecuente obligación de mantener, reparar e inspeccionar el estanque en los términos que establece la reglamentación correspondiente.

²⁴ Estos costos de instalación varían caso a caso dependiendo de la complejidad de red y de la ubicación geográfica.

instalación del estanque que las inversiones asociadas a las instalaciones de cilindro²⁵.

25. Las inversiones para la habilitación del estanque pueden ser financiadas mediante distintas modalidades, desde su pago directo por parte del cliente, pasando por subvenciones o cofinanciamiento, hasta la entrega en comodato gratuito por parte de la empresa al consumidor. La magnitud del aporte (total o parcial) de la distribuidora a los gastos de instalación dependerá, entre otros, del volumen proyectado a consumir por parte del cliente y de los costos de distribución de GLP asociados²⁶, sin perjuicio de que en los contratos que pudo analizar esta División, en la mayoría de los casos, la empresa distribuidora entregó en comodato gratuito las instalaciones al cliente para abastecerlo de GLP a granel²⁷.
26. Ahora bien, las empresas distribuidoras señalaron a esta División que el precio cobrado por el GLP contempla, entre otros elementos, la recuperación de las inversiones incurridas por la instalación de los estanques²⁸, de manera que la provisión de dicha infraestructura impacta en el precio del gas, a diferencia de lo que sucedería con el gas envasado en cilindros.
27. En cuanto a la distribución, el GLP a granel es entregado directamente por las empresas a los clientes residenciales mediante una flota propia o tercerizada de camiones, mientras que los cilindros serían principalmente abastecidos a través de subdistribuidores con los cuales las distribuidoras tienen acuerdos comerciales suscritos.
28. Según lo señalado por las empresas distribuidoras, la distribución directa del GLP a granel implica una serie de costos que serían particulares de este tipo de modalidad

²⁵ Esto ha sido indicado por distintas empresas en tomas de declaración de fechas 4, 5 y 9 de julio de 2018 y respuestas a Ordinarios N°0360, N°0363 y N°0365 de 2018.

²⁶ Las condiciones comerciales son formalizadas en un Contrato de Comodato y Suministro.

²⁷ De acuerdo a los contratos solicitados a las empresas mediante Ords. N° 2009-18, 2010-18 y 2011-18, todos de fecha 24 de septiembre de 2018.

²⁸ Esta práctica se da también en otros países como ser el Reino Unido y Sudáfrica. Al respecto véase: Competition Commission, "*Market investigation into supply of bulk liquefied petroleum gas for domestic use*" (Reino Unido, junio, 2006). Disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402193644/http://www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/domestic-bulk-liquefied-petroleum-gas/final-report-and-appendices-glossary> [Última visita con fecha 18 de abril de 2018] y Competition Commission "*Market inquiry into the LPG sector, Final Report*" (Sudáfrica, marzo, 2017). Disponible en: <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2017/04/LPG-FINAL-NON-CONFIDENTIAL-VERSION.pdf> [Última visita con fecha 18 de abril de 2018].

de suministro, como contar con: (i) fuerza de venta especializada; (ii) servicios de ingeniería; (iii) área de postventa residencial; (iv) equipo para revisión de la integridad de instalaciones; (v) equipo de logística y distribución (camiones, choferes, mantención de camiones, etc.); y (vi) equipos de seguridad, entre otros. Por lo tanto, la logística de distribución del GLP a granel sería más costosa que la logística de distribución de los cilindros, en donde tanto el vehículo como la mano de obra a cargo de la distribución presenta una menor especialización.

29. A esto se sumaría una normativa más exigente para la comercialización del GLP a granel –estanque y transporte– en comparación a la comercialización del GLP en cilindros, tal como se describe en la sección III²⁹, lo cual tiene un impacto directo en los costos operacionales de distribución y almacenamiento.
30. Las diferencias antes indicadas se reflejan en los precios que presentan cada uno de estos formatos. Por ejemplo, haciendo la comparación de los precios de lista del cilindro de 45 kilos³⁰ y los precios facturados al cliente por el estanque de granel residencial de 300 litros en las 52 comunas de la Región Metropolitana, se pudo comprobar que para el año 2017 la diferencia promedio ponderada fue de un 24,3%³¹, mientras que, para el primer semestre del año 2018, ésta fue de 23,4%.
31. En consecuencia, a pesar de tratarse del mismo combustible, la disimilitud que presentan la oferta y la demanda del GLP a granel en relación al envasado en cilindros, implica que el precio de este último no puede ser empleado como un parámetro válido de comparación para calificar si el precio del GLP a granel resulta o

²⁹ Al respecto, una empresa distribuidora señala en respuesta confidencial con fecha 16 de marzo de 2018 que: "(...) la distribución a granel es realizada por camiones graneleros especialmente acondicionados con sistema de seguridad y control, cuya operación se efectúa por un equipo de conductores y asistentes capacitados para esta función, mientras que en el caso del negocio envasado, tanto el vehículo como la mano de obra a cargo de la distribución, especialmente en el caso de terceros distribuidores, resultan ser menos especializados para cumplir sus funciones".

³⁰ Dado que la comercialización de GLP en cilindros a clientes finales se efectúa a través de una serie pequeños subdistribuidores, no es posible determinar el precio efectivo cobrado por éstas, por tanto, se emplea como *proxy* el precio de lista de las empresas distribuidoras y comercializadoras, el cual también es ocupado por la CNE para verificar el precio de cilindros de GLP en línea. Dicha información se encuentra en: http://gasenlinea.gob.cl/index.php/web/buscador?rere_id=0 [Última visita con fecha 30 de julio de 2019].

³¹ Esto sin perjuicio de que en algunas comunas se observa incluso diferencias negativas, que indican que el GLP a granel para estanques residenciales de 300 litros tiene por kilo un menor valor que el GLP en cilindro de 45 kilos. Esto es producto de las ofertas que las empresas distribuidoras efectúan para fomentar el consumo en los meses de invierno.

no excesivo. Adicionalmente debe considerarse la imposibilidad técnica de que un cliente pueda arbitrar entre estos dos formatos de combustible.

32. En cuanto al mercado relevante geográfico, éste corresponde al de la Región Metropolitana, debido a que toda la distribución de GLP que se realiza en esta región se efectúa desde la planta de almacenamiento, envasado y distribución que cada una de las empresas distribuidoras tiene instalada en la comuna de Maipú, denominada Planta Maipú³², alcanzando a casi todas sus comunas, sin perjuicio de que, en aquellas comunas en que no hay presencia de una o más empresas, la proximidad geográfica permite que cualquiera de éstas pueda extenderse hacia allí.

V. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

33. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si las empresas denunciadas han incurrido en el ilícito de precios excesivos, como manifestación de un abuso de posición dominante explotativo, en el mercado de comercialización de GLP a granel para clientes residenciales en la Región Metropolitana.
34. Cabe precisar que el análisis de esta conducta tiene un tratamiento dispar en la jurisprudencia internacional. Así, la legislación norteamericana difiere diametralmente de la europea, ya que la primera considera que los altos precios derivan generalmente de la maximización del beneficio que haría un monopolista y, por lo tanto, difícilmente pueden constituir una infracción a las leyes de libre competencia. En la vereda opuesta, la Comisión Europea considera que las firmas con poder de mercado no debieran incurrir en este tipo de conductas³³.
35. En nuestro país, la jurisprudencia ha señalado que en el examen de estos ilícitos se debe procurar disminuir al máximo el riesgo de sancionar de forma errónea y costosa actividades que deben ser consideradas como normales dentro de un determinado

³² Véase memorias anuales 2018 de las empresas. Lipigas: https://www.lipigas.com/wp-content/uploads/2019/04/Memoria-Lipigas_abril-2018-1.pdf; Gasco: http://www.empresasgasco.com/wp-content/uploads/2019/03/Memoria_Empresas_Gasco_S.A_2018.pdf; Abastible: <https://www.empresascopec.cl/wp-content/uploads/2019/04/Memoria-Anual-2018.pdf> [Última visita con fecha 30 de julio de 2019].

³³ Elhaug y Geradin (véase *Global Competition Law and Economics*, Hart: Oxford, 2007, p. 360) comentan: "US and EC law differs on excessive pricing, with the US courts taking the position that merely charging profit-maximizing monopoly prices is not an antitrust violation, and the EC courts taking the position that a firm with a dominant position has a legal obligation not to charge excessive prices".

mercado, pues esto redundaría en un detrimento importante de la innovación y el desarrollo. Por ello, la práctica de precios excesivos debe ser interpretada de forma selectiva y restrictiva³⁴.

36. Dicho esto, el TDLC ha establecido que para que una firma incurra en esta conducta debe detentar una posición de dominio que no sea resultado de inversiones pasadas o de innovaciones, en un mercado con barreras a la entrada altas y no transitorias, a fin de determinar si el consumidor tiene o no alternativas creíbles al producto que le ofrece la empresa con poder de mercado significativo³⁵.
37. En caso de acreditarse que los clientes no cuentan con opciones al bien o servicio ofrecido por la empresa dominante, el TDLC indica que para examinar los precios que tiene la firma investigada y corroborar o descartar que éstos sean “*extremadamente excesivos*”³⁶, se deben emplear de forma simultánea distintos estándares de comparación³⁷, tales como análisis de costos, precios históricos o precios cobrados a diversos tipos de clientes, y utilidades de la firma dominante³⁸.
38. En consecuencia, el análisis de las prácticas denunciadas consistirá en primer lugar, en determinar si los clientes cuentan o no con alternativas creíbles de cambio de proveedor de GLP a granel, y, en caso de verificarse falta de opciones de los consumidores, analizar si el precio cobrado por la firma dominante es o no excesivo.
39. En relación a la oferta en este mercado, en la actualidad compiten tres empresas, cuyas participaciones de mercado se exponen en la siguiente tabla:

³⁴ Sentencia N°140 del TDLC, de fecha 4 de noviembre de 2014, considerandos decimocuarto y decimoquinto.

³⁵ Sentencia N°140 del TDLC, de fecha 4 de noviembre de 2014, considerandos decimosexto y decimoséptimo.

³⁶ De acuerdo al TDLC, “*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*”. Sentencia N° 140 del TDLC, de fecha 4 de noviembre de 2014, considerando decimoquinto.

³⁷ La aplicación de más de un estándar o *benchmark* para determinar los precios excesivos se debe a que cada uno de ellos por separado no ha estado exento de críticas, lo que impide considerarlos individualmente como determinantes para evaluar las excesividad de un precio. O'Donoghue, R. Padilla, J. *The Law and Economics of Articles 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 748 y ss.

³⁸ Sentencia N°140 del TDLC, de fecha 4 de noviembre de 2014, considerando decimoctavo.

Tabla N°1: Participaciones de mercado de las empresas distribuidoras de GLP a granel en la Región Metropolitana para clientes residenciales en ventas (2017 y 2018³⁹)

Año	Abastible	Gasco	Lipigas
2017			
2018			

Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes aportados por las empresas distribuidoras

40. Como se puede observar, las empresas que compiten en este mercado tienen participaciones relevantes, existiendo un número equivalente de firmas de 2,8⁴⁰. En este sentido, el intento de ejercicio abusivo de poder de mercado por parte de cualquiera de estos competidores podría ser disciplinado por sus rivales, tal como lo ha señalado nuestra jurisprudencia, al indicar que: *"una empresa con una cuota de mercado cercana al 39% que tiene dos rivales con un 36% y un 22% del mismo mercado, difícilmente podría ser catalogada como dominante sobre la base de este único criterio. Esto por cuanto sus decisiones de oferta de planes a usuarios finales podrían estar disciplinadas al menos por uno de sus rivales"*⁴¹.
41. En relación a la demanda, los clientes tienen el derecho a cambiarse de empresa proveedora, lo que ha sido expresamente regulado por el legislador mediante la Ley N° 20.999 y su Reglamento, estableciendo, por una parte, limitaciones a las cláusulas de exclusividad que pueden incluir las empresas de gas en sus contratos, y por otra, disponiendo de un procedimiento de cambio de proveedor, con plazos fijos y obligatorios, tal como se especificó en el acápite III.
42. Cabe señalar que el año 2013 esta Fiscalía inició un procedimiento de recomendación normativa ante el TDLC⁴² para establecer un mecanismo de transferencia de la propiedad de los estanques de GLP a granel entre las empresas distribuidoras de dicho producto, con el objeto de reducir los costos de cambio de los clientes. Si bien dicha recomendación fue rechazada por el tribunal a través de la resolución de

³⁹ Hasta julio de 2018.

⁴⁰ El número equivalente de firmas es el inverso del índice de Herfindahl Hirschman el cual indica el número de firmas de tamaño similar que compiten en un mercado particular.

⁴¹ Sentencia N° 153 del TDLC, de fecha 4 de agosto de 2016, considerando vigésimo primero.

⁴² ERN N°18-2019 "Expediente de recomendación normativa Art. 18 N°4 del DL 211, sobre transferencia de estanques de GLP".

término N° 127 del año 2014, el regulador acogió estas proposiciones, las que finalmente quedaron establecidas en la Ley N° 20.999 y su Reglamento.

43. En consecuencia, de los antecedentes presentados se observa que, desde el lado de la oferta, todos los competidores en este mercado presentan participaciones relevantes y, por lo tanto, los rivales podrían disciplinar el intento de ejercicio abusivo de poder de mercado por parte de cualquiera de sus rivales. Por otra parte, desde el lado de la demanda, el regulador ha establecido normas específicas que reducen los costos de cambio de los clientes, favoreciendo la intensidad competitiva en este mercado.
44. Por estos motivos, a juicio de esta División, los consumidores cuentan con alternativas reales y creíbles de cambio de proveedor de GLP a granel, de modo que no se verifican los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que se configure el ilícito de precios excesivos en los términos del DL 211, haciendo innecesario comparar los precios que han cobrado las empresas investigadas de acuerdo a los diversos parámetros indicados por el TDLC.

VI. CONSIDERACIONES ADICIONALES

45. El artículo 27 del Reglamento dispone que las empresas, de acuerdo al nuevo procedimiento de cambio, deben reportar en los meses de enero, abril, julio y octubre, las solicitudes de cambio que hayan recibido y las respuestas de éstas, entre otros antecedentes⁴³, a fin de que la CNE pueda tomar conocimiento de si efectivamente se están produciendo cambios o no con la nueva normativa⁴⁴.
46. No obstante, de acuerdo a la información proporcionada por la CNE, del total de solicitudes de cambio rechazadas, un 68% corresponde a rechazos por parte de las empresas entrantes sin especificación del motivo que han tenido para ello. Considerando que, tal como ha señalado la CNE⁴⁵, los reportes que deben entregar

⁴³ El artículo 27 del Reglamento establece que las empresas deben entregar información relativa a: (i) las solicitudes de cambio de empresa distribuidora recibidas dentro del respectivo trimestre; (ii) las respuestas de aceptación y rechazo a las solicitudes; (iii) los cronogramas para la ejecución del cambio de empresa distribuidora; (iv) el precio de las instalaciones transferidas; y (v) otros antecedentes vinculados a los procedimientos de cambio de empresa distribuidora que determine la CNE.

⁴⁴ La finalidad de esta norma fue comunicada por la CNE a esta Fiscalía en reunión sostenida el día 29 de noviembre de 2018.

⁴⁵ Óp. Cit. 41.

las empresas conforme al artículo 27 del Reglamento son un instrumento que permiten a la autoridad sectorial evaluar la efectividad de esta política pública, la cual tiene una incidencia directa sobre la competencia en este mercado, es necesario comunicar a la CNE la importancia de solicitar a las empresas entrantes la indicación de los motivos que fundamentan las respuestas de rechazo a las solicitudes de cambio de empresa proveedora.

47. Esta recomendación no afectaría la discrecionalidad que tienen las empresas de GLP a granel entrantes para proveer o no el servicio, o de las distribuidoras de GN entrantes cuando el solicitante está fuera de su red, toda vez que la obligación de indicar los motivos de su rechazo a la solicitud constituiría un deber de dejar constancia expresa del mismo, y no una exigencia de fundamentación basada en causales preestablecidas en el Reglamento, a diferencia de lo que sucede con las empresas preexistentes.
48. Adicionalmente, para que el derecho que tienen los clientes de cambiarse de empresa se pueda materializar, y consecuentemente, se logre incentivar la competencia en este mercado, es necesario que éstos tengan conocimiento del procedimiento que deben seguir, de las limitaciones que tienen las empresas para establecer cláusulas de exclusividad, y del procedimiento de reclamo frente a eventuales incumplimientos de parte de las distribuidoras de GLP. Por ello, es necesario comunicar a la CNE la relevancia de desarrollar una campaña informativa, dirigida tanto a clientes con estanque, como a clientes con medidores, en las distintas regiones del país, acerca de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.999 y su reglamento, y de las facultades que le asisten para cambiarse de proveedor.

VII. CONCLUSIONES

49. Se denunció que las empresas distribuidoras de GLP estarían cobrando precios excesivos en la venta del GLP a granel para estanques residenciales, considerando la existencia, a juicio del denunciante, de diferencias que van entre un 47% a 67% respecto al precio del GLP envasado en cilindro de 45 kilos, a pesar de tratarse del mismo tipo de combustible. Dicha diferencia, a juicio de la denunciante, no tiene justificación, y se debe únicamente al hecho de que su domicilio sólo puede ser abastecido por la empresa con la cual tiene actualmente un contrato de suministro.

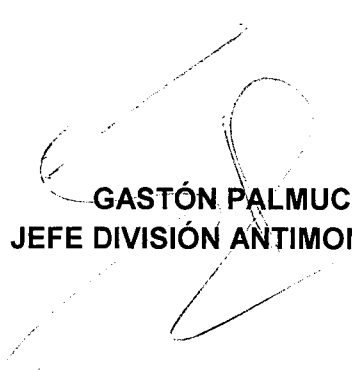
50. De acuerdo a los antecedentes descritos, esta División efectuó diligencias para determinar si las denunciadas estaban incurriendo en el cobro de precios excesivos por el GLP a granel residencial en las comunas de la Región Metropolitana, conforme a los requisitos establecidos en la jurisprudencia. Para ello, se procedió a definir el mercado relevante, y a continuación, a determinar, entre otros elementos, si los clientes han contado o no con alternativas reales y creíbles de cambio de proveedor de GLP a granel.
51. En relación al mercado relevante, este corresponde al de distribución y comercialización de GLP a granel para clientes residenciales en la Región Metropolitana. No puede considerarse dentro de este mismo mercado al GLP envasado, ya que -a pesar de tratarse del mismo combustible- presenta diferencias en su oferta y demanda en relación al GLP a granel, que se traducen en estructuras de costos distintas y disposiciones a pagar diferentes por parte de los clientes. Por estas mismas razones, es que el precio del gas en cilindro no constituye un parámetro válido para comparar lo excesivo o no del precio del GLP a granel, como planteó el denunciante.
52. Definido el mercado, se procedió a analizar si se verificaban los supuestos establecidos por la jurisprudencia para que se configure un ilícito de precios excesivos como manifestación de un abuso de posición dominante explotativo. Considerando que todos los competidores en este mercado tienen participaciones relevantes, y las posibilidades reales y creíbles de los clientes de cambiarse de proveedora, se comprobó que no se cumplían los requisitos para estar en presencia de una infracción de precios excesivos en los términos de lo dispuesto por el DL 211.
53. Adicionalmente, se detectó que, en los reportes enviados por las empresas a la CNE, una cantidad considerable de rechazos de solicitudes eran efectuados por las empresas entrantes sin expresión de motivo. Esta situación dificulta el monitoreo por parte de la autoridad sectorial sobre las causas por las que una empresa rechaza a un cliente, en circunstancias de que esta facultad se encuentra establecida justamente para que la CNE pueda evaluar la efectividad de esta nueva normativa de eliminar barreras de salida y aumentar la intensidad competitiva en este mercado.
54. Asimismo, se estima necesario el desarrollo de campañas informativas por parte de la autoridad sectorial, dirigidas a clientes de GLP a granel con estanques, así como a

clientes con medidores, sobre las modificaciones introducidas por la ley N° 20.999 y su reglamento, a fin de que éstos, si lo desean, puedan materializar su derecho a cambiarse de empresa, con lo cual se puede incentivar la competencia en este mercado.

55. Por todo lo expuesto, se recomienda al Sr. Fiscal, si así lo estima pertinente, archivar la presente investigación, por no haberse encontrado actos contrarios al DL 211, que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia y que justifiquen realizar mayores diligencias en relación con la presente investigación.
56. Asimismo, se recomienda comunicar a la CNE: (i) la importancia de solicitar a las empresas entrantes que especifiquen en los reportes entregados conforme al artículo 27 del Reglamento, los motivos por los que rechazan las solicitudes de cambio; y (ii) la relevancia de desarrollar una campaña informativa, dirigida tanto a clientes de GLP con estanque, como a clientes con medidores, en las distintas regiones del país, acerca de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.999 y su reglamento, y de las facultades que le asisten para cambiarse de proveedor.

Saluda atentamente a usted,


NAO


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS