

## ANEXOS

**Estudio de Mercado del Gas  
(EM06-2020)**

## CONTENIDOS

<b>ANEXO A</b>	3
Informe de Christopher Decker: "Policy Alternatives to Improve Competition in the Chilean Gas Market"	
<b>ANEXO B</b>	58
Pronunciamientos de la Corte Suprema, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía Nacional Económica sobre el Mercado del Gas	
<b>ANEXO C</b>	70
Ejercicio de robustez y resultados del análisis de la integración horizontal	
<b>ANEXO D</b>	77
Informe de Santiago Montt: "Constitucionalidad del remedio estructural de desintegración de la distribución mayorista y minorista en el mercado de GLP propuesto por la Fiscalía Nacional Económica"	
<b>ANEXO E</b>	147
Respuesta a comentarios técnicos	

## Anexo A

**Informe de Christopher Decker: “Policy Alternatives to Improve Competition in the Chilean Gas Market”**

# POLICY ALTERNATIVES TO IMPROVE COMPETITION IN THE CHILEAN GAS MARKET

EXPERT OPINION FOR THE FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

Prepared by:

Dr Christopher Decker

5 October 2021

## Table of Contents

<b>Summary.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Introduction .....</b>	<b>9</b>
<b>2. Background and findings of the Gas Market Study .....</b>	<b>10</b>
2.1 Supply structure .....	10
2.2 Demand for natural gas and LPG.....	11
2.3 Economic regulation of natural gas and LPG .....	11
2.4 Motivation for the Gas Market Study .....	12
2.5 Findings of the Gas Market Study .....	13
<b>3. Rationales for policy intervention in the Gas Market.....</b>	<b>15</b>
3.1 Why are some industries subject to policy interventions? .....	15
(a) <i>To improve economic efficiency</i> .....	16
(b) <i>To control market power</i> .....	17
(c) <i>To address externalities</i> .....	17
(d) <i>In recognition of the economic and societal importance of some products and services</i> .....	17
(e) <i>Affordability and distributional concerns</i> .....	18
(f) <i>Limited or weak demand side pressure</i> .....	18
(g) <i>Low intensity of competitive rivalry among suppliers</i> .....	19
3.2 Rationales for policy interventions for natural gas supply.....	19
(a) <i>Why is natural gas subject to policy interventions?</i> .....	19
(b) <i>What activities in the natural gas supply chain are subject to policy interventions?</i> .....	20
3.3 Rationales for policy interventions for LPG .....	22
(a) <i>Why might LPG supply be subject to additional policy interventions?</i> .....	23
(b) <i>Examples of additional policy measures introduced in LPG supply in other jurisdictions</i> .....	25
3.4 Summary .....	31
<b>4. Policy alternatives to address the risks of the horizontal integration of LPG and natural gas .....</b>	<b>33</b>
4.1 The effects of the current horizontal integration of LPG and natural gas .....	33
4.2 Why intervene to address horizontal integration?.....	34
4.3 Policy alternatives to address concerns about horizontal integration .....	36
(a) <i>Behavioural policy interventions</i> .....	37
(b) <i>Structural policy interventions</i> .....	38
4.4 Summary .....	41
<b>5. Policy alternatives to intensify competition in LPG supply.....</b>	<b>42</b>
5.1 The FNE's findings on current state of competition in LPG supply .....	42
5.2 Why intervene to intensify competition in LPG supply?.....	43
(a) <i>General rationales for policy intervention in LPG supply</i> .....	43
(b) <i>Specific rationale based on the risk of coordination</i> .....	44
(c) <i>Specific rationale based on high levels of vertical integration</i> .....	44
(d) <i>Specific rationale based on vertical restraints</i> .....	45
5.3 Policy alternatives to intensify competition in LPG supply .....	46
(a) <i>Policy measures to address the risks of coordination among the major LPG suppliers</i> .....	46
(b) <i>Policies to address concerns about the adverse effects of vertical integration</i> .....	51
(c) <i>Policies to address concerns about vertical agreements and restraints</i> .....	53
5.4 Summary .....	56
<b>Annex 1: Brief biography of author .....</b>	<b>57</b>

## Summary

1. This opinion identifies policy alternatives that could be introduced to enhance competition in the gas market in Chile and address some of the risks to competition identified by the FNE in its Gas Market Study. Specifically, it considers possible policy alternatives that could be introduced to address the risks of the horizontal cross-ownership and control of LPG and natural gas distributors in Chile, and policy alternatives that could make the supply of LPG more competitive given the horizontal and vertical supply structures.

*Why are some industries subject to policy interventions?*

2. Policy interventions in specific industries can be motivated by a range of factors including to: improve economic efficiency, control unilateral or collective market power; harness positive externalities; take account of the economic and societal importance of some products or because of fairness and distributional concerns; to address weak or limited demand side pressure; and to improve the competitive intensity of an industry.
3. In many jurisdictions, including Chile, policy interventions in natural gas supply typically seek to improve economic efficiency, control monopoly power and because access to gas is considered to be an essential service such that potential detriment to health, safety or wellbeing of citizens could arise from not having access to a reliable and affordable service (e.g. not being able to heat or cool home, cook, access hot water etc).
4. In contrast, the rationale for, and type and extent of, policy interventions in the LPG supply chain are more varied across jurisdictions. In countries like Chile where LPG represents the major, or only, gas source for many end-users policy measures might be warranted because: of concerns about high levels of concentration in LPG supply and associated collective market power; access to LPG is considered essential for a large proportion of the population who do not have access to grid supplied natural gas; to ensure that the price of LPG remains affordable, particularly given high levels of consumption by lower income households; and to address the limited demand side pressure exerted from downstream customers (sub-distributors and household and commercial end-users).
5. A brief survey of international experience shows that a range of policy measures have been introduced to improve competition in the supply of LPG across jurisdictions. These include: on-going monitoring or regulation of LPG prices; investigations and prosecutions in relation to coordinated or parallel pricing; non-price related interventions in LPG markets; policy measures aimed at increasing demand side pressure; and structural interventions.

*Policy alternatives to address the risk to competition of horizontal cross-ownership and control*

6. The FNE has identified a risk that the horizontal cross-ownership and control of natural gas and LPG in some municipalities may be adversely impacting on competition. Given this risk, policy intervention might be warranted in some circumstances to: ensure an efficient allocation of natural gas and LPG; remove the ability of the horizontally integrated operator to take advantage of its significant market power in the supply of one or both services; change the incentives of the horizontally integrated operator to invest or expand in one or both of the services; and reduce the ability of the horizontally integrated operator to shift or allocate costs associated with the non-regulated service (LPG supply) into the cost base of the regulated service (natural gas).
7. Policy alternatives to address the risk that horizontal integration may be adversely impacting on competition could involve behavioural interventions which require the integrated operator to legally commit to certain obligations and to price monitoring arrangements, or to certain service standards or targets regarding service quality and network expansion.
8. Alternatively, structural policy interventions could be introduced which involve the separation of the LPG operations from the natural gas operations in those municipalities where there is an overlap. These separation policies could require: the divestment of ownership or control in the supply of one of the services; line of business separation or ringfencing which would require that separate business and operating units to supply LPG and natural gas are established internally; or accounting separation.

*Policy alternatives to address the risks of coordination among the major LPG suppliers*

9. The FNE has concluded that there is a risk of coordinated behaviour in the supply of LPG given various structural factors and an analysis of the extent to which historic LPG input cost reductions have been passed through to customers.
10. One way to address the risks of coordination is to rely on ex post enforcement of competition law to prosecute suppliers that have been involved in such coordination. Successful prosecutions for coordinated or parallel pricing in LPG supply have been being brought in some jurisdictions (such as Korea and Taiwan).
11. An alternative set of policies could seek to address the risks of coordination arising in the first place and might involve: structural measures such as divestment of certain assets to create a new competitor; on-going monitoring of LPG prices; periodic, or ad hoc, reviews of competition between LPG operators; sector specific market manipulation rules that place

additional legal restrictions on the ability of the LPG operators to coordinate; or various forms of price regulation or oversight.

*Policy alternatives to address the risks of high levels of vertical integration*

12. The FNE found evidence that the high levels of vertical integration may be reducing competition in the supply of LPG. Among other things it found that three companies own or have exclusive access to terminals near ports, operate regasification installations, own the cylinders and trucks that transport bulk LPG, and have exclusivity contracts with more than 5000 sub-distributors.
13. To address concerns that vertical integration is harming competition one option is to challenge certain conduct using competition law provisions. For example, if a vertically integrated LPG operator has significant market power in one activity (e.g.: operation of an input terminal or storage facility) and is not providing access to that indispensable or essential input on reasonable terms this could be challenged as a refusal to supply.
14. Alternatively, policies could be introduced that keep the vertically integrated operator intact but require that it provide access to key inputs that rivals need to compete in a related market on fair and reasonable terms. If such policies are considered insufficient to change the incentives of the vertically integrated operator, then various forms of vertical separation (or ringfencing) policies could be contemplated which aim to create greater operational and decision-making independence and thus reduce the ability and incentive of the vertically related upstream LPG operator to discriminate against its rivals in the competitive activity.

*Policy alternatives to address concerns about vertical agreements and restraints*

15. Finally, the FNE found that there was limited switching among the sub-distributors, which it attributed, in part, to rigid contractual provisions in the vertical supply agreements including the indefinite nature of the supply agreements and the use of incentives to encourage sub-distributors to be exclusive suppliers.
16. To address concerns about the vertical agreements between upstream LPG operators and third-parties (such as sub-distributors) one option again is to rely on competition law to challenge aspects of the agreements which are seen as restrictive of competition (e.g.: use of fidelity discounts or loyalty payments).
17. An alternative set of policy measures could focus on preventing the adverse effects of vertical restraints arising in the first place. Such policies could prohibit certain contractual provisions or other vertical restraints (such as long termination periods or undue termination charges) that lock-in downstream customers (e.g.: sub-distributors and end-users) or address other impediments to downstream customers searching and switching to alternative providers (e.g.: require that contracts be clear and transparent).

## 1. Introduction

18. I have been instructed by the Fiscalía Nacional Económica (FNE) to provide an opinion on matters relating to the functioning of the gas market in Chile. Specifically, I have been asked to:
  - i. Review the background to, and findings of, the FNE's Gas Market Study which has examined the supply arrangements for and degree of competition in natural gas and liquefied petroleum gas (LPG) in Chile.
  - ii. Set out in general terms possible rationales for future policy interventions in the gas market given the findings of the Market Study.
  - iii. Consider possible policy alternatives that could be introduced to address the risks to competition of horizontal integration of LPG and natural gas distributors in Chile.
  - iv. Consider possible policy alternatives to make LPG supply more competitive and to address the adverse effects that could arise in the supply of that service given the current horizontal and vertical supply structure.
19. The purpose of this opinion is to assist the FNE in understanding the policy alternatives that it could pursue to remedy some of the adverse impacts on competition identified in its Gas Market Study. The nature of the discussion in this opinion is therefore high-level and exploratory in nature; it seeks to identify a set of policy alternatives that could be used drawing on a combination of general economic and regulatory principles and experience from other jurisdictions and sectors. While the opinion sets out, in general terms, examples of policy alternatives that could be used (and have been used in other contexts), it does not assess the likely appropriateness or effectiveness of these policy alternatives which would require further detailed analysis.
20. In preparing this opinion I have not examined nor assessed the underlying evidence or decisions made by the FNE which have given rise to the conclusions contained in the Gas Market Study report. I therefore offer no opinion on those issues or the assessment of the state of competition in the gas market as contained within that report.
21. My qualifications are set out at the end of this opinion at Annex 1. The following sections are structured around the four questions on which I have been asked to provide an opinion as listed in paragraph 18.

## 2. Background and findings of the Gas Market Study

22. This section briefly sets out my understanding of the background to and findings of the Gas Market study on which I have based my opinion. It describes in turn:

- the upstream and downstream supply structures for natural gas and LPG;
- the characteristics of consumers that demand natural gas and LPG;
- the current economic regulation that applies to natural gas and LPG;
- the specific factors which motivated the FNE to initiate the Gas Market Study;
- the findings of the Gas Market Study most relevant to this opinion.

### 2.1 Supply structure

#### (a) Natural Gas

23. Chile's upstream supply of natural gas comes from two sources: imports of Liquified Natural Gas (LNG) which account for around 80% of domestic gas consumption, and the production of natural gas in the Magallanes Basin by the National Petroleum Company (ENAP) and collaborating entities. LNG imports enter Chile through two terminals in Quintero and in Mejillones, with the Quintero terminal being the larger of the two both in terms of regasification and storage capacity. Primary access to the LNG import facilities at the Quintero terminal is limited to its three owners, and two companies that have obtained primary access through Open Season procedures.<sup>1</sup> In contrast, there is open access to the LNG terminal in Mejillones, which means that any entity can purchase LNG in the international market and import it through that terminal at rates negotiated with the owners.

24. Natural gas is either transported through pipelines in a gaseous state, or in the case of LNG, in a liquid state on roads using trucks. LNG is delivered to one of 40 re-gasification plants, where it is then stored or passed through into local distribution networks. Importantly, the natural gas distribution network only covers an estimated 20% of the municipalities in Chile.

#### (a) Liquefied Petroleum Gas (LPG)

25. There are also two sources for LPG in Chile: imports of LPG (which account for around 75% of domestic consumption) and domestic production. LPG imports enter Chile through three terminals: the Gasmar and Oxiquím terminals in Quintero and the Hualpén terminal

---

<sup>1</sup> Primary access allows companies to purchase LNG in the international market and import it directly to Chile through the Quintero terminal, while other entities requiring LNG would have to purchase it from a primary access holder in a secondary market.

in Biobío.<sup>2</sup> Three main LPG upstream suppliers (Gasco; Abastible and Gasmar through Hualpén; and Lipigas through Oxiquim) have control of, or are contracted to, all of the capacity at these three terminals.

26. LPG is transported from the Quintero import terminals through two connected pipelines to Maipú from which it is supplied to the main distributors.<sup>3</sup> LPG is transported from the Hualpén terminal through gas pipelines that connects with local distribution plants and tankers. LPG is sold to end-users in three ways: in cylinders of various sizes by around 5,000 sub-distributors; in ‘bulk’ meaning that it is transported by truck to a local storage site where it can then be accessed by customers;<sup>4</sup> or, less commonly, through a dedicated gas pipeline network.

## **2.2 Demand for natural gas and LPG**

27. The demand for gas differs for natural gas and LPG. In 2018, the highest demand for natural gas was for electricity generation, followed by industrial, residential, commercial and then the public sector.<sup>5</sup> In contrast, in 2018, the highest demand for LPG was for the residential sector, followed by industrial, commercial, public sector and transport uses. Around 84% of residential consumption is from cylinder LPG.
28. Residential consumers spend a significant proportion of their household budget on gas consumption, estimated at up to 19% of total expenditure on basic services. Only around 21.4% of households in Chile have access to the natural gas network, and access is strongly correlated with household income. While some 52.1% of households in the richest quintile have access to natural gas only 7.4% of household in the first quintile have access to the natural gas. As the price of natural gas is lower than LPG, this means that lower-income households typically pay a higher price for accessing gas than the highest income households.

## **2.3 Economic regulation of natural gas and LPG**

29. The upstream production of indigenous natural gas and petroleum products are regulated under specific laws, concessions agreements and special operating contracts. In contrast, there is no current specific economic regulation that applies to the import of LNG or LPG products.

<sup>2</sup> The Gasmar terminal is the largest of the three with a storage capacity of 145,000 m<sup>3</sup>, while the Oxiquim and Hualpén terminals have capacities of 50,000 m<sup>3</sup> and 40,000 m<sup>3</sup> respectively.

<sup>3</sup> One pipeline goes from Quintero to the ENAP refinery in Concón, and from the latter to Maipú. They are owned by the Sociedad Nacional de Oleoductos S.A.

<sup>4</sup> Bulk supply can either be metered or unmetered; the former involves customer being charged for actual consumption.

<sup>5</sup> Looking ahead the demand for natural gas an input to electricity production is expected to grow as the Chilean energy sector transitions to a greater proportion of renewable energy supported by gas-fired electricity generation.

30. The extent of economic regulation of gas transportation and distribution companies differs according to the type of gas and distribution method. Natural gas transportation and distribution companies which operate under concession agreements are regulated in terms of prices they can set and quality of services. Natural gas distribution companies that do not operate under concession agreements are not subject to price regulation, but must satisfy certain rules relating to service quality and the right for consumers to switch.
31. In contrast, no price regulation applies to bulk LPG and the sale of LPG cylinders to customers. However, bulk LPG providers are subject to the same rules as non-concession natural gas companies in terms of service quality and the right for consumers to switch etc.

## **2.4 Motivation for the Gas Market Study**

32. Four factors motivated the FNE's market study into the gas market, including:

- **Horizontal cross-ownership and control of natural gas and LPG:** concerns have been raised about the effects of cross ownership or control in the supply of natural gas and LPG in some municipalities,<sup>6</sup> particularly in terms of the effects on prices and incentives to expand the natural gas network.
- **Observed price differentials according to type of gas, delivery method and location of supply:** according to the FNE there are significant differences in the price of gas depending on how it is distributed (i.e.: concession or non-concession networks, or via LPG cylinder) with natural gas supplied via a pipeline network being cheaper than LPG. There are also significant differences in the price of LPG between different brands in the same geographical area.
- **High levels of vertical integration:** the main companies involved in importing gas to Chile are also involved at other stages of the supply chain such as storage, transportation and distribution to consumers. The FNE sought to examine whether such structures are efficient and promoting or harming competition at different stages in the supply chain.
- **Differences in coverage and regulation for natural gas and LPG:** There are differences in terms of access to gas as compared to other essential services such as electricity, water and communications. There are also important differences in the price regulation applied to concession natural gas providers, non-concession natural gas providers and LPG distributors.

---

<sup>6</sup> According to FNE, Lipigas (Yaconi-Santa Cruz Group) and Gasco (Pérez Cruz Group) participate in both markets directly, while AntarChile (Angelini Group) has stakes in both Abastible (LPG) and Metrogas (GN) a company in which it shares ownership with CGE Gas Natural S.A.

## 2.5 Findings of the Gas Market Study

33. Taking account of the above features of the gas market and the current regulatory framework, the purpose of the Market Study was to examine how well the gas market is functioning and whether the current structure and supply arrangements could be having adverse effects on wholesale and retail consumers.
34. Three findings of the Gas Market Study are relevant to the questions addressed in this opinion:
- The effects of horizontal joint participation by the same economic groups in LPG and natural gas in some municipalities;
  - The risks of coordinated behavior in LPG supply;
  - The effects of high levels of vertical integration and vertical restraints in LPG supply.

*(a) Horizontal joint participation in LPG and natural gas by the same economic groups*

35. According to the FNE, approximately 70 municipalities (out of around 340) have access to both natural gas and LPG. Within those 70 municipalities there are some areas where LPG suppliers are in the same economic group as the natural gas distributors (i.e.: there is a degree of horizontal integration). The FNE examined whether this horizontal integration had a negative impact on competition in terms of higher prices and reduced incentives to extend the natural gas network. It found that, on average, in municipalities where there is horizontal integration the price of LPG is higher than in municipalities where there is no legal or economic relationship between natural gas and LPG distributors (i.e.: non-integrated municipalities).

*(b) The risks of coordinated behaviour in LPG supply*

36. According to the FNE, the LPG market is a highly concentrated market comprising only three major wholesalers/distributors (upstream operators). In their assessment this high level of concentration as well as various structural factors give rise to a risk of coordinated behavior. These factors include: predictable LPG demand which is highly correlated with temperature; limited countervailing buyer power on part of buyers and sub-distributors (on average below 0.1% of demand); and stable market shares between the three competitors at the national level. In addition to these structural factors the FNE performed various econometric tests to explore the extent to which historical LPG input cost reductions were passed through to customers. These tests reveal, among other things, that cost reductions were not passed through and that margins increased. In sum, the FNE concludes on the basis of structural factors and its analysis that there is a risk of coordinated behavior in the supply of LPG.

*(c) The effects of vertical integration and vertical restraints in LPG supply*

37. The FNE also found evidence of high levels of vertical integration in LPG supply. Three companies own or have exclusive access to terminals near ports, operate regasification installations, own the cylinders and trucks that transport bulk LPG, and have exclusivity contracts with more than 5000 sub-distributors. Notwithstanding the large number of sub-distributors the FNE's analysis revealed that there is very limited switching, and over the last nine years less than 2% of sub-distributors changed from one wholesaler to another. It also found that less than 2% of the sub-distributors are multi-brand distributors; in other words 98% of sub-distributors sell only one brand of LPG .
38. The FNE's analysis of supply contracts found evidence of rigidity which may reduce the incentive or ability of downstream customers to switch supplier. This includes contracts that extended in length indefinitely (evergreen) and requirements that termination notice be given many months in advance. While the FNE found that the contracts contain incentives linked to the volume of sales, other evidence gathered suggested that a large part of the incentives are used to encourage sub-distributors to be exclusive suppliers.

### **3. Rationales for policy intervention in the Gas Market**

39. This section explores, in a general way, the reasons why policies might be needed to improve competition in the gas market and address the issues identified by the FNE in its Gas Market Study. In other words, it explores the question: why might policy interventions be necessary in the Chilean gas market? The discussion focusses on three issues:

- First, it explores general rationales for policy interventions in certain industries and sectors of the economy.
- Second, it sets out the specific reasons why the natural gas industry in many jurisdictions, including Chile, is subject to on-going regulatory oversight.
- Third, it explores possible reasons why, and in what circumstances, LPG markets might be subject to additional policy measures.

40. The discussion in this section serves as a general background to the more specific analysis presented in sections 4 and 5.

#### **3.1 Why are some industries subject to policy interventions?**

41. A central issue confronting all policymakers in practice is why, and in what circumstances, a particular industry, or activity within an industry, should be subject to additional policy measures over and above that of general competition law that applies to all sectors. In other words, why is it that some industries or activities are subject to additional rules or external oversight of prices, performance or other operating decisions (what I call ‘additional policy measures/interventions’ for the purposes of this Opinion)?

42. In the utility industries, including natural gas transmission and distribution, the rationale for on-going policy interventions is widely understood and generally related to the underlying demand and cost characteristics. However, in other industries, particularly where there are multiple competing suppliers, the argument for additional policy measures – including one-off regulatory measures – can be more idiosyncratic, and tends to be associated with specific concerns about the concentration of supply structures (including barriers to entry) or issues associated with a significant information and power asymmetry between suppliers and users which have market-wide effects.

43. This section provides a brief overview of different high-level rationales for introducing additional policy measures in specific industries. It focusses on seven broad rationales:

- To improve economic efficiency.
  - To control for market power.
  - To harness positive externalities.
  - To take account of the economic and societal importance of some products and services.
  - To address fairness and distributional concerns.
  - To address limited demand side pressure and make customers more active.
  - To address low levels of competitive intensity.
44. While the discussion focusses on the reasons, or rationales, for additional policy measures a separate question is how such policies are designed and implemented. Specifically, policy measures can be on-going or one-off interventions, be structural or behavioural in nature and can be backward looking (to redress past harms) or forward looking (to create conditions for improving future competition in a market). These aspects of the design and implementation of policy, while highly relevant to the effectiveness of a policy, are outside of the scope of what I have been asked to consider and not discussed further in this opinion.
- (a) *To improve economic efficiency*
45. Standard rationales for on-going policy interventions of utility industries, including the transportation and distribution of natural gas, typically focus on improving economic efficiency. Three types of efficiency gains in particular are often referred to: economies of scale;<sup>7</sup> economies of scope;<sup>8</sup> and economies of density.<sup>9</sup> On-going policy intervention in the form of price regulation and control of entry is typically justified in these industries to improve allocative efficiency by ensuring that prices reflect the underlying marginal benefits and costs of supply,<sup>10</sup> and to promote productive efficiency by avoiding the wasteful duplication of fixed costs or entry by firms that only service a select group of the most profitable customers (so-called ‘cream skimming’). Another efficiency rationale for intervention is to enhance dynamic efficiency by creating the conditions and incentives for new suppliers to enter or existing suppliers to expand their activities, innovate, adopt new technologies or cost-reduction techniques that bring benefits to customers, including future customers, over the longer term.

---

<sup>7</sup> Where high fixed costs give rise to a cost profile in which average costs decline as production increases for a specific level of demand).

<sup>8</sup> Where multiple services are provided using the same assets or infrastructure and where it is more cost effective for a single provider to supply all of those services than to have a number of providers of separate services. As with economies of scale, whether economies of scope will arise is conditioned by a range of factors such as whether all suppliers use the same technology and the level of expected market demand.

<sup>9</sup> Where average costs reductions are associated with greater usage/utilisation of an asset or facility – e.g.: average costs can reduce the greater the number of users of a gas network in a specific area.

<sup>10</sup> In other words, it will result in ‘allocative efficiency’, such that finite resources will be allocated to their most valuable uses.

*(b) To control market power*

46. Another common rationale for policy intervention arises in settings where – either as a result of statutory restrictions or because of other cost, structural or technological reasons – there is only a single, or small number of, supplier(s) of a service. Suppliers who hold a position of unilateral or collective market power, can have an incentive, and the ability, to behave in ways that exploit that position of power, for example, by setting prices considerably above underlying costs, degrading quality, or be insufficiently responsive to cost and other production efficiencies. Where firms are vertically integrated and have market power in an upstream or transportation markets another concern is that they can use their control over an ‘indispensable’ input to exclude competitors with whom they compete in related downstream markets. In addition, because suppliers with significant market power do not face the threat of competition, they may also produce at higher levels of cost than firms who operate in competitive markets (who are naturally incentivised to cut costs to improve profitability and remain competitive). In short, this rationale for intervention is framed in terms of both efficiency and equity considerations.

*(c) To address externalities*

47. Policy interventions are sometimes introduced to address the externalities that can arise in some industries. Externalities arise where there are wider costs or benefits associated with the supply of a service than those that accrue to the immediate parties to the transaction.<sup>11</sup> There are both positive and negative externalities. Examples of positive externalities include the widespread benefits associated with the provision of reliable energy supplies for cooking and heating, clean drinking water and adequate sanitation (which reduces the spread and cost of illnesses) or extensive transportation and communications networks (which allow more people to connect with one another). In each of these cases, policy interventions can be premised on the need to ensure that the wider societal benefits/harms of transactions in certain services are realised/avoided.

*(d) In recognition of the economic and societal importance of some products and services*

48. A related but more general explanation for policy interventions in some industries relates to the importance of the services provided both to an economy and to society. In essence, some interventions are a response to concerns that the pricing and allocation of some services are ‘too important’ to be left to market processes alone. In many jurisdictions, energy supply is often described as being ‘essential’, such that the efficient provision of these services is likely to benefit a number of members of a society and other sectors in an economy. This is often on the basis that such protections are required for health, economic and social reasons. For example, in Europe, the recent Clean Energy Package Directive states that: “*Energy services are fundamental to safeguarding the well-being of the Union*

---

<sup>11</sup> That is, there are uncompensated third-party effects.

*citizens. Adequate warmth, cooling and lighting, and energy to power appliances are essential services to guarantee a decent standard of living and citizens' health. Furthermore, access to those energy services enables Union citizens to fulfil their potential and enhances social inclusion.”<sup>12</sup> Similarly, in California, it has been noted that “quite simply, energy access is critical to economic and social stability and well-being”<sup>13</sup> while in Pennsylvania, access to energy services is described as being “essential for health, safety, a liveable home, child development and maintaining vibrant communities throughout Pennsylvania”.<sup>14</sup> The UK Parliament, has described energy as “a special and essential service.... an unavoidable necessity of life, which amounts to a significant portion of household budgets ... There is something very fundamental about energy—about heating and lighting a home—particularly for the most vulnerable customers.”<sup>15</sup>*

*(e) Affordability and distributional concerns*

49. Policy interventions have been introduced in some industries, at least in part, as a response to distributional issues, including issues relating to fairness and equity. This rationale rests on an underlying assumption that certain services (such as energy services) are merit goods and that they should be provided to all users on a broadly equivalent basis. On this line of reasoning, one of the purposes of policy interventions is to ensure wide coverage and affordable access to the service. In many jurisdictions interventions in the energy sector is often premised on a need to ensure ‘fairness’, ‘equity’ and, in some cases, ‘affordability’.

*(f) Limited or weak demand side pressure*

50. Policy interventions have sometimes been introduced because of the characteristics of those who purchase and consume the product. Specifically, some interventions in the energy sector have been introduced to address the fact that customers (including intermediate parties in the supply chain) may have access to poor or limited information (there are severe information asymmetries) or suffer from decision making biases, or otherwise prone to making irrational or imperfect decisions. These demand-side characteristics have implications for the extent of search and switching in a market, and therefore the

<sup>12</sup> European Union (2019). Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU.

<sup>13</sup> California Public Utilities Commission (CPUC) (2018a). ‘Order Instituting Rulemaking to Consider New Approaches to Disconnections and ReconNECTIONS to Improve Energy Access and Contain Costs’. 12 July 2018.

<sup>14</sup> Pennsylvania Public Utility Commission (PUC) (2019). ‘PUC Takes Major Steps to Address Energy Affordability for Low-Income Households; Revises Policy on Customer Assistance Programs and Initiates Rulemaking for Universal Service Programs’. Press Release. 19 September 2019.

<sup>15</sup> House of Commons Business, Energy and Industrial Strategy Committee (2018). ‘Pre-legislative scrutiny of the draft Domestic Gas and Electricity (Tariff Cap) Bill’ Fourth Report of Session 2017–19 Report. HC 517. 13 February 2018.

countervailing pressure placed on suppliers. In short, policy interventions have been directed at making customers more active in the market.

*(g) Low intensity of competitive rivalry among suppliers*

51. In industries where multiple suppliers compete intensively it is often the case that additional policy interventions are not necessary as robust competition should ensure that firms have natural incentives to set prices which reflect underlying costs, provide reliable and good quality services, and overcome information asymmetries where they exist so as to expand their market position. Conversely, in markets controlled by an unregulated monopoly provider, or a small number of suppliers who align their behaviour, there is a high risk of higher prices and lower quality of services.
52. In practice, many industry structures fall between the extremes of monopoly and being highly competitive. These market contexts might be categorized as those where: suppliers have some degree of market power or are highly concentrated which can create incentives for coordinated behaviour; suppliers lack strong incentives to maintain a good reputation because of high levels of concentration or barriers to entry; there are pronounced information asymmetries between suppliers and customers; or there is a ‘poor’ equilibrium, where all suppliers in a market may to different degrees seek to soften competition or exploit customers. In these settings, policy interventions have sometimes been premised on a desire to intensify competition between providers, including by lowering barriers to entry; providing customers with better and more accurate information; limiting contractual or other terms which create customer ‘lock-in’ and reduce demand side pressure; or to limit the scope for opaque or unclear practices which create customer confusion or exacerbate inertia.

### **3.2 Rationales for policy interventions for natural gas supply**

53. Having considered the general rationales for policy interventions in some industries and activities, it is useful to consider why the supply of natural gas is subject to policy interventions in many jurisdictions including Chile, and which activities in the natural gas supply chain are typically subject to such interventions.

*(a) Why is natural gas subject to policy interventions?*

54. In many jurisdictions, some activities in the supply of natural gas – typically gas transmission, distribution and, in some cases, gas storage and retail supply – are subject to ongoing policy interventions in the form of regulation of prices and other aspects of service quality. Table 1 draws on the discussion in section 3.1 to summarise the typical reasons for such interventions.

**Table 1: High-level rationales for the policy interventions for natural gas supply**

Rationale	Explanation
<b>To enhance economic efficiency</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Gas transmission pipelines and distribution networks are often subject to ongoing regulation on the basis that they involve large sunk investments in long-lived and immobile capital assets, which give rise to economies of scale, scope and density at certain levels of demand.</li> <li>Structural policy interventions – such as separation and unbundling policies – have sometimes been introduced to separate core network activities from the competitive activities to promote entry and dynamic efficiency.</li> </ul>
<b>To control monopoly power</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Many gas transmission and distribution companies have a statutory monopoly in a specific geographic area, such that they are the sole supplier.</li> <li>Gas storage operators (including LNG operators) and gas retailers with significant market power can also be subject to policy intervention and regulation in some jurisdictions where they have significant market power.</li> </ul>
<b>To harness positive externalities</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Gas services are often seen as critical to the development of many economies. In some jurisdictions, gas pipeline operators and distribution companies can be given incentives to expand the network and respond to demand.</li> </ul>
<b>Economic and societal importance of services</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Access to energy services (including gas) in many countries is seen as essential and important in nature such that there could be potential detriment to health, safety or wellbeing arise from having access to reliable energy (e.g. not being able to heat or cool home, cook, access hot water etc).</li> </ul>
<b>Affordability and distributional concerns</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In many jurisdictions price regulation of energy services, including natural gas services, aims to ensure that the price for services are fair and affordable.</li> <li>In some jurisdictions additional policies have been introduced to ensure that all consumers of energy services are treated fairly by suppliers or have certain ‘rights’, and to protect and provide assistance to vulnerable consumers or those experiencing financial hardship.</li> </ul>
<b>Limited or weak demand side pressure</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Policy measures in some jurisdictions, such as in Australia, UK, EU have sought to overcome and address the ‘obstacles’ customers face in fully benefiting from retail competition in gas and to empower consumers and make them more ‘active participants’ in energy markets.</li> </ul>
<b>Low levels of competitive intensity</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Policy measures in some jurisdictions has focused on intensifying competitive rivalry among the largest retail energy suppliers. This has included policies to promote greater consumer engagement, but also in some cases the imposition of default price caps for gas, or structural measures such as the separation of different activities in a supply chain.</li> </ul>

(b) *What activities in the natural gas supply chain are subject to policy interventions?*

55. In many jurisdictions, including Chile, the types of policy interventions and measures applied in the natural gas sector differ according to the activity and the type of provider of services. Table 2 below summarises the activities in the natural gas supply chain that are typically subject to some form of policy intervention in many jurisdictions.

**Table 2: Policy interventions in natural gas supply chain**

<b>Activity</b>	<b>Type of policy intervention</b>
<b>Upstream production or importation of natural gas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Specific policies can apply to the right to gas exploration and production, as is the case in Chile. However, gas importation activities are typically not subject to any form of on-going regulation in many jurisdictions on the assumption that competition among producers to procure LNG on international markets will be sufficient to address concerns about the exploitation of monopoly power.</li> </ul>
<b>Transportation of natural gas through pipelines</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In many jurisdictions gas transmission companies are subject to on-going price and non-price regulation and other conditions relating to third-party access. This reflects the fact that such operators either hold a monopoly position or have significant market power. There can also be restrictions on the ability of pipeline operators to be involved in other stages of the gas supply chain to prevent them from leveraging their significant market power into related competitive activities.</li> </ul>
<b>Distribution of natural gas through local networks</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In many jurisdictions gas distribution network operators are subject to on-going price and non-price regulation and other conditions relating to third-party access. There can also be restrictions on the ability of distribution network operators to be involved in other stages of the gas supply chain to prevent them from leverage their significant market power into related competitive activities.</li> </ul>
<b>Gas storage</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>The development and operation of gas storage facilities is, in principle, a potentially competitive activity, insofar as different owners and operators can develop facilities at various locations on a transmission network (such as new LNG regasification terminals).</li> <li>However, storage operators, particularly of large storage facilities (including LNG facilities), that can only be reached by a single transmission pipeline, or where they are owned and operated by integrated transmission pipeline operators can be subject to on-going oversight. This can involve requirements to provide third-party access to the facility on non-discriminatory terms.</li> <li>There can also be requirements in some jurisdictions that storage facilities be legally and functionally separated (where the storage or LNG operators are vertically integrated) from other activities in the gas supply chain.</li> </ul>
<b>Gas retail activities</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In some jurisdictions, competition has been introduced and on-going price regulation withdrawn for gas retail supply activities. However, in other jurisdictions such as some states of the US, gas rates and tariffs are subject to ongoing regulation. In the UK, gas price retail regulation has recently been re-introduced in the form of default price cap.</li> </ul>

### 3.3 Rationales for policy interventions for LPG

56. The type and extent of policy interventions in the LPG supply chain are more varied than those applied to natural gas supply. In some jurisdictions, LPG is simply treated as an ‘alternative fuel’ and is not subject to any additional economic policy oversight or measures beyond that which applies under general competition law.<sup>16</sup> In other jurisdictions, policy interventions have been introduced to address concerns about LPG pricing, the concentrated structure of the LPG market, or the potential customer harm arising from contractual terms or other vertical restraints.
57. Broadly speaking, the different treatment of natural gas and LPG in many jurisdictions appears to reflect three factors:
- First, in many jurisdictions, particularly in North America, Europe and Australia, there is an extensive natural gas distribution supply network. This network is the primary method through which most end-users (households and commercial customers) obtain access to gas, and for these users LPG is seen as a ‘back-up’ source of gas supply. While some proportion of the population in these jurisdictions do not have access to natural gas, these customers tend to be small in number and be in isolated locations or have other specific circumstances which means that they cannot be supplied with natural gas (e.g.: live in a remote village or a caravan park).
  - Second, as described below, the supply and demand characteristics differ as between natural gas and LPG. Most notably, the transportation and distribution activities differ (natural gas is transported in pipes to a customer’s premises while LPG uses a combination of pipes, trucks and tanks/cylinders) which has implications for costs and the scope for entry etc. In addition, while electricity generation is a major user of natural gas in many jurisdictions (including Chile), the principal demand for LPG comes from household and commercial users, which depending on their location can sometimes choose between multiple LPG sub-distributors or retailers.
  - Third, the rationale for introducing specific policies related to LPG pricing in some jurisdictions where there is limited supplies of natural gas have sometimes reflected wider policy goals such as a desire to encourage a shift away from more harmful and polluting forms of fuel (such as wood) towards LPG. This has sometimes resulted in subsidies or price controls being introduced for LPG.

---

<sup>16</sup> Of course there are safety and technical regulations applied, but these are not the focus of this opinion.

58. Against this background, the remaining discussion in this section considers first the possible rationales for introducing additional policy measures for LPG supply in settings where it is a main source of gas supply for many end-users (as in Chile). We then consider, in general terms, the types of policy measures that have been introduced in LPG markets in other jurisdictions.

(a) *Why might LPG supply be subject to additional policy interventions?*

59. Table 3 sets out a general analysis of how each of the rationales for policy intervention identified in section 3.1 might apply to the supply of LPG. As noted, a crucial assumption underpinning the analysis in table 3 is that LPG represents the major, or only, gas source for many or a majority of end-users in a specific jurisdiction. In other words, it assumes that most households do not have access to an alternative source of natural gas supply and are therefore reliant on LPG as the only source of gas to heat or cook etc.

60. I am not in a position to assess which of the rationales set out in table 3 apply to the specific context of LPG supply in Chile. However, from the background facts I have been given (described in section 2 above), it would appear that on the face of it some of these rationales for policy action could be relevant to the Chilean context. For example, policy interventions might be warranted:

- to address concerns about (collective) market power associated with the high levels of concentration in LPG supply;
- because access to LPG is considered essential for a large proportion of the population who do not have access to pipeline supplied natural gas;
- to address distributional concerns and ensure that the price of LPG is affordable, particularly given that it is typically consumed by lower income households;
- to address the limited demand side pressure exerted by sub-distributors and end-users;
- to address the concerns about low levels of competitive intensity between the main integrated upstream suppliers of LPG (discussed further in section 5).

61. It is also worth noting that policy action in other jurisdictions has been motivated by the fact that from a household perspective there is a functional equivalence between natural gas and LPG, and that it can be an essential product for some households. For example, the UK competition agency has previously noted “*LPG performs the same household functions as mains gas, but is delivered by road and stored on individual premises*”.<sup>17</sup> Similarly, the Portuguese Competition Agency has noted that LPG has “*an important social role, since they are the only gas based fuel accessible in several regions in the country where natural*

---

<sup>17</sup> Office of Fair Trading (2011). Off-Grid Energy Market Study. October 2011.

*gas has not arrived, and in sensitive areas of urban districts.”<sup>18</sup>* Further, the Canadian Competition Bureau has noted that LPG (propane) is an essential good for some consumers in that country,<sup>19</sup> while in South Africa access to cylinder LPG is particularly important for poorer households.<sup>20</sup>

**Table 3: Possible rationales for policy interventions for the supply of LPG**

Rationale	Explanation
To enhance economic efficiency	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Upstream investments in LPG import terminals, storage and regasification facilities can involve large sunk costs in long-lived and immobile capital assets. Although this could give rise to economies of scale, scope and density at certain levels of demand, these activities are generally not subject to specific ongoing policy interventions.</li> <li>• Transportation and downstream LPG activities involve less substantial investments in fixed and immobile assets than for natural gas, and are activities where there is scope for competition between alternative providers.</li> <li>• In some circumstances policy interventions might be necessary to allow for third party access to core and indispensable activities in the supply chain (such as access to LPG import terminals or storage facilities) with the aim of promoting entry and enhancing dynamic economic efficiency.</li> </ul>
To control monopoly power	<ul style="list-style-type: none"> <li>• In many jurisdictions the supply of LPG is often characterized by a small number of vertically integrated providers who combine the importation/production, storage and transportation. The extent of competition between these vertically integrated providers can vary, and as described below, there have been concerns in a number of jurisdictions about parallel/coordinated behavior. On-going oversight of LPG retail prices may be necessary in some circumstances to address concerns about unilateral or collective market power.</li> <li>• In some circumstances, policy interventions might be considered necessary to address the risks that market power is leveraged from one activity to another (either horizontally or vertically) with the aim of foreclosing competitors.</li> <li>• While in many jurisdictions there is often a large number of sub-distribution/retailers of LPG policy interventions might be warranted where they have limited bargaining power vis-à-vis upstream suppliers and to address specific contractual terms or vertical restraints under which they operate (e.g.: exclusive agreements).</li> <li>• Policies may also be needed to address concerns that end-users are contractually or constructively ‘locked-in’ in to a particular LPG provider which reduces incentives to search and switch.</li> </ul>

<sup>18</sup> Autoridade da Concorrência (2009). Detailed analysis of the liquid fuel and bottled gas sectors in Portugal. March 2009.

<sup>19</sup> Canadian Competition Bureau (2014). Propane Market Review. April 25, 2014.

<sup>20</sup> South African Competition Commission (2017). Market Inquiry into the LPG Sector. March 2017.

<b>To harness positive network externalities</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In jurisdictions where the natural gas network is not ubiquitous or has limited coverage, policies to ensure secure and fair access to LPG might be considered important to promote economic and social development.</li> </ul>
<b>Economic and societal importance of services</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In jurisdictions where the natural gas network is not ubiquitous or has limited coverage, policies to ensure fair access to LPG may be important to ensure the health, safety or wellbeing of the population (e.g. allowing households to heat or cool home, cook, access hot water etc).</li> </ul>
<b>Affordability and distributional concerns</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In many industrialized countries, household's that rely on LPG for gas supply tend to be less well-off. LPG is typically more expensive than most other fuels and natural gas and its prices on the world market are also highly volatile, making regular use of LPG challenging for many households particularly those that are not well-off. Policy interventions may therefore seek to protect LPG consumers from excessive prices which deviate substantially from underlying costs or from rapid or unexpected price changes.</li> </ul>
<b>Limited or weak demand side pressure</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In some jurisdictions customers (including retailers/sub-distributors and end-users) have displayed a limited willingness to search or switch. This could motivate the introduction of policy measures that reduce contractual lock-in clauses and more broadly promote greater customer information and search behavior.</li> </ul>
<b>Low levels of competitive intensity</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Policy measures in some jurisdictions has focused on intensifying competitive rivalry among LPG suppliers. This has included demand side measures to promote greater consumer engagement, but also in some cases price regulation or oversight.</li> </ul>

(b) *Examples of additional policy measures introduced in LPG supply in other jurisdictions*

62. Perhaps because of the points noted in the preceding paragraph, there has been a number of investigations and market studies by competition authorities and other policy bodies into LPG supply in different parts of the world, particularly in jurisdictions where a large proportion of the population is dependent on LPG as their main source of gas supply.
63. The discussion in this section presents examples of the types of additional policy measures that have been introduced in LPG markets in selected jurisdictions. The discussion is not intended to be comprehensive but rather to provide an overview of the types of policy measures that have been used in practice. The policy measures are organised under five headings:
- Interventions which involve the on-going monitoring or regulation of LPG prices.
  - Investigations by competition agencies in relation to coordinated or parallel pricing in LPG supply.
  - Non-price related interventions in LPG markets (e.g.: to address contractual terms or exclusivity arrangements).

- Interventions to address weak or limited demand side pressure.
  - Structural interventions in LPG markets.
64. Table 4 below presents examples of jurisdictions where some form of on-going regulatory oversight of LPG prices is applied. Given the different contexts and motivation for price regulation, the table excludes a number of countries that have introduced subsidies in the form of maximum price regulations in order to encourage a shift away from alternative fuel sources (such as wood) to LPG.<sup>21</sup>

**Table 4: Ongoing monitoring or regulation of LPG prices**

Country/ jurisdiction	Discussion
Canada	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Retail propane (LPG) prices are regulated to varying degrees in five Canadian provinces (British Columbia, New Brunswick; Manitoba, Prince Edward Island and Newfoundland). Regulation often takes the form of maximum prices based on maximum mark-ups to posted wholesale prices. Accordingly, regulated prices fluctuate in response to changes in the market.</li> </ul>
Portugal	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Since 2020, fixed price controls for LPG cylinders have been introduced in response to the increase in the marketing margins of retail operators.</li> </ul>
Spain	<ul style="list-style-type: none"> <li>• LPG prices are controlled by means of a price cap formula, which is reviewed quarterly for raw materials and transport costs, and yearly for commercialization costs.</li> </ul>
USA	<ul style="list-style-type: none"> <li>• In some states, (such as Texas, Colorado, Michigan, Montana and Nevada), suppliers of LPG (propane) through a piping system to at least 10 customers are classified as distribution system retailers and subject to ratemaking jurisdiction of the regulator. In other states, such as Connecticut and Massachusetts, LPG pricing is monitored and the regulator/government agency disseminates pricing information to consumers. The United States Department of Energy also conducts surveys of average propane prices which it publishes on the Internet.</li> </ul>
Botswana	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Since 2016 a regulatory body is responsible for ensuring that tariffs in the regulated sector are fixed on the basis of a tariff methodology that has been set up in a transparent manner taking into account policy on cross subsidies between classes of consumers.</li> </ul>
South Africa	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Maximum LPG wholesale and retail prices are set by the Department of Energy.</li> </ul>

65. In some jurisdictions concerns have been raised about potential anti-competitive pricing by LPG suppliers, including coordinated pricing and tacit collusion. Table 5 provides an overview of some examples of where competition agencies have raised such concerns or conducted investigations into this issue.

**Table 5: Investigations by competition agencies in relation to coordinated or parallel pricing in LPG supply**

Country/ jurisdiction	Discussion
Korea	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2009 investigation by the Korean Fair Trade Commission found that seven LPG suppliers had fixed wholesale prices in the period between 2003 and 2008.</li> </ul>
Taiwan	<ul style="list-style-type: none"> <li>• There have been various findings of concerted actions in the Taiwanese market. A 2000 decision by the Fair Trade Commission found that there was concerted</li> </ul>

<sup>21</sup> See World Bank (2021). Subsidizing Bottled Gas: Approaches and Effects on Household Use. June 2021.

	<p>action to raise the price for cylinder LPG by three suppliers. A subsequent 2001 decision found that 27 LPG cylinder distributors in southern Taiwan had been engaging in concerted action to raise fees for delivery and filling services and to raise the price of cylindered LPG. In 2002, the Fair-Trade Commission investigated concerted actions in increasing sales margins on the part of nine LPG distributors.</p>
Portugal	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2009 Market Study found evidence of visible parallel behaviour involving both the major oil companies and independent operators. However, it concluded that given EC law it would be difficult to prove to a court that it was an example of concerted practices, and so it recommended that structural, regulatory and behavioural features be introduced to ensure stronger market contestability.</li> <li>• A subsequent 2017 study by the Competition Agency found that although LPG import costs decreased significantly since 2014, the pace of the retail price decrease was slower than that of import costs, leading to the growth of gross margins. The analysis also found that the wholesale prices of bottled LPG of the two largest operators (accounting for more than two thirds of supply) are generally similar. The profit margins associated with the pricing strategy of the main market players showed that they exercise market power to some extent, and that this likely followed from the high degree of concentration in the market together with the rigidity of demand for bottled gas with respect to price.</li> </ul>
South Africa	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2017 Market Inquiry by the South African Competition Commission noted that high market concentration amongst the wholesalers is fostering an environment which is conducive for coordination.</li> </ul>
Canada	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2014 Market Review investigated whether high LPG (propane) prices were the result of anti-competitive behaviour, including tacit collusion. It noted that as propane is an essential good for some consumers, any such anti-competitive activities would be likely to have substantial negative effects. It concluded that there was not sufficient evidence available, at that time, to support the finding that anti-competitive activities have exacerbated the impact of recent propane price spikes on consumers. However, it also noted that its examination was limited by certain factors.</li> </ul>
UK	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2011 Market study considered complaints from LPG consumers alleging that prices are excessively high and rising. Its analysis found large variations in prices in some parts of the UK and that such price variations in some areas reflected limited competition. It suggested that consumers should either have some form of contractual protection against price variation (for example price limits) or they should be able to cancel the contract on reasonable terms if the price varies significantly.</li> </ul>

66. Policy interventions have also focussed on the non-price aspects of the LPG supply arrangements which could be adversely affecting competition and customers, such as unduly long-term or evergreen contracts, exclusivity, or other vertical restraints. Table 6 presents examples of where such issues have been raised and the types of policy measures that have been proposed or introduced in response.

**Table 6: Non-price related interventions into LPG supply**

<b>Country/ jurisdiction</b>	<b>Discussion</b>
France	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2014 study by the French Competition Agency found rigidity in the structure of the contracts involving the distribution of bulk LPG between suppliers and households. It found that these contracts effectively imposed obligations to combine gas supply with other services such as the supply of the tank and</li> </ul>

	<p>maintenance work; were generally of a very long duration (3 to 9 years); and contain stipulations making them difficult to terminate. Contracts were also opaque from the cost perspective. It set out five recommendations to address these concerns, including allowing customers to seek supply from their provider of choice; separating the supply of gas an ad hoc contract from other services (such as equipment maintenance and monitoring or tank supply; allowing consumers to buy an LPG tank and have it maintained by a company of their choice; separating the different cost components in the supply agreement, so customers can make their choices in full knowledge of the facts; strengthening tariff transparency by publishing all current contracts and scales on the companies' websites; and limiting the total duration of contracts relating to the supply of tanks and their upkeep to five years).</p>
Portugal	<ul style="list-style-type: none"> <li>In 2015, the competition agency issued a decision against companies for anticompetitive practices in the Portuguese bottled LPG market, namely in contracts with restricted the ability of distributors from selling bottled LPG outside their allocated territory thereby stifling intra-brand competition between these distributors. In 2019 a new regulation was introduced with the aim of fostering competition in the sale of cylinder LPG by establishing a cylinder exchange mechanism</li> </ul>
UK	<ul style="list-style-type: none"> <li>A 2011 Market study considered concerns about contractual arrangements between LPG cylinder suppliers and dealers, and also about contract terms for bulk LPG, including lock-in periods, and the use of certain low introductory tariffs but are then locked in (e.g.: tease and squeeze strategies). It recommended that policies be targeted at specific LPG consumers to encourage them to search.</li> <li>An earlier 2006 Market Investigation into Domestic bulk LPG found evidence of contractual restrictions on switching, which included lengthy fixed minimum terms in introductory contracts and selective discounting to customers. To address its concerns policy measures introduced included providing for a timely tank transfer or removal process at no cost to the customer, standardising and improving the information suppliers must provide to their customers on the switching process, and changes to all customer contracts to enable easier switching.</li> </ul>
Botswana	<ul style="list-style-type: none"> <li>A 2018 Market Study by the competition agency found that exclusive supply agreements between importers and distributors were of a long duration which made it difficult for new entrants (at distribution level) to venture into the market. It found that most distributors were unable to switch suppliers easily as importers own the equipment, while the distributors provide the land which had the connotation of exclusive supply. It also found problems with vertical integration since the importers own the equipment used by the distributors, and, in-turn 70% of the distributors own or are somehow affiliated with retailers' country wide, this could make market entry by new firms difficult, and could facilitate a culture of anti-competitive behaviour.</li> </ul>
South Africa	<ul style="list-style-type: none"> <li>A 2017 Market Inquiry by the South African Competition Commission found that refineries prefer long-term supply agreements, and that problems in securing supplies of LPG from refineries pose a significant barrier to entry for wholesalers. It noted that the ability of competitors to enter and/or expand at the wholesale level may be affected negatively due to foreclosure of supply. Among other things it found that the duration of the contracts was long with some agreements renewed with the same wholesaler for over 25 years, and that contracts exist with some of the large wholesalers including unlimited renewal clauses. These clauses have the effect of creating "evergreen contracts", thus entrenching incumbency advantages for the parties involved. Some long-term supply agreements contained incentives such as provisions for discounts on</li> </ul>

	wholesale prices of up to 10%. To address these concerns the Commission recommended that contracts be limited to 10 years and that all automatic renewal clauses must be removed from all supply agreements. To improve LPG access to small wholesalers, refineries must now allocate a minimum of ten percent LPG production (excluding internal consumption) to small wholesalers on at least two-year supply agreements. In the cylinder market it found that the cylinder exchange practice acts as a potential barrier to entry into the cylinder market as it is governed through bilateral agreements and these agreements have made participation by new entrants difficult.
--	--

67. Policy interventions have also focussed on the weak customer or demand side pressure in some jurisdictions and have sought to address obstacles or barriers that customers face when searching the market or switching LPG supplier. Table 7 presents examples of policy interventions intended to make consumers more active in the market.

**Table 7: Interventions to address limited or weak demand pressure in LPG supply**

Country/ jurisdiction	Discussion
Canada	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2014 Market Review found that once a consumer chooses to use LPG, significant investments must be made to acquire equipment and appliances that are specifically designed to use LPG only. As a result, these consumers cannot easily switch to other fuels in the short term and have limited options when prices rise.</li> </ul>
USA	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2011 government study in Connecticut found that consumers often found that terms and conditions of the contracts to be vague or allow dealers to make changes to various fees with little to no notice to the consumer. As such consumers may be agreeing to items in contracts without any awareness or full understanding of the implications. It recommended various changes to contracts to address this.</li> </ul>
UK	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2011 Market Study into Off-grid fuels concluded that many cylinder LPG consumers are in practice unable to readily switch to alternative methods of heating or to bulk LPG and faced above average heating costs. Although there are numerous dealers and retailers, in practice consumers perceived there to be limited choice, and as such it found little evidence of consumers switching between retailers. Given the small size of the affected population it recommended that policies be targeted at specific LPG consumers which encouraged them to search.</li> <li>• An earlier 2006 Market Investigation into Domestic bulk LPG found evidence of weak competition and that each year only around three per cent of the major suppliers' customers ended their supply arrangements, and that only one in six of these (0.5 per cent of the customer base) did so to switch to an alternative LPG supplier. It identified a number of features which resulted in weak competition including: up-front charges to customers; poor customer information about switching; pricing information from other LPG suppliers was difficult to obtain; and, in some cases, customers incurred search costs for finding a cheaper supplier. In response it introduced measures to reduce customer lock-in and facilitate switching including standardising and improving the information suppliers must provide to their customers on the switching process, and changes to all customer contracts to enable easier switching.</li> </ul>
Australia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Some states, such as Victoria, have established LPG retail codes which prescribe minimum standard service levels that LPG Retailers should meet when selling</li> </ul>

	LPG to household customers. This is intended to protect consumers and allow them to understand their rights, including in terms of termination etc.
South Africa	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2017 Market Inquiry by the South African Competition Commission found some evidence of switching for bulk LPG, but noted that it does not take place seamlessly and the supply arrangements were structured in a vague manner that does not facilitate switching. It made various recommendations to address these concerns.</li> </ul>

68. Finally, concerns have been raised about the LPG supply structure across several jurisdictions, including high levels of concentration and vertical integration. Table 8 below summarises the structural concerns that have been identified and what policy measures have been proposed or implemented to address these concerns.

**Table 8: Structural concerns and interventions in LPG supply**

<b>Country/ jurisdiction</b>	<b>Discussion</b>
Portugal	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2017 study by the Portuguese Competition Agency found that the bottled LPG industry is concentrated in a small number of market players, with a stability in the market shares of the main players over time which is consistent with a lack of competitive pressure. It also identified barriers to entry and expansion in the distribution of bottled LPG which was likely to reduce the competitive pressure in the market. Important among these was access to LPG storage facilities where the three main market players, currently control the ownership of the entire share capital of the storage facilities. To address these structural barriers to entry and expansion, the study recommended that the Portuguese Government grant a public interest status to the Perafita and Sines storage facilities, such as that established for the CLC storage facility, to ensure that negotiated access to these storage facilities.</li> </ul>
France	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2014 study by the French Competition Agency found that the oligopolistic structure of the sector – in which more than 90% of supply comes from five companies Antargaz, Butagaz, Primagaz, Totalgaz and Vitogaz – created rigidity in the market as a result of the structure of the contracts that the LPG companies enter into with households.</li> </ul>
Spain	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Some commentators have suggested that there are high levels of industry concentration due to Butano Respol's control over the industry. This is seen as a significant barrier to entry, as entrants must compete against a vertically integrated market leader that controls much of the production and importation, and also the activities of bottling and end distribution.</li> </ul>
UK	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2011 Market Study into Off-grid fuels concluded that there are few cylinder LPG suppliers upstream and some domestic cylinder LPG users have a limited choice of retailers downstream. Furthermore, it found that distribution and retail arrangements for cylinder LPG are heavily constrained by vertical agreements and the concentration in the upstream market these agreements could potentially restrict competition. The competition authority noted that it may return to these issues in the context of the wider cylinder LPG market study at a later date</li> </ul>
Pakistan	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2020 competition assessment by the Competition Commission of Pakistan found various barriers to entry and expansion that restrict/reduce and distort competition in the sector at various levels. It also found evidence of anti-competitive and illegal business practices carried out by LPG dealers. It recommended that LPG dealers be subject to monitoring by a regulatory authority.</li> </ul>

Botswana	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2018 Market Study by the competition authority found that the LPG market's oligopolistic nature made it vulnerable to anti-competitive behaviour and highlighted a need for effective regulation.</li> </ul>
South Africa	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A 2017 Market Inquiry by the South African Competition Commission found that the market is highly concentrated with four large wholesalers accounting for significant market share. It also found that new entrants and small existing firms must overcome high barriers to entry in the wholesale markets. It also noted that some of the wholesalers were vertically integrated with refineries in the past and have maintained these relationships.</li> </ul>

### **3.4 Summary**

69. This section provided a general overview of *why* policy measures might be necessary in LPG markets, and presented some examples from international experience of the types of measures that have been implemented or contemplated. Four main points emerge from the discussion.
70. First, various factors motivate the introduction of additional policy measures in some industries, or activities within an industry. Common motivating factors include to: improve economic efficiency; control unilateral or collective market power; harness positive externalities; take account of the economic and societal importance of some products and services or to address fairness and distributional concerns; address weak or limited demand side pressure; and to improve the competitive intensity of an industry.
71. Second, in many jurisdictions, including Chile, the main rationales for policy interventions in natural gas supply include to enhance economic efficiency, control monopoly power and because access to energy is seen as an essential service and there is a need to ensure that the price of natural gas is fair and affordable. To achieve these objectives policy measures in the form of on-going regulation of prices and other terms is often applied to the transportation, distribution and storage of natural gas.
72. In contrast, the type and extent of policy interventions in the LPG supply chain are more varied than those applied to natural gas supply. In jurisdictions where LPG represents the major, or only, gas source for many or a majority of end-users such as Chile, policy intervention might be warranted because: of concerns about high levels of concentration in LPG supply and collective market power; access to LPG is considered essential for a large proportion of the population who do not access to grid/pipeline supplied natural gas; to ensure that the price of LPG remains affordable, particularly given high levels of consumption by lower income households; and to address the limited demand side pressure exerted from sub-distributors and end-users.
73. Finally, a brief survey of competition investigations and market studies into LPG supply in different parts of the world, reveals that a range of policy measures have been introduced to enhance competition and address specific competition issues identified in these countries. These include: on-going monitoring or regulation of LPG prices; investigations

and prosecutions in relation to coordinated or parallel pricing in LPG supply; non-price related interventions in LPG markets; interventions aimed at increasing demand side pressure; and various structural interventions.

## 4. Policy alternatives to address the risks of the horizontal integration of LPG and natural gas

74. This section considers possible policy alternatives that could be introduced to address the risk to competition arising from the horizontal cross-ownership and control (horizontal integration) of LPG and natural gas distributors in some municipalities in Chile. The discussion is structured under three headings:

- I first set out my understanding of the factual context and the findings of FNE with respect to the effects of the horizontal integration of LPG and natural gas distributors.
- I then set out possible reasons why policy intervention may be warranted to address the risk that horizontal integration may be adversely impacting on competition.
- Third, I describe, in a general way, possible policy alternatives that could be introduced to mitigate the risks to competition of horizontal integration.

### 4.1 The effects of the current horizontal integration of LPG and natural gas

75. As section out in section 2, there are 70 municipalities in Chile where the users have a choice between natural gas supply and LPG distribution, and in some of these municipalities the operator of the natural gas network is also involved in the distribution of LPG. The FNE's analysis found that in those municipalities where there is horizontal integration the prices for LPG were, on average, higher than in non-integrated municipalities.

76. Implicit in this analysis and findings are two assumptions.

- First that natural gas and LPG are to some degree substitutes for one another from the end-user perspective. In other words, it is assumed that the relative prices of LPG and natural gas will affect the decisions of some customers at the margin, such that a significant and non-transitory increase in the price of LPG might be expected to result in some customers switching some consumption away from LPG to natural gas (if they are connected to the natural gas network), or seeking a connection to the natural gas network if they are not already connected.
- Second, it is assumed that any increase in the price of LPG by the horizontally integrated operator can be sustained without customers switching to an alternative non-horizontally integrated LPG distributor in that municipality.

77. I have not been asked to assess the veracity of these assumptions or the FNE's findings about relative substitutability between LPG and natural gas. For the purposes of the discussion that follows I have therefore adopted the FNE's finding that LPG and natural gas are substitutes for one another, and that in those municipalities where operators are horizontally integrated there is a risk that this could be having an adverse effect on competition.

#### **4.2 Why intervene to address horizontal integration?**

78. In some cases where a single operator is engaged in the supply of two potentially substitutable services, and holds a position of significant market power in the supply of one or both of those services, it may have an ability and incentive to supply the services in such a way so as to maximise its profits across the two products. This could involve increasing the price, or restricting supply, for one or both products.

79. From a competition perspective the chief concern is that the horizontally integrated operator will not make decisions about the price and non-prices terms of supply for each service independently. Rather it will consider how the terms of supply for one service will impact that the demand and profitability of the other service. In other words, decisions will be taken which maximize the joint profits from the sale of both services – in this case, LPG and natural gas. In effect, the horizontally integrated operator acts as if there is an internal horizontal agreement between its natural gas supply division and its LPG division.

80. Where a horizontally integrated operator with market power has control over substitute services this can have a number of adverse effects on competition and consumers:

- It can result in an inefficient allocation of goods and services and thus harm (static) economic efficiency. Put simply, by removing the competitive constraint of the substitute service a horizontally integrated operator can, in some settings, have the ability and incentive to set price terms for one or both services which deviate from the underlying costs of supplying those services.
- It can allow the horizontally integrated operator to take advantage of any significant market power it has in the supply of one or both services. In other words, an integrated operator who is the sole supplier of natural gas in a municipality and also holds a position of significant market power in the supply of LPG may be in a position raise the prices for such services without the threat of a competitive response. This results in a direct transfer of wealth from consumers to the integrated operator.
- It can potentially harm dynamic economic efficiency by allowing the horizontally integrated operator to leverage its position of significant market power or monopoly in the supply of one service (e.g.: natural gas distribution) into another service where

there is potential for competition. For example, the integrated operator might seek to deter competition developing for the substitute service (e.g.: LPG) by threatening to reduce prices (for LPG or natural gas) if an entrant gains a strong position in LPG supply in a specific municipality. Critically, even the *threat* of such action by the integrated operator can act as a barrier to entry into the competitive activity.

- It can also harm dynamic efficiency by changing the incentives of the horizontally integrated operator to invest or expand in one or both of the services if the result of such investments is to reduce overall joint revenues. For example, a horizontally integrated operator might not have strong incentives to encourage connections to the natural gas network if the result is a cannibalization of the higher margins it obtains from the supply of LPG.
  - Finally, where one service is regulated (such as natural gas supply) the horizontally integrated operator might seek to shift or allocate costs associated with the non-regulated service (LPG supply) into the cost base of the regulated service. This can either increase its profit in the regulated service, or undercut or distort competition in the supply of the non-regulated service. It can also allow the horizontally integrated operator to foreclose entrants in the competitive activity by charging prices below the attributable costs of supply for that service.
81. Concerns about the potential adverse effects of horizontal integration are well understood in competition and regulatory economics. At a general policy level, there are restrictions in most jurisdictions on the ability of suppliers of substitute products entering into horizontal agreements about the conditions of the supply of those services (i.e.: effectively horizontally integrating the supply of their services). Similarly, when two suppliers of substitute services seek to merge with one another, and one or both the suppliers have market power, then this is typically subject to close scrutiny by competition authorities because of the potential adverse impacts it can have on competition.
82. In addition to these policies which apply across the economy, in many essential service industries – such as energy, communications, transport and water – additional policy measures have been introduced in some countries to address specific concerns about horizontal integration in those industries. Table 9 below provides a high-level overview of where such concerns have arisen in other sectors.

**Table 9: Concerns about horizontal integration in other essential service industries**

Sector	Discussion
Gas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concerns that the common ownership of storage facilities by other parties in the supply chain (e.g.: gas transportation companies) could reduce the independence of storage system operators have arisen in some jurisdictions such as the EU.</li> <li>• In some jurisdictions (such as Australia) concerns have arisen that operators of multiple gas pipelines might use revenues earned from</li> </ul>

	regulated services to cross-subsidise contestable services, including those services not subject to regulation.
Electricity	<ul style="list-style-type: none"> <li>In electricity generation horizontal structural separation was introduced in the UK and some states of Australia with the aim of creating the conditions where generators (using different fuel sources) compete with one another.</li> <li>More recently, concerns have also arisen in some jurisdictions about the cross-ownership of large-scale electricity storage facilities by other parties in the electricity supply chain, and in some cases local distribution utilities are prohibited from owning any storage resources.</li> </ul>
Telecoms	<ul style="list-style-type: none"> <li>Concerns have arisen in the past in the EU that the integration of telecommunications and cable network operators might be adverse to competition as the services provided on these infrastructures were seen as potential substitutes for one another, and that cable television providers and telecommunications companies were probably the most likely entrants into each other's markets.</li> </ul>
Post	<ul style="list-style-type: none"> <li>Concerns about horizontal integration in the postal sector have focused on the fact that most postal incumbents are also active in the supply of unregulated activities such as express mail or parcel delivery. Here the concern is that the integrated firm will allocate costs between the regulated and unregulated activities in such a way as to distort competition.</li> </ul>
Rail	<ul style="list-style-type: none"> <li>In some jurisdictions, policies have been introduced which separate the provision of passenger and freight services. The aim of such policies has been to avoid the cross subsidy of one set of services by another set of services and thus distort competition and investment decisions.</li> </ul>
Aviation	<ul style="list-style-type: none"> <li>In some jurisdictions, such as the UK, policies have involved the mandated horizontal separation of airports in certain areas (e.g.: London) which could potentially compete with one another.</li> </ul>
Water	<ul style="list-style-type: none"> <li>In some jurisdictions, such as England and Wales, where there are separate regional water companies, rules prohibit the horizontal merger between certain water companies. The aim of such policies has, in part, to allow for a form of benchmarking competition.</li> </ul>
Digital platforms	<ul style="list-style-type: none"> <li>In a number of jurisdictions, such as the US and the EU, concerns have arisen about the ability of dominant multi-platform conglomerates that supply services across several product and service markets to strategically cross-leverage their position to block entry by more focused or emerging rivals. A related structural policy concern has involved the 'unwinding' of consummated mergers that have caused higher prices or lessened competition including past horizontal mergers between a digital platform and a potential competitor that supply similar services (e.g.. Facebook and Instagram).</li> </ul>

#### 4.3 Policy alternatives to address the risks of horizontal integration

83. A range of policies could, in principle, be introduced to address the risk to competition of horizontal integration. These measures can range from full ownership or line of business separation policies, which would prohibit the cross-ownership or control of substitutable services, to policies which allow the horizontally integrated operator to remain active in the supply of the substitutable services on the condition that they introduce various ring-fencing or other separation requirements. All of these interventions are directed at

addressing the ability and incentive of a horizontally integrated operator to supply the substitutable services in ways that adversely impact on efficiency, competition and customers. Broadly speaking, two types of policy interventions could be introduced:

- Behavioural interventions which can involve the integrated operator committing to certain obligations and/or monitoring arrangements.<sup>22</sup>
- Structural interventions which require changes to the ownership or operational structure of the horizontally integrated operator.

84. I have not been asked to assess the appropriateness of the various policy alternatives set out below to mitigate the risk that horizontal integration in the specific context of Chile. Rather the purpose of the discussion is to highlight in a general way the potential policy options (including policies that have been used in other contexts) that could be introduced to address concerns about the potential risk of horizontal integration.

*(a) Behavioural policy interventions*

85. One set of policy alternatives to mitigate the risk of horizontal integration having adverse effects on competition involves the imposition of certain ‘behavioural’ obligations or requirements on the horizontally integrated operator. These behavioural interventions have the aim of mitigating the ability or incentive of the integrated operator to take advantage of its position in the supply of the substitute services.
86. Behavioural policies could involve legal commitments on the part of the horizontally integrated entity not to share sensitive operational or financial information about LPG and natural gas across business units, or to ensure the operational autonomy of decision-making bodies and to limit the access that key staff have to certain information. These commitments could be subject to ongoing monitoring by an external body. The aim of such policies is to encourage greater independence in the decision making regarding the supply of LPG and natural gas. If the penalties for breaching such provisions are an effective deterrent then such policies could change the incentives of the integrated entity in terms of how it sets the prices for LPG and natural gas, and the incentives to expand the natural gas network.
87. Behavioural policies might also involve the horizontally integrated entity committing to certain service standards or targets regarding service quality and network expansion. For example, the integrated entity might commit to honouring any reasonable request made by a customer that wants to connect to the natural gas network. Alternatively, the integrated operator might set out a commitment, and a plan, for the long-term expansion of the natural gas network.

---

<sup>22</sup> These are sometimes called undertakings or behavioural undertakings in other jurisdictions.

88. A principal advantage of such behavioural policy interventions is that they can be tailored to the specific risks/problems identified and involve minimal restructuring costs. The principal disadvantage of such policies is that they can involve high levels of on-going reporting and monitoring costs, and may be insufficient to change the incentives of the integrated operator with regards to the pricing of LPG and natural gas and the expansion of the network.

*(b) Structural policy interventions*

89. Another set of policy alternatives to mitigate the risk of horizontal integration having adverse effects on competition is structural in nature and would involve the separation of the LPG operations from the natural gas operations. Structural separation policies are often introduced where it is considered that behavioural interventions would be insufficient to mitigate the risks of horizontal integration; in other words, where behavioural interventions are unlikely to materially change the ability or incentive of the integrated operator to take advantage of its position in the supply of the substitute services.
90. Broadly speaking three different forms of separation requirements could, in principle, be introduced to address the risks to competition of the horizontal integration of LPG and natural gas supply in some municipalities in Chile, including:

- **Ownership separation or divestment:** Integrated LPG and natural gas operators could be required to divest of their ownership in the supply of one of the services in those municipalities where there is an overlap.
- **Line of business separation/ringfencing:** Integrated LPG and natural gas operators would be required to establish separate business and operating units to supply LPG and natural gas.
- **Accounting separation:** Integrated LPG and natural gas operators would be required to prepare and submit to an appropriate body separate accounts

91. Table 10 describes what each of the above policies might involve; how it could change the incentives or ability of the integrated entity; and examples of other sectors where such policies have been used.

**Table 10: Possible structural policy interventions to address the risk to competition of horizontal integration**

Form of separation	What might such a policy involve?	How would it change the ability and incentives of the integrated entity?	Examples of implementation of such policies from other industries and jurisdictions
Ownership separation or divestment	<ul style="list-style-type: none"> <li>Integrated LPG and natural gas operators would be required to divest of their ownership in the supply of one of the services in municipalities where there is an overlap. That is, they would no longer be able to legally or economically be involved in the supply of LPG if they also supply natural gas in that municipality (or vice versa).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>This policy would completely remove the ability of the integrated operator to charge higher prices or limit its expansion of the network in areas where it provides both services.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In the UK electricity sector generators were split into three companies at the time of restructuring to promote competition between generators.</li> <li>In the UK, following a Market Investigation by the Competition Commission, British Airports Authority was required to divest of two London airports to promote competition between airports.</li> <li>In the US and elsewhere passenger and freight railroad operations have been horizontally separated to ensure that activities are not cross-subsidized.</li> <li>In many jurisdictions in order to gain approval for a merger it is not uncommon for companies to agree to divest of certain assets or business lines where their activities overlap.</li> </ul>
Line of business separation or ringfencing	<ul style="list-style-type: none"> <li>Integrated LPG and natural gas operators would be required to establish separate business and operating units to supply LPG and natural gas. Although these business units could remain under common ownership, they would be operated</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>If effective this policy could limit the ability and incentive of the integrated operator to charge higher prices or limit its expansion of the network in areas where it provides both services.</li> <li>However, much will depend on the specifics of the separation policy and</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>The EC Cable Directive imposed a requirement that telecommunications services and cable television networks be legally separated.</li> <li>Under relevant EU gas directives in order to ensure the independence of storage systems it is required that storage facilities</li> </ul>

	<p>as individual entities. This would likely involve the use of separate management and remuneration structures for the different businesses, and other operational or ‘ringfencing’ changes to limit the ability of sensitive information to be shared across the separate business units.</p>	<p>whether it is sufficient to change the ability (e.g.: will ringfencing ensure that information about the sales or expansion of one activity are not shared with the other business unit?) and the incentives (e.g.: will managers be rewarded at the ownership/parent company level or by the individual business unit?) to operate as integrated entity.</p>	<p>are operated through legally separate entities that have effective decision-making rights with respect to assets necessary to maintain, operate and develop storage facilities.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ringfencing requirements have been applied to gas pipelines in Australia to ensure that revenues earned from regulated services are not used to cross-subsidise contestable unregulated services.</li> <li>• Line of business separation rules are currently being considered in the US in relation to some digital platforms that provide services across several product and service markets</li> </ul>
<b>Accounting separation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Integrated LPG and natural gas operators would be required to prepare and submit to an appropriate body separate accounts which show which costs have been involved in the supply of LPG and natural gas, and how fixed and common costs have been allocated across the two services.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• This policy would not directly affect the ability or the incentive of the integrated operator to charge higher prices or limit its expansion of the network in areas where it provides both services. However, if effective, it could indirectly affect the incentive to engage in such behavior by shining a light on how costs are allocated between regulated and competitive activities (e.g.: natural gas and LPG supply).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• EC directives have in the past required the accounting separation of letter mail postal activities from other services provided in competitive markets (e.g.: express mail)</li> </ul>

#### 4.4 Summary

92. The FNE has identified a risk that the horizontal cross-ownership and control of natural gas and LPG in some municipalities may be adversely impacting on competition. Given this risk, policy intervention might be warranted in some circumstances to: ensure an efficient allocation of natural gas and LPG; remove the ability of the horizontally integrated operator to take advantage of its significant market power it has in the supply of one or both services, including its ability to leverage its position in the supply of one service (e.g.: natural gas distribution) into another service where there is some competition (LPG); change the incentives of the horizontally integrated operator to invest or expand in one or both of the services; and reduce the ability of the horizontally integrated operator to shift or allocate costs from the non-regulated service (LPG supply) into the cost base of the regulated service (natural gas).
93. Policy alternatives to mitigate the risk of horizontal integration might involve behavioural interventions (or undertakings) which require the integrated operator to legally commit to certain obligations and submit to ongoing monitoring, or to certain service standards or targets regarding service quality and network expansion.
94. Alternatively, structural policy interventions could be introduced which would involve the separation of the LPG operations from the natural gas operations in those municipalities where there is an overlap. These separation policies might require: the divestment of ownership in the supply of one of the services; line of business separation or ringfencing which would require that separate business and operating units to supply LPG and natural gas are established internally; or requirements for accounting separation.

## 5. Policy alternatives to intensify competition in LPG supply

95. This section considers policy alternatives that could be introduced to make the LPG market in Chile more competitive and to address the adverse effects on competition identified by the FNE in its Gas Market Study. The discussion is organised under three headings:

- I first set out my understanding of the FNE's findings about state of competition in the supply of LPG, including its findings about the risks of coordination and the vertical supply structure.
- Given these findings, I then set out possible reasons why policy intervention might be necessary to intensify competition in the supply of LPG.
- Third, I describe possible policy alternatives that could be introduced to enhance competition in LPG supply.

### 5.1 The FNE's findings on current state of competition in LPG supply

96. As discussed in section 2, the FNE has made three findings about competition in the supply of LPG:

- First, the FNE has concluded that there is a risk of coordinated behaviour in the supply of LPG given various structural factors and its analysis of the extent to which historic input cost reductions have been passed through to customers.
- Second, the FNE found evidence that the high levels of vertical integration in LPG supply may be reducing competition. Among other things it found that three companies own or have exclusive access to terminals near ports, operate regasification installations, own the cylinders and trucks that transport bulk LPG, and have exclusivity contracts with more than 5000 sub-distributors.
- Third, it also found that there was limited switching among the sub-distributors, and that less than 2% of the sub-distributors are multi-brand distributors. This low level of sub-distributor switching was attributed to rigid contractual provisions in the vertical supply agreements including the indefinite nature of the supply agreements and the use of incentives to encourage sub-distributors to be exclusive suppliers.

97. I have not been asked to assess the veracity of the evidence or analysis which underlies FNE's findings about the state of competition in the supply of LPG. For the purposes of the discussion that follows I have therefore adopted the FNE's findings that there is a high

risk of coordinated behaviour, and that high levels of vertical integration and other vertical restraints may be reducing the competitive intensity in the supply of LPG.

## **5.2 Why intervene to intensify competition in LPG supply?**

98. There are both general and specific rationales for introducing policy measures to intensify competition in the supply of LPG and address the risks identified by the FNE about the current supply structure.

### *(a) General rationales for policy intervention in LPG supply*

99. The general reasons for policy intervention are directly related to the discussion in Section 3 above, and include the following:

- **To enhance economic efficiency:** high levels of vertical integration among the three main upstream LPG suppliers, coupled with exclusive access to terminals and exclusivity contracts with sub-distributors, could be resulting in higher prices for, or reduced access to, key indispensable inputs in the supply chain for non-integrated suppliers that compete with the three integrated LPG suppliers (such as access to LPG terminals). In addition, exclusivity arrangements, or the use of incentives to encourage sub-distributors to be exclusive suppliers, could reduce the ability and incentives for sub-distributors to switch to alternative suppliers and thus dampen demand side pressure. It can also limit or deter entry by other LPG upstream suppliers at different stages of the supply chain who may be unable to attract a sufficient number of distributors to switch.
- **To mitigate the effects of (collective) market power:** as discussed below to the extent to which the three main upstream LPG suppliers at the national level coordinate or align their behaviour this can result in adverse effects for customers who may face higher prices for LPG, or reduced service quality.
- **LPG is an essential product for many households:** according to the FNE only 21.4% of households have access to the natural gas pipeline network in Chile, with the remainder being heavily reliant on LPG as the primary fuel used for basic household functions such as cooking and heating.
- **To ensure that LPG remains affordable and accessible to those who rely on it:** according to the FNE residential consumers spend a significant proportion of their household budget on gas consumption, equating to up to 19% of total expenditure on basic services. Moreover, only 7.4% of households in the lowest income quintile have access to the natural gas network.

- **To make downstream customers more active and increase countervailing demand side power:** according to the FNE historic switching levels among sub-distributors are very low with only 2% switching over the last nine-years, while over 98% of sub-distributors who supply end-users (such as households) only sell one brand of LPG which limits the ability of end-users to conveniently switch to an alternative supplier. The low level of countervailing demand side pressure by downstream customers can reduce the incentives that the three major LPG suppliers have to respond to customer demands and may allow them to coordinate or align their behaviour without the threat of countervailing buyer power.

100. More specific reasons for intervention derive from the findings of the FNE Market Study and relate to:

- the risks of coordination among the three main LPG upstream suppliers;
- the effects of vertical integration; and
- the impacts of vertical agreements of vertical restraints (such as exclusivity contracts or loyalty incentives) between upstream LPG suppliers and downstream customers.

*(b) Specific rationale based on the risk of coordination*

101. When competitors align their behaviour or coordinate (either explicitly or implicitly/tacitly) on price and other key terms of trade this will generally create distortions to resource allocation, efficiency and distribution. These adverse effects arise because firms that coordinate or tacitly align their behaviour effectively adopt a common policy on the market to maximise joint profits; that is, they no longer act independently. For this reason the effects of coordination can be equivalent to the effects of monopoly in terms of impacts on competition, efficiency, innovation and consumers. It is this potential for firms in oligopolistic markets to coordinate or align their behaviour in ways which has effects similar to a monopoly which is known in the economic literature as the ‘oligopoly problem’.

102. Tying this back to the FNE’s findings about the supply of LPG in Chile, this suggests that a specific reason for policy intervention might be to address the risks of coordination among the three main LPG suppliers which could give rise to adverse impacts on competition, efficiency and consumers.

*(c) Specific rationale based on high levels of vertical integration*

103. A substantial, body of literature has examined the pro and anti-competitive effects of vertical integration across different industries, including the gas industry. Broadly speaking, vertical integration can be efficient where: there are economies of scope in

combining different activities in the supply chain in a single entity; there is a need for high-levels of coordination of operational and investment decisions; and where firms operating at different stages of a supply chain make relationship-specific investments and there is a risk of '*ex post*' opportunism or hold up once those investments are made.

104. Conversely, vertical integration can be inefficient and harmful to competition where a firm has market power in one or more activity in the supply chain such that it can affect the degree of competition in related competitive activities. In these circumstances, a vertically integrated operator may have the ability and incentive to use its market position in that activity to discriminate in favour of its associated business in a related competitive activity and thus foreclose rivals. Critically, even if a vertically integrated firm does not actually engage in such price and non-price discrimination practices, the *expectation* that the firm may engage in such behaviour can itself act to deter entry, and the development of competition, in related activities.

105. Applying this to the current context suggests that policy action may be motivated to address the concerns identified by the FNE about the high levels of vertical integration among the three main upstream LPG suppliers who and have exclusive access to terminals near ports and exclusivity contracts with distributors. These conditions could potentially act to the detriment to the development of competition by reducing the ability of non-integrated rivals to compete on equivalent terms, or deterring entry by new operators at different stages of the supply chain.

#### *(d) Specific rationale based on vertical restraints*

106. Vertical agreements, or vertical restraints, are common practices in business and represent attempts by firms to co-ordinate activities with suppliers or buyers lying at different stages of the supply chain. Typically, vertical agreements place some restrictions (restraints) on the commercial freedom of one or both of the parties, such as restrictions relating to the ability of a firm to purchase, sell or re-sell its goods or services. When used by firms without market power, vertical agreements can benefit consumers by improving the efficiency with which products or services are supplied to end-users. However, where a firm with significant market power enters into a vertical agreements with suppliers/distributors the primary competition concern is usually associated with a perceived lack of *inter-brand* competition. In other words, the concern is that the operator may seek to use their relationship with their suppliers or distributors in such a way so as to foreclose existing or potential competitors, or to increase their market power (e.g: by requiring exclusivity, or providing non-volume based incentives or payments to encourage loyalty).

107. Competition concerns can also arise where a group of operators enter into a network of similar vertical agreements with a supplier/distributor. This is because the cumulative

impact of such agreements can be similar to that as if it was entered into by a firm(s) with significant market power. This is especially the case for networks of exclusive purchasing agreements where, for example, a large number of retail outlets are tied exclusively to a single or small set of suppliers. In this example, although each agreement in isolation may not have an adverse effect on competition, in combination, the cumulative effect of these agreements might be to foreclose the market to new suppliers.

108. Applying this to the FNE's findings suggests that policy interventions might be targeted at certain aspects of the vertical supply arrangements between the three upstream LPG operators and sub-distributors including those involving the use of incentives to encourage sub-distributors to be exclusive suppliers, or which otherwise 'lock-in' the sub-distributors to a particular provider.

### **5.3 Policy alternatives to intensify competition in LPG supply**

109. In principle, various policies could be introduced to intensify competition in the supply of LPG and address the concerns identified by the FNE in its Gas Market Study. As with the discussion in section 4, these policy interventions can be broadly classified into behavioural interventions (which involve specific measures intended to change the behaviour or conduct of LPG suppliers) or structural interventions (which involve changes to the ownership or operational structure of the LPG supply chain).

#### *(a) Policy measures to address the risks of coordination among the major LPG suppliers*

110. Broadly speaking there are two ways of addressing the risks of coordination or concerted action in tightly oligopolistic industries. One approach involves the *ex post* enforcement of competition law to prosecute suppliers that have been involved in such coordination. Table 5 above summarised examples of investigations or prosecutions by competition agencies in Korea, Portugal, South Africa and Taiwan in relation to coordinated or parallel pricing in LPG supply. An advantage of this approach is that interventions are targeted and occur only where there is evidence of coordinated behaviour or concerted action. It also reduces the risks and costs associated with developing and implementing *ex ante* or on-going policy measures to address the risk of coordination.

111. I am not familiar with the specific legal provisions relating to concerted action or coordination in Chile, however, at a general level there are two major limitations in relying on this *ex post* approach to deal with coordination. First, in some jurisdictions there can be significant evidential challenges associated with bringing a legal case particularly where the coordination is tacit or implicit.<sup>23</sup> An appreciation of these challenges can affect the incentives of firms that might engage in such conduct (who may feel that they can 'get

---

<sup>23</sup> Unlike in cases of explicit collusion there is generally no 'smoking gun' or documented record of the decision to coordinate.

away' with such conduct), as well as rivals or potential entrants into an industry (who may feel that the law will not protect them against such behaviour). That said, there are examples of such actions successfully being brought in some jurisdictions (see table 5). A second limitation of this approach is that enforcement only occurs *after* the harm associated with coordination has occurred. In other words, customers will have already experienced higher prices, or had less choice and competition as a result of the coordination.

112. An alternative set of policies seek to address the risks of coordination arising in the first place either through on-going monitoring or specific rules. In general terms these policies might involve:

- Structural measures which seek to disrupt the close symmetry of the operations of the incumbent LPG operators, for example, through policies which require the divestment of assets to create a new independent competitor.
- Monitoring arrangements which require the LPG operators to provide detailed information to an external body on an on-going basis about how prices have been formed, and how they have responded to changes in input prices etc.
- Periodic, or ad hoc, reviews of competition between LPG operators which might require the LPG operators to demonstrate to a competition authority that they are acting independently and not aligning their coordinating their behaviour, or show how they have responded to changes in material circumstances (e.g.: wholesale price reductions or changes in demand).
- Sector specific rules relating to market manipulation or market abuse which place additional legal restrictions on the ability of the LPG operators to coordinate their behaviour.
- Price regulation including the introduction of maximum retail prices, or the introduction a standard or default LPG price cap which is periodically adjusted to reflect changes in underlying wholesale prices.

113. Table 11 below describes these measures in more detail, including the potential benefits and limitations of each approach and examples of where these approaches have been considered or applied in practice. This is intended to be a general analysis of the different policy options and, as noted in paragraph 19, does not provide an assessment of the likely appropriateness or effectiveness of these policy measures to the specific context of LPG supply in Chile.

**Table 11: Possible policy measures to address the risks of coordination**

Policy measure	What might such a policy involve?	How could it mitigate the risk of coordination and what are its limitations?	Examples of implementation of similar policies
<b>Forced divestment or separation to create an independent competitor</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Structural measures could be introduced which have the effect of creating a new competitor to challenge the incumbent providers. These measures might involve the existing LPG companies agreeing to transfer, or divest of, some assets into a new separate entity.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>As the new entity will not be aligned with the existing incumbent LPG suppliers it should not have the same incentives and could thus act to destabilize any efforts by the incumbents to coordinate behavior (i.e.: it could act like a ‘maverick’).</li> <li>However, the effectiveness of such a policy will depend on the underlying structural conditions and degree of symmetry between a new competitor and the incumbent operators. If the new competitor faces the same structural conditions and is sufficiently similar to the incumbents then, over time, it may choose to coordinate its behavior alongside the incumbents.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Policies involving the mandated divestment of assets have been introduced to encourage greater competition in some markets (such as electricity generation or airports) including to address concerns about coordinated behavior.</li> <li>In the UK, the concerns about coordination between three large cement companies led to requirements for divestment to create a new independent cement producer.</li> <li>Forced divestments are sometimes a condition for the approval of a merger in some industries where there are concerns about potential coordination.</li> </ul>
<b>On-going market monitoring</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>An on-going monitoring regime could be introduced which would require the main operators to periodically provide information about the prices they charge, relevant input costs and how they determine those prices to a regulatory body or external agency.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Given that they will have to submit detailed information about how they set and establish prices to an external body this can reduce the incentives for LPG suppliers to engage in coordination. For example, they will have to justify why it is that they have not passed through any significant wholesale price reductions into retail prices.</li> <li>The principal limitation of this approach is the information asymmetry between the LPG operators and the regulatory body which gives rise to the potential for gaming. It could also potentially impose a substantial reporting burden on the LPG operators and the regulator.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>In some jurisdictions, markets such as petrol and energy are subject to similar on-going monitoring regimes.</li> <li>As described in table 4, LPG retail prices are monitored in some US states.</li> </ul>

		which may be disproportionate to the risks involved.	
<b>Periodic or ad hoc review of competition between LPG operators</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Certain LPG operators could be required to periodically (e.g.: every three years) submit evidence to show that they are not coordinating their conduct in LPG supply notwithstanding the structural characteristics.</li> <li>• Alternatively, LPG operators could be required to make a submission on an ad hoc basis to a regulator or competition authority, for example whenever a material event arises, such as a major increase or decrease in wholesale international prices, or a major change in demand.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• The requirement to periodically show, and justify to an external body such as a competition authority, that they are not coordinating their behavior could change the incentives of the LPG suppliers to coordinate their behaviour.</li> <li>• The limitations of this approach are similar to those of on-going monitoring in terms of information asymmetry. However, relative to on-going monitoring this approach could reduce the burden on operators and the competition authority.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Similar types of periodic reviews occur in the context of competition law exemption arrangements in sectors such as airline alliances or liner shipping conferences where there are also concerns about coordination.</li> </ul>
<b>New rules on market manipulation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• In addition to the competition law provisions, additional targeted rules could be introduced for the LPG sector which prohibit certain types of actions or behavior which could constitute market manipulation or market abuse in the specific LPG context, or place an obligation on LPG operators to act in good faith in setting prices.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• If the rules are effectively implemented and the sanctions for breaching them are sufficiently large they can act as a deterrent to coordination. As the rules could have different evidentiary standards they may make it easier to prosecute cases of coordination that under generic competition law. This is particularly the case where the burden of proof lies with the LPG operators to show that they have not breached such regulations, or to show that they have acted in good faith.</li> <li>• The major risk is that it is inefficiently implemented and lowers the legal threshold in such a way that it gives rise to false positives (i.e.: behaviour is prosecuted where there has been no coordination).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rules of this type have been introduced in wholesale electricity markets in some jurisdictions, such as the EU, UK and Australia, where there are also concerns about coordination among generators.</li> </ul>

<b>Price regulation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Price regulation of LPG could be introduced to ensure that prices reflect underlying costs and that changes in input prices are reflected in final tariffs.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• All, or specific designated, LPG operators could be subject to price regulation in the form of maximum prices, cost-based prices or a standard or default price cap which reflects changes in underlying wholesale prices.</li> <li>• The principal risk of this approach is that the price control is set at either too high or too low a level which can change the incentives of operators. There is also a risk that a retail price control does not adapt quickly enough to changes in wholesale prices.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• As described in table 4, LPG prices are subject to regulation in some countries including Canada, Portugal, South Africa and Spain.</li> </ul>
-------------------------	---	---	---

*(b) Policies to address concerns about the adverse effects of vertical integration*

114. Where there are concerns that vertical integration is harming competition a range of structural and behavioural policies can be used with the aim of promoting or intensifying competition.
115. One policy option is to challenge certain conduct by vertically integrated LPG operators that is considered to be harmful using competition law. For example, if a vertically integrated LPG operator has significant market power (or is dominant) in one activity (e.g.: operation of an input terminal or storage facility) and is not providing access to that indispensable or essential input on reasonable terms this could be challenged as a refusal to supply in some jurisdictions. Similarly, competition law could be used if there is evidence that a vertically integrated operator with significant market power (or a dominant position) engages in a margin squeeze,<sup>24</sup> or imposes other non-price conditions, with aim of affecting competition in a related market.
116. Alternatively *ex ante* policy measures might focus on reducing or eliminating the risk that a vertical integrated operator with market power at one level of the supply chain can adversely affect competition in related markets. Such policies have featured particularly prominently in other vertically integrated industries that supply essential services such as energy, communications and transport sectors.
117. Two broad types of policies have been introduced to address concerns about the adverse effects of vertical integration. A first set of policies keep the vertically integrated operator intact but require that it provide access to key inputs that its rivals need to compete in a related market on fair and reasonable terms. For example, an integrated gas storage operator who is also a retail supplier might be required to provide third-party access to that storage facility.<sup>25</sup>
118. While such third-party access requirements are often imposed on vertically integrated operators that have a monopoly in one activity, it is not invariably the case. For example, integrated private energy operators (irrespective of size) can be required to provide third party access to their electricity and gas networks in some countries. Similarly, integrated owners of gas storage facilities (including LNG storage facilities) can be required to provide third-party access to that facility if they have a position of significant market power in some jurisdictions. Similar rules apply in the EU telecommunications sector where any undertaking assessed as having significant market power are required to provide access to their facilities.

---

<sup>24</sup> A margin squeeze refers to a situation where an integrated firm raises the prices for an essential input that its rivals need to operate in a related market, while simultaneously reducing its retail prices.

<sup>25</sup> Access requirements might involve negotiated third-party access (where customers would negotiate voluntary commercial access agreements in ‘good faith’ within a certain commercial framework), or regulated third-party access (where operators are required to publish tariffs and other terms of access).

119. Applying this to the current context suggests that policies directed at opening up access may promote the development of competition if it is established that a key impediment is the difficulty that rivals or entrants have in gaining access to key inputs provided by an integrated operator on reasonable terms – such as import terminal rights or storage capacity. For example, as noted in table 8 above, the Portuguese competition authority has previously found problems with competitors accessing LPG storage facilities which were controlled by the three main market players. To address this it recommended that a policy based on negotiated access to these facilities be introduced.
120. In some settings, third-party access policies have been considered insufficient to change the incentives of the vertically integrated operator and mitigate the risk that the price and non-price terms of access established will not distort competition in related markets. In response various forms of vertical separation policies have been introduced. The overarching purpose of such separation policies is to create greater operational and decision-making independence between the different activities that a vertically integrated operator is involved in and thus reduce the ability and incentive of the vertically related entity to discriminate against its rivals in the competitive activity.
121. In practice, separation can take various forms, including: accounting separation (where different business divisions are required to prepare and submit separate accounts), structural/business separation (where separate divisions are established within the vertically integrated firm, which, to different degrees, are separated from each other), legal separation (where separate legal entities and boards are established but remain under common ownership) and full ownership separation.<sup>26</sup>
122. Various potential benefits have been associated with the separation of different activities in a vertical supply chain. First, it can have a positive effect on the development of competition in related activities by removing the ability and incentive that a vertically integrated operator has to use its market position in one activity to discriminate in favour of its associated business in a competitive activity. As noted above, even if a vertically integrated operator does not actually engage in price and non-price discrimination practices, the *expectation* (or threat) that it may engage in such behaviour can itself act to deter entry, and the development of competition, in related activities. Second, it limits the vertically integrated operators' ability to engage in various anti-competitive practices that disadvantage/discriminate against its customers in related markets. Finally, it may create stronger incentives for new firms to enter the market, who adopt new approaches and techniques (e.g.: new forms of contracting arrangements, with different, and more effective, ways of sharing risks among parties involved at different stages in the production chain).

---

<sup>26</sup> In the UK, different approaches can be seen across sectors. For example, full ownership separation of certain activities in the electricity and rail industries was mandated at the time of privatization, while business separation was required in the telecommunications sector. Separation in the natural gas industry was gradually undertaken first involving structural separation and then full ownership separation.

123. However, the potential benefits associated with vertical separation, in terms of reduced incentives to discriminate against competitors, need to be balanced against any potential costs associated with the loss of scope efficiencies and increased transactions costs. This last point may be particularly relevant in the context of LPG supply where more than one integrated operator is involved and where mandated separation may be a disproportionate response.<sup>27</sup>

124. I am not in a position to assess the appropriateness of vertical separation policies to address the concerns about vertical integration in the specific context of LPG supply in Chile. Rather the purpose of the discussion is simply to highlight it as a potential policy option and one which has been used in other contexts to address concerns about the adverse effects of vertical integration on the development of competition in related markets.

*(c) Policies to address concerns about vertical agreements and restraints*

125. Where there are concerns that vertical agreements or restraints are harming competition a range of structural and behavioural policies can be used with the aim of promoting or intensifying competition. One policy option is to use competition law to challenge the specific vertical restraints or aspects of vertical agreements which are seen as restrictive of competition, such as exclusivity agreements or the use of fidelity discounts or loyalty payments.

126. An alternative set of policy measures focus on preventing the adverse effects of vertical restraints arising. Broadly speaking these policy interventions focus on prohibiting certain contractual provisions or other restraints that lock-in downstream customers (e.g.: sub-distributors and end-users) or create other impediments to customers searching and switching to alternative providers (e.g.: reduce the incentives for them to be more active). These measures can target the vertical supply arrangements between upstream LPG operators and sub-distributors of LPG, as well as the supply arrangements between LPG distributors and end-users (e.g.: households or commercial users).

127. Such policies might target the following aspects of the vertical supply LPG arrangements where they exist:

- Prohibit the use of exclusive agreements in contracts between upstream LPG operators who have market power and downstream customers (including sub-distributors and end-users), or the use of non-volume based loyalty discounts or fidelity incentives between upstream LPG operators and sub-distributors.

---

<sup>27</sup> While vertical separation is typically applied in settings where there is a single dominant integrated firm there are examples of where it has been required in the context of multiple competing integrated firms. For example, in Europe all integrated four-party card payment operators (such as Visa and Mastercard) have been required to separate/ringfence their card processing functions from scheme membership to promote competition in processing.

- Prohibit the use of introductory or low incentive tariffs to encourage downstream customers (sub-distributors or bulk LPG customers) to sign up to an upstream LPG supplier.
- Limit the ability of upstream LPG operators to combine the sale of bulk LPG with other services such as ownership or operation of tanks or ongoing maintenance contracts.
- Limit the length of termination periods in contracts, and also any undue early termination charges or penalties.
- Require that contracts and supply arrangements have a finite length such that customers are periodically required to renew their contract.
- Ensure that contracts are clear and transparent, particularly the key terms of the contract.
- Require that certain sub-distributors (such as those above a certain size) supply multiple brands of cylinder LPG.

128. Table 12 presents an analysis of each of these policy measures including how they might address the rigidities in the current vertical supply arrangements identified by the FNE and intensify downstream customer engagement and switching. As with table 11 above this is a general analysis of the different policy alternatives and does not assess the appropriateness of each measure in the specific context of LPG supply in Chile.

**Table 12: Possible interventions into LPG markets to address concerns about vertical supply arrangements**

Policy intervention	What might such a policy involve?	How might this measure intensify competition?
<b>Prohibit exclusive supply agreements</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Upstream LPG operators, or those above a certain size, may be prohibited from entering into exclusive supply agreements with downstream customers.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• This measure could intensify inter-brand competition by allowing downstream customers to enter into agreements with alternative upstream LPG suppliers.</li> </ul>
<b>Prohibit the use of incentives or other discounts to encourage loyalty</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Upstream LPG operators, or those above a certain size, may be prohibited from offering sub-distributors fidelity incentives or loyalty discounts not related to sales volumes.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• This measure could intensify inter-brand competition by changing the incentives of sub-distributors to consider offers from alternative upstream suppliers.</li> </ul>

<b>Prohibit the use of introductory or incentive tariffs</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Upstream LPG operators may be prohibited from offering downstream customers a low introductory price and then lock them into a higher tariff for an extended period</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>This measure could reduce the scope for competition to be distorted and customers to be locked into a contract, thus enhancing the ability to switch suppliers.</li> </ul>
<b>Limit the tying of other equipment to sales of LPG</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Upstream LPG operators may be prohibited in combining the sale of LPG with other services such as equipment and tanks or maintenance contracts (e.g.: for bulk LPG).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>This measure could reduce the switching costs incurred by LPG customers and place additional pressure on LPG suppliers.</li> </ul>
<b>Limit the length of termination periods</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Upstream LPG operators may be restricted in the length of termination period they can require in contracts from downstream customers.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>This freedom to switch provided by this measure could make downstream customers more active in searching the market and switch to alternative LPG suppliers, particularly in response to a change in price or non-price terms of supply (e.g: a price increase)</li> </ul>
<b>Prohibit undue early termination charges or penalties</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Upstream LPG operators may be prohibited from introducing charges or other penalties for early termination of contracts where such charges do not reflect reasonably incurred costs.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>This could encourage downstream customers users to be more active and search the market and switch to alternative LPG suppliers.</li> </ul>
<b>Remove indefinite (evergreen) contracts</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Upstream LPG operators may be required to put a finite date on each contract or require that they be renewed periodically (e.g.: annually)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>The finite nature of contracts could prompt or force downstream customers to search for alternative offers and LPG providers.</li> </ul>
<b>Require that contracts clear and transparent</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Upstream operators could be required to ensure that contracts are not opaque and that downstream customers are aware of the key terms of the contract.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>This policy could reduce the opaqueness of contracts and make it easier for customers to understand what terms they are bound to, and when they can switch supplier etc.</li> </ul>
<b>Require that sub-distributors above a certain size stock more than one LPG brand</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sub-distributors above a certain size could be required to stock and offer to end-users more than brand of cylinder LPG.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>This policy could intensify inter-brand competition by conveniently allowing cylinder LPG customers to choose between alternative LPG brands that are stocked by their preferred sub-distributor.</li> </ul>

## 5.4 Summary

129. The FNE has identified concerns about the state of LPG competition. These include various structural factors which give rise to a risk of coordinated behaviour; high levels of vertical integration in the supply of LPG; and low levels of switching among sub-distributors which is attributed to rigid contractual provisions in the vertical supply agreements and the use of incentives to encourage sub-distributors exclusivity.
130. Given these findings, policy interventions might focus on: mitigating the risks of price coordination among the three main LPG suppliers; ensuring that vertical integration does not reduce the ability of non-integrated rivals to compete on equivalent terms, or deter entry by new operators at different stages of the supply chain; targeting certain aspects of the vertical supply arrangements between the three upstream LPG operators downstream customers including terms that effectively ‘lock-in’ downstream customers to a particular provider.
131. One way to address the risks of coordination is to rely on *ex post* enforcement of competition law to prosecute suppliers that have been involved in such coordination. An alternative set of policies could seek to address the risks of coordination arising in the first place and might involve: structural measures such as divestment of assets to create a new competitor; on-going monitoring of LPG prices; periodic, or ad hoc, reviews of competition between LPG operators; introducing sector specific market manipulation rules that place additional legal restrictions on the ability of the LPG operators to coordinate their behaviour; or price regulation.
132. To address the concerns that vertical integration is harming competition one option is to challenge certain conduct using competition law provisions. Alternatively, policies could be introduced that keep the vertically integrated operator intact but require that it provide access to key inputs that its rivals need to compete in a related market on fair and reasonable terms. If such policies are considered insufficient to change the incentives of the vertically integrated operator, then various forms of vertical separation policies could be contemplated with the aim of creating greater operational and decision-making independence and thus reducing the ability and incentive of the vertically related upstream LPG operator to discriminate against its rivals in the competitive activity.
133. Finally, to address concerns about the vertical agreements between upstream LPG operators and downstream customers one option is to rely on competition law to challenge aspects of the agreements that are restrictive of competition (e.g.: use of fidelity discounts or loyalty payments). An alternative set of policies measures focus on preventing the adverse effects of vertical restraints arising. Such policies could focus on prohibiting certain contractual provisions or other restraints that lock-in downstream customers (e.g.: sub-distributors and end-users) or create other impediments to customers searching and switching to alternative providers (e.g.: reduce the incentives for them to be more active).

## Annex 1: Brief biography of author

Dr Christopher Decker is a Research Fellow specialising in economic regulation and competition law and economics in the University of Oxford. He is the author of two books, including a leading textbook, *Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2014 – second edition forthcoming in 2022) and *Economics and the Enforcement of European Competition Law* (Edward Elgar, 2009) and numerous academic articles, technical papers and research reports. He is also the editor of New Economic Papers on Regulation.

Dr Decker sits on a number of advisory panels including the UK Competition and Markets Authority academic panel and the UK Better Regulation Executive Network of Experts. He is also a member of the Advisory Services panels for the UK energy regulator (Ofgem) and the Australian Energy Market Commission. He was also previously a member of the panel of experts for the Commission for Energy Regulation (Ireland) and was retained by the Australian Government as a technical advisor to the Australian Standing Council of Energy Expert Panel.

He has advised international organisations such as the World Bank, OECD, European Commission and the European Parliament and policy bodies and regulatory agencies in Australia, Argentina, Hong Kong, Lithuania New Zealand, South Africa and the UK. In the last two years, he has provided advice to the Australian Energy Market Commission, the Commission for Energy Regulation in Ireland, the UK Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem), the UK Department of Business, Energy and Industrial Strategy, the UK Civil Aviation Authority, National Infrastructure Commission, Payments Systems Regulator the Competition and Markets Authority and the Irish Communications Regulator. He has provided expert economic evidence in proceedings before the European Court of Justice, General Court of the European Union, the International Centre for Settlement of Investment Disputes, the International Chamber of Commerce, the UK Supreme Court, the Irish High Court.

Dr Decker has extensive experience of policy issues in energy markets. This includes issues which arise in energy wholesale markets (such as issues associated with market power, market monitoring and the interactions between physical and financial capacity markets); issues associated with the regulation of transportation networks, capacity markets and storage markets (including in LNG and gas markets), as well as issues associated with retail competition and consumer protection, including the impacts of the removal of price controls in retail energy markets.

## Anexo B

### **Pronunciamientos de la Corte Suprema, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía Nacional Económica sobre el Mercado del Gas**

## PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA SOBRE EL MERCADO DEL GAS

1. A continuación, se describirán brevemente algunos de los principales pronunciamientos sobre el mercado del gas por parte de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y la Corte Suprema.

### I. Fiscalía Nacional Económica

1. Investigación Rol 2363-17, del 16 de marzo de 2021<sup>28</sup>
2. En primer lugar, la FNE se pronunció respecto a una denuncia sobre comercialización de productos a gas. En particular, se denunció la entrega gratuita o a bajo costo de artefactos a gas a inmobiliarias o constructoras para nuevas viviendas, lo que podría perjudicar o excluir a otros proveedores de soluciones de calefacción y agua caliente con fuentes de energía distintas al gas natural. Asimismo, se denunció la existencia de promociones de diversa índole por parte de las empresas distribuidoras de gas natural en la venta de artefactos de gas al cliente final. Por último, se denunció la firma de acuerdos de colaboración entre estas empresas e instaladores autorizados.
3. Con relación a la primera denuncia, la Fiscalía estableció que se trata de una práctica aplicada por parte de todas las empresas distribuidoras de gas natural (“GN”) y de gas licuado de petróleo (“GLP”). Asimismo, estableció que la magnitud de estas entregas es reducida si se compara con las importaciones totales de este tipo de productos, y que la proporción de proyectos inmobiliarios a nivel nacional en que se realiza esto es bastante pequeña. Por estas razones, no se observaron riesgos anticompetitivos en esta práctica.
4. Luego de realizar un análisis acerca de la denuncia de la entrega de artefactos y promociones a clientes finales, la FNE no verificó que las empresas distribuidoras de GN tuviesen una participación de mercado elevada que les confiriera poder de mercado suficiente para ejercer acciones anticompetitivas en él, pues tienen competidores como tiendas por departamento, supermercados, tiendas para el hogar y proveedores directos.
5. Por último, no se identificó un efecto exclusorio a raíz de los acuerdos de colaboración entre los instaladores de gas, ni tampoco se advirtieron condiciones discriminatorias para el ingreso al registro de instaladores.
6. En la Resolución respectiva, se ordenó remitir los antecedentes de la investigación a la División de Estudios de Mercado, en ocasión del presente estudio sobre el mercado del gas.

### 2. Investigación Rol 2533-19, del 11 de octubre de 2019<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> FNE División Antimonopolios, Informe de archivo “Denuncia sobre comercialización de productos a gas”. Rol N°2463-17. 16 marzo de 2021. Disponible [aquí](#). Resolución de archivo disponible [aquí](#).

<sup>29</sup> FNE División Antimonopolios, Informe de archivo, “Denuncia en contra de Lipigas por eventual conducta anticompetitiva en la distribución de gas licuado en Talca”. Rol N°2533-19. 9 de octubre de 2019. Disponible [aquí](#). Resolución de archivo disponible [aquí](#).

7. La FNE conoció de una denuncia en contra de Lipigas por una eventual conducta anticompetitiva en la distribución de GLP en Talca, causada por una política de descuentos promocionales a los consumidores que compraran directamente a esta compañía.
8. Para la realización de su análisis, se describieron los principales elementos de la estructura del mercado del GLP. Así, se mencionó que “en la industria del GLP se observa un importante grado de integración vertical entre los segmentos de importación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización”. Para la caracterización del mercado relevante, se señaló que el GLP a granel no forma parte del mismo mercado que el GLP envasado, puesto que cuenta con un modelo de comercialización distinto, además de requerir que los clientes cuenten con estanques instalados.
9. Con respecto a la conducta denunciada, se señaló que, en principio, los descuentos promocionales no son per se contrarios a la competencia. En esa línea, también se dijo que estos pueden ser utilizados para el fomento de la competencia intermarca. Respecto a los distribuidores del canal indirecto que podrían ser perjudicados por la conducta denunciada, se estableció que los distribuidores no estarían cautivos de las empresas de GLP envasado. Por tanto, las discrepancias que puedan tener con políticas comerciales de las compañías podrían gatillar la decisión de cambiarse de empresa.

### 3. Investigación Rol 2483-18, del 1 de octubre de 2019<sup>30</sup>

10. En esta investigación, la Fiscalía conoció de una denuncia por posible abuso de posición dominante por parte de las empresas de distribución y comercialización de GLP en la Región Metropolitana. Este abuso se traduciría mediante el cobro de precios excesivos en la venta de GLP a granel, lo que sería facilitado por la supuesta cautividad en la que se encontrarían los clientes finales.
11. En la misma línea que la investigación antes analizada, se señaló que el GLP de uso residencial, comercializado a granel, no es del mismo mercado que el GLP en formato envasado, pues presentan importantes diferencias.
12. Así, la elección de consumo de GLP a granel o en cilindro está determinada por las preferencias particulares de los consumidores, que irían más allá del factor precio, comprendiendo una serie de factores, como consideraciones de seguridad y continuidad del suministro; mayor autonomía de consumo; comodidad respecto a otras alternativas de combustibles; diferenciación del producto en lo referido al despacho y calidad del servicio; consideraciones estéticas; y facilidades en los medios de pago.
13. Por otra parte, el precio cobrado por el GLP contempla la recuperación de estas inversiones por la instalación de los estanques, impactando en el precio del gas, a diferencia de los cilindros. La logística de distribución de GLP a granel es más costosa que la de cilindros, además que la normativa de la primera es más exigente que la segunda, lo que tiene impacto en los costos operacionales de distribución y almacenamiento. Estas diferencias se reflejan en los precios de los formatos. Por esto, a pesar de tratarse del mismo combustible, ambos precios no son comparables.

---

<sup>30</sup> FNE División Antimonopolios, Informe de archivo “Denuncia por posible abuso de posición de dominio en el mercado del GLP”. Rol N°2483-18. 1 de octubre de 2019. Disponible [aquí](#). Resolución de archivo disponible [aquí](#).

14. Con respecto a la denuncia interpuesta, la Fiscalía concluyó, luego de un análisis, que en el mercado de empresas distribuidoras de GLP a granel en la Región Metropolitana, las tres principales empresas (Abastible, Gasco y Lipigas) tienen participaciones relevantes, por lo que los rivales podrían disciplinar el intento de ejercicio abusivo de poder de mercado por parte de sus rivales. Asimismo, se sostuvo que el regulador ha establecido normas específicas que reducen los costos de cambio de los clientes, favoreciendo la intensidad competitiva en este mercado. Por esto, los consumidores cuentan con alternativas reales de cambio de proveedor de GLP a granel, por lo que no se configuraría en la especie el ilícito de precios excesivos.

15. Por último, se hizo hincapié en que, de acuerdo a los antecedentes aportados por la CNE, gran parte de los rechazos de solicitudes de cambio de empresa de GLP fueron rechazadas sin especificación del motivo. Esta situación dificultaría el monitoreo de la autoridad para evaluar las causas del rechazo, facultad conferida a la FNE para eliminar barreras de salida y aumentar la intensidad competitiva en el mercado.

d. Investigación Rol 2271-14, del 17 de junio de 2015<sup>31</sup>

16. Con fecha 31 de enero de 2014, esta Fiscalía inició una investigación de oficio referida a las condiciones de competencia en la operación del terminal GNL de Quintero<sup>32</sup>. En particular, se indagó acerca del acceso de terceros a este terminal, para establecer si su forma de funcionamiento podría presentar eventuales efectos exclusorios respecto de potenciales usuarios. Por otra parte, se investigó la eventual existencia de una asimetría de información entre los operadores de los terminales y los terceros que quieren ingresar.

17. De la investigación se concluyó, en primer lugar, que no se observaba una negación del uso del terminal de GNL Quintero a terceros, pues, por una parte, las exigencias de plazos y volúmenes por parte de GNL Chile S.A. tenían justificación, y la decisión de terceros de no ingresar al terminal de GNL Quintero podría explicarse por el riesgo original asociado al negocio, por la otra.

18. En ese sentido, el primer *open season* llevado a cabo por la compañía operadora del terminal -GNL Chile- tuvo características propias de la industria, pero con aspectos inflexibles y poco cumplibles para algunos autores de menor tamaño.

19. No obstante, se concluyó que el segundo *open season* presentó un esfuerzo por establecer un acceso a las capacidades del terminal, bajo condiciones más flexibles, públicas y no discriminatorias para todas las partes.

---

<sup>31</sup> FNE División Antimonopolios, Informe de archivo “Investigación sobre las condiciones de competencia en la operación del terminal GNL Quintero”. Rol N°2271-14. 15 de junio de 2015. Disponible [aquí](#). Resolución de archivo disponible [aquí](#).

<sup>32</sup> En este informe se discutió sobre la doctrina de las instalaciones esenciales, señalando que: “la aplicación de esta doctrina intenta responder al problema planteado a partir de la negativa de una firma que posee el control de una instalación, de proporcionar a un competidor el acceso a un activo indispensable para competir, o bien, proveerlo en condiciones desfavorables o discriminatorias, de tal manera que se erija como una barrera de entrada insuperable para sus competidores. Su razón de existencia es servir de contrapeso excepcional al principio de la autonomía de la voluntad, en pos de resguardar una adecuada competencia entre los distintos actores que componen un mercado en que la instalación pueda poseer una incidencia capital”.

20. Cabe señalar que, en el informe de archivo de esta investigación de fecha 15 de junio de 2015, se advirtió sobre la necesidad de analizar en forma independiente el mercado secundario de GN.

## II. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

### 1. Causa NC 427-14: Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas<sup>33</sup>

21. El 27 de octubre de 2014 Conadecus solicitó al TDLC lo siguiente: (i) Que estableciera si la operación de adquisición de CGE por parte de GNF Chile se ajustaba a las normas de libre competencia, estableciendo medidas de ser necesario; (ii) que se pronunciase sobre las relaciones de propiedad existentes entre las diferentes empresas que operan en el mercado del gas (GN y GLP), fijando las medidas necesarias para disminuir los riesgos que de ellas deriven; (iii) que dictase instrucciones de carácter general para que estas sean consideradas por las empresas involucradas en este mercado a la hora de celebrar actos o contratos; (iv) que solicitase al Ministerio de Energía la fijación de las tarifas de suministro de gas y servicios afines en la Región Metropolitana y Región de O'Higgins. Sin embargo, el día 30 de octubre del mismo año el TDLC negó lugar a la tramitación de dichos temas aduciendo su incompetencia por diversos motivos<sup>34</sup>.

22. En contra de esta última resolución, Conadecus interpuso un recurso de reclamación ante la Corte Suprema. En la resolución de fecha 29 de enero de 2016, la Corte declaró competente al TDLC para conocer en sede no contenciosa las peticiones (i) y (ii) antes indicadas.

#### a. Informe aportado por la FNE

23. En el aporte de antecedentes efectuado por esta Fiscalía<sup>35</sup>, se detalló el funcionamiento y estructura de la cadena productiva del GN y del GLP, luego se analizaron las relaciones de propiedad existentes y, por último, se revisó la operación de concentración.

24. Después de analizar los antecedentes del mercado del gas, procedió a evaluar la estructura de propiedad existente hasta el momento.

25. En primer lugar, se consideró que en la industria del GN existía un alto grado de integración vertical. Un potencial efecto adverso sobre la competencia que podría derivarse de ello, sería el eventual cierre en mercado secundario de GNL, instancia generada a partir de la comercialización de este producto por los clientes de GNL a terceros. Sin embargo, este riesgo se vería mitigado en la medida en que se incorporen nuevos participantes en GNLC y que estos participen en condiciones competitivas del mercado secundario.

26. En el mercado del GLP también se evidenció un gran nivel de integración vertical entre los segmentos de importación, distribución y comercialización. Esto podría generar ciertos riesgos, como el cierre del mercado de abastecimiento de GLP a Lipigas, debido a las relaciones de propiedad existentes entre Gasmar, una de las principales importadoras de GNL, y Gasco S.A y Abastible, dos de las mayores distribuidoras del mismo.

27. La estructura societaria del mercado del gas, con vínculos de propiedad y control manifiestos entre empresas competidoras, podría importar un riesgo de coordinación en el mercado, pues

<sup>33</sup> Expediente de la causa TDLC NC N° 427-14 disponible [aquí](#).

<sup>34</sup> Resolución TDLC N°51/2018, de fecha 17 de enero de 2018.

<sup>35</sup> Informe FNE que aporta antecedentes a la causa Rol NC N° 427-14, disponible [aquí](#).

se crean incentivos para que las decisiones no sean del todo independientes, para maximizar ganancias conjuntas en distintos segmentos del mercado. Así, se observaban numerosos casos de cruce de directores entre las empresas competidoras en los mercados de GN y GLP. Siendo más evidentes los observados en, por ejemplo, la mesa directiva de la empresa Metrogas S.A. o el interlocking indirecto en el directorio de Gasmar S.A., que tiene entre sus directores a ejecutivos y directores de Gasco S.A., Abastible S.A. y Empresas Copec S.A. (controladora de Abastible S.A.). En esa línea, las dos asociaciones gremiales presentes en los mercados de GN y GLP debieran tomar medidas para limitar riesgos de coordinación entre los competidores, como intercambios de información comercial sensible.

28. Con respecto a la operación de concentración entre GNF Chile y CGE, la Fiscalía no identificó efectos verticales anticompetitivos. Así, se analizaron dos grandes riesgos: bloqueo de insumo y bloqueo de clientes. En relación al primero, GNF no tiene una posición relevante en el mercado de abastecimiento, ni tampoco se espera que la tenga en el futuro dado el funcionamiento del mercado. Respecto al bloqueo de clientes, tampoco se presenta, pues la participación de Metrogas aguas abajo no es de una magnitud suficiente para debilitar las posibilidades de abastecimiento de otras empresas.
29. Por el contrario, se reconoció un posible beneficio para la industria del gas, en razón de las relaciones existentes entre los distintos actores de la industria. Ello, pues GNF Chile propuso una reorganización, en virtud de la cual de los tres participantes de GLP que antes tenían participación en la propiedad de Metrogas, quedaría sólo uno –Abastible-, reduciendo de esta manera el riesgo de que dicha empresa actuase como una plataforma de intercambio de información entre los actores del mercado de GLP.
30. Si bien se descartaron riesgos horizontales y verticales provenientes de la Operación, se señaló que ésta podría permitir eludir la nueva regulación, en caso de que fuera aprobada por el Congreso en los términos en que se discutía al momento del aporte de antecedentes. Esto, pues el proyecto de ley en tramitación a la fecha -que posteriormente se convirtió en la Ley 20.999- limitaba la rentabilidad de Metrogas utilizando el valor real del gas de la empresa adquirente, lo que podría generar incentivos para que GNF, como potencial proveedor de GNL, aumente artificialmente los costos de Metrogas, cobrando los excedentes que no puede percibir por la regulación citada. De este modo, esta Operación permitiría eventualmente, por ejemplo, mantener las rentabilidades de Metrogas dentro del rango establecido, aumentar los beneficios derivados de la venta de combustible por parte de GNF, y eventualmente, distorsionar el valor del GN en el mercado secundario.

b. Resolución del TDLC

31. Con fecha 17 de enero de 2018, a través de la Resolución N°51/2018<sup>36</sup>, el TDLC se pronunció y estableció las medidas pertinentes en virtud de los antecedentes entregados por los diversos entes interesados.
32. Con respecto a la operación de concentración, el Tribunal estableció que, dado que los antecedentes del proceso no permitieron establecer que en la especie se constituyera un ilícito anticompetitivo, no se adoptarían medidas concretas.
33. Posteriormente, el Tribunal realizó un análisis de los eventuales riesgos horizontales, por un lado, y de los efectos verticales, por otro. Para el primero, consideró al GN y al GLP como

---

<sup>36</sup> Resolución TDLC N°51/2018, de fecha 17 de enero de 2018.

bienes sustitutos imperfectos que forman parte de un mismo mercado, y desde esta base identificó dos situaciones altamente riesgosas que debían ser subsanadas. Primero, la composición accionaria de Metrogas, la cual está compuesta, entre otras, por Abastible y Copec; y segundo, la participación de Abastible y Gasco en la propiedad de Gasmar.

34. En esa línea, el TDLC consideró que la estructura de propiedad de Metrogas hacía que persistiese el riesgo de que se presentaran situaciones de interlocking indirecto, o bien, que fueran adoptadas decisiones estratégicas que disminuyeran la competencia en el mercado. Por ello, el órgano estimó necesario establecer una serie de medidas “cortafuegos” relacionadas con la integración de los directorios y las relaciones entre los funcionarios de las empresas en cuestión.
35. Por otra parte, el TDLC consideró que el riesgo de coordinación derivado de la participación de Gasco y Abastible en la propiedad de Gasmar era sumamente relevante por una serie de razones, a saber: que el mercado del GLP era altamente concentrado, que la información posible de ser traspasada era sumamente relevante en términos agregados de mercado, que el poder de negociación de los consumidores finales era bastante bajo, entre otras. En virtud de ello se adoptaron medidas estructurales, debiendo ambas compañías enajenar, en el plazo de 18 meses, su propiedad en el terminal Gasmar.
36. A su vez, con respecto a los riesgos verticales, el Tribunal identificó que el riesgo de que se establecieran barreras de entrada al mercado podía darse únicamente en relación a los terminales. En contraste, el acceso a los gasoductos cuenta con una regulación en el Decreto Supremo 263 de 1995<sup>37</sup>, el cual incorpora la obligación para los concesionarios de transporte de gas natural de operar bajo un sistema de acceso abierto<sup>38</sup>.
37. En la misma línea, señaló que el riesgo de integración vertical se presentaba esencialmente respecto del Terminal GNL Quintero, puesto que entregaba la totalidad de su capacidad a GNL Chile, de modo que los terceros únicamente -y en forma eventual- podía acceder a su uso a través de los open season. En contraste, el Terminal GNL Mejillones que operaba con un régimen de acceso abierto. Con el objeto de mitigar estos riesgos, y de profundizar el mercado secundario, el Tribunal señaló que deberán adoptarse una serie de medidas pro-transparencia, descritas en la resolución.
38. Esta resolución se pronunció con el voto en contra de la Ministra María de la Luz Domper Rodríguez. La opinión disidente tuvo como eje central lo excesivo y desproporcionado que resultaban las medidas estructurales establecidas para Gasmar. A juicio de esta Ministra, los riesgos identificados eran menores, y la adopción de medidas “cortafuego” para los directorios de estas empresas hubiesen sido suficiente para subsanarlos. En esa línea, señaló que estas medidas incluso causarían una serie de “*problemas económicos y nuevos riesgos para la libre competencia*”.

c. Resolución de la Corte Suprema

39. Con posterioridad, Conadecus, Gasco, Abastible, Copec y Gasmar, interpusieron en forma individual recursos de reclamación ante la Corte Suprema en contra de esta resolución. El

---

<sup>37</sup> Decreto N° 263 del 2010 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

<sup>38</sup> De acuerdo al artículo 11 del Decreto 263 de 2010, “Se entenderá por “acceso abierto” el ofrecimiento que las empresas concesionarias de transporte de gas realicen de sus servicios de transporte en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, respecto de su capacidad de transporte disponible”.

máximo tribunal, en el fallo de la causa rol N° 4108-2018<sup>39</sup> resolvió y rechazó cada uno de los recursos esgrimidos. Como argumento principal, estableció que nada impedía al TDLC tomar medidas en sede no contenciosa, puesto que estas se fundaban en posibles compromisos a la competitividad del mercado del gas derivados de la estructura de propiedad existente, y no en ilícitos concretos. En esa línea, subsanar dichos riesgos atendía a un fin superior relacionado con el orden público económico.

## 2. Causa NC 426-14: Solicitud de la Municipalidad de Maipú en relación a la fijación de tarifas de Metrogas<sup>40</sup>

40. La Municipalidad de Maipú solicitó al TDLC que requiriese al Ministerio de Energía la fijación de precios de las tarifas de suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de la zona de concesión de Metrogas. Esta solicitud tuvo como origen un informe de la CNE, que señaló que Metrogas habría obtenido rentabilidades que exceden el umbral máximo establecido por ley y que, por lo tanto, permitirían la fijación tarifaria.

### a. Informe aportado por la FNE

41. En el Informe realizado por la Fiscalía con el objeto de aportar antecedentes, se estableció que en la industria del gas natural existía un alto grado de integración vertical en las etapas de importación, transporte, distribución y comercialización. Si bien esta integración vertical podría ser eficiente en el sentido de reducir los costos operacionales asociados al suministro de GN, esta estructura podría causar riesgos para la competencia, pudiéndose generar conductas discriminatorias en distintas etapas de la cadena. De la misma forma, podría causarse una eventual fijación de precios de transferencia entre un eslabón y otro, redundando en una distribución de beneficios entre empresas relacionadas que podría ser artificialmente favorable a alguna de ellas, generando un perjuicio a los consumidores finales.

42. En esa línea, se dijo que la existencia de distintos actores en las etapas de distribución y comercialización no disciplina *per se* la industria, puesto que, el mercado relevante geográfico para cada uno de los actores se determinaría por el alcance de sus propias redes de distribución que no se superponen.

43. Asimismo, se verificó la existencia de vínculos de propiedad y control entre empresas distribuidoras de GLP y comercializadoras de GN, situación que podría eventualmente importar un riesgo a la libre competencia, al existir la posibilidad de que se generen incentivos para la adopción de decisiones comerciales coordinadas, que busquen maximizar ganancias conjuntas en ambos segmentos de mercado.

44. Posteriormente, la Fiscalía sostuvo que el GN y GLP no son fuertemente sustitutos en la práctica, debido a la existencia de costos de cambio entre estas alternativas energéticas y una baja intensidad competitiva derivada de integraciones verticales y horizontales en el mercado. Asimismo, el consumo de los hogares que consumen GN es mucho mayor que el de los que utilizan GLP. Esto puede explicarse por dos razones: (i) Hogares que utilizan GLP utilizan adicionalmente otras fuentes energéticas; y (ii) El consumo de GN está concentrado en los hogares de mayor ingreso. Por estas razones, el gas natural constituiría un mercado relevante en sí mismo.

---

<sup>39</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N°4.108-2018, de fecha 13 de noviembre de 2019.

<sup>40</sup> Informe TDLC N°12 de 2015. Causa Rol NC 426-2014. Disponible [aquí](#).

45. Por último, se indicó al TDLC que, para poder efectuar un análisis adecuado sobre esta materia, resultaba imprescindible contar con antecedentes adicionales respecto a las características propias de la industria, sus segmentos y estructuras de precios. Por esto, la Fiscalía solicitó al TDLC que oficiara a todos los actores involucrados en los mercados de GN y GLP detallando la información que debiera ser solicitada.

b. Resolución del TDLC

46. Sin embargo, la resolución del Tribunal se distanció de este análisis, y resolvió considerando los elementos jurídicos y técnicos detrás del análisis de rentabilidad aducido por la Municipalidad de Maipú.

47. Así, considerando que la libertad tarifaria era la regla general, la única forma de establecer un sistema de fijación de precios era concurriendo uno de los presupuestos establecidos en la Ley de Servicios de Gas. En este caso, se solicitaba la fijación tarifaria en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Servicios de Gas, que facultaba al Ministerio de Energía para fijarlos a solicitud del TDLC, quien tenía la obligación de realizar un doble análisis para efectos de emitirla. En primer lugar, debía realizar un análisis financiero que permitiera chequear la rentabilidad de la empresa concesionaria, y luego de realizado, el Tribunal “*quedaba habilitado para abocarse al conocimiento del asunto relacionado propiamente con la libre competencia*”.

48. Sin embargo, a juicio de este órgano, “*el marco jurídico aplicable al chequeo de rentabilidad y la determinación de la tasa de costo anual de capital es insuficiente y adolece de vacíos normativos.*” Por ende, la Resolución de la CNE sobre la que se realizaron los chequeos de rentabilidad y que sustenta la pretensión de la solicitante, carecía de la jerarquía normativa exigida legalmente para la aplicación de esta disposición de la Ley de Servicios del Gas.

49. En virtud de lo señalado, el Tribunal resolvió que en todos los casos quedaba excluida la posibilidad de determinar el presupuesto base para solicitar la fijación de tarifas al Ministerio de Energía.

50. Cabe señalar que, con posterioridad a este caso, la Ley 20.999 incorporó una reforma al régimen de rentabilidad máxima de las empresas como una de sus modificaciones más relevantes al sistema regulatorio del mercado del gas.

**3. Expediente de Recomendación Normativa 18-13, sobre la transferencia de estanques a granel de GLP<sup>41</sup>**

51. La FNE solicitó al TDLC que propusiera al Ministerio de Energía el establecimiento de un sistema de transferencia de los estanques de gas a granel y un sistema de solución de controversias en la materia.

a. Informe de la FNE

52. En el Informe presentado<sup>42</sup>, la Fiscalía señaló que existían características anticompetitivas en el mercado de distribución de gas, las que eran incrementadas por el sistema vigente de regulación de transferencia de los estanques a granel. El mecanismo que permitía la libre elección de distribuidores de GLP envasado en cilindros, para fomentar competencia entre oferentes, no era extensible a los estanques. Así, las empresas incumbentes no llenaban

<sup>41</sup> Resolución de término TDLC Rol nº18/2013. Causa ERN Nº127-2014. Disponible [aquí](#).

<sup>42</sup> Informe FNE, “Solicita a TDLC que proponga la dictación de preceptos sobre transferencia de estanques de GLP”. Causa ERN Nº127-2014. Disponible [aquí](#).

estanques de terceros. Por esto, se planteó la recomendación de contar con un mecanismo regulatorio de transferencia de estanques que fomentara la competencia.

53. Posteriormente, se realizó un análisis de sustituibilidad entre el GLP y el GN. En esa línea, se señaló que, dado que el GN es el sustituto más cercano del GLP, la presión competitiva entre ambos combustibles dependerá, en último término, del grado de cobertura de las redes por las cuales es provisto el GN y, por lo tanto, de las posibilidades de acceso de los consumidores a ese combustible en particular. Sobre este punto, se señaló que en gran parte del país los usuarios de GLP no tenían acceso a gas natural. Asimismo, que existían varios costos de cambio para los clientes de GLP en estanques, como el costo de instalación y desinstalación del estanque, el costo de convertir las redes, y costos de coordinación y tiempo para el usuario.
54. Con respecto a la estructura del mercado, la Fiscalía señaló que la normativa asociada a la distribución de GLP era bastante exigente en materia de seguridad, por lo que las inversiones para los actores para entrar al mercado eran altas. Por otra parte, se dijo que existía una tendencia a la integración vertical de las empresas incumbentes en el mercado del GLP. Junto con otros factores, esto producía un mercado con dificultades para el ingreso y la expansión, lo que se reflejaba en que en los últimos veinte años no hayan ingresado al mercado nuevos actores.
55. A juicio de la Fiscalía, la legislación vigente establecía restricciones en relación al suministro de GLP a granel por parte de terceros no propietarios del estanque, con el fin de asignar razonablemente las responsabilidades en materia de seguridad y generar incentivos para la precaución de accidentes. Sin embargo, se consideró por parte de la FNE que era posible fomentar la competencia en el mercado sin alterar dicho sistema de incentivos ni poner en riesgo la seguridad de la instalación, a través de la implementación de un sistema que redujera los costos de cambio de los clientes.
56. Como una alternativa que permitiera compatibilizar seguridad con competencia, la Fiscalía recomendó la adopción de la una solución similar a la utilizada en el Reino Unido, que había establecido un conjunto de medidas que contemplan un sistema de transferencia de la propiedad de los estanques entre las empresas distribuidoras de gas, en caso de que el cliente optara por cambiar de proveedor. Esto, con la finalidad de aminorar los costos de cambio, permitiendo incrementar la tendencia competitiva de la industria.
57. Cabe señalar que el derecho de los clientes a cambiarse de empresa distribuidora fue incorporado por la Ley 20.999 y Resolución Exenta N°321 de la CNE<sup>43</sup>.

b. Resolución del TDLC

58. Sin embargo, el TDLC sostuvo que la FNE asoció a un problema de competencia una serie de hechos que no permiten concluir que su análisis fuese correcto.
59. En primer lugar, en oposición a lo establecido por la solicitante, el Tribunal señaló que no existían antecedentes que permitan concluir, prima facie, que los reclamos de los usuarios se debieran a una deficiente competencia en el mercado.
60. En segundo lugar, a juicio del tribunal, el GN no podía descartarse como un sustituto del GLP a granel en gran parte de los mercados geográficos nacionales, aun cuando esa relación de

---

<sup>43</sup> FNE División Antimonopolios, Informe de archivo “Denuncia por posible abuso de posición de dominio en el mercado del GLP”, Rol N°2483-18, 1 de octubre de 2019, 5. Disponible [aquí](#). Resolución de archivo disponible [aquí](#).

sustituibilidad no funcionara de manera inversa. Esta situación no ocurría en Reino Unido, por lo que la situación regulatoria en Chile no es la existente en el país cuyo sistema se aplica como modelo.

61. En tercer lugar, el TDLC sostuvo que un mecanismo obligatorio de transferencia de estanques no eliminaría los costos de cambio identificados por la FNE, principalmente aquellos relacionados con el cumplimiento de las normativas de seguridad. Por contraste, podía introducir otros costos adicionales, como los que deberían desarrollar las empresas para fijar un precio de transferencia.
62. Por las razones mencionadas, el tribunal consideró que no era necesario proponer la regulación de un procedimiento de transferencia obligatoria de la propiedad de los estanques de GLP a granel entre empresas distribuidoras, así como tampoco proponer el establecimiento de una regulación del precio de dichas transferencias. A mayor abundamiento, existirían medidas menos costosas e intrusivas para solucionar los problemas detectados, como las propuestas por Gasco.

### III. Corte Suprema

#### 1. Sentencia de la causa Rol N° 41279-2020, del 7 de agosto de 2020<sup>44</sup>

63. Inversiones GNL Talcahuano SpA dedujo un recurso de protección contra Gasoducto del Pacífico S.A., a raíz a su omisión de extender un certificado de factibilidad técnica oficial, en su calidad de empresa concesionaria del servicio de transporte de gas, para que determinara la actora si era posible ejecutar un proyecto de construcción y operación de un terminal marítimo de GNL en la bahía de Talcahuano. En el recurso, solicitó que la respuesta se declarara ilegal y arbitraria, y que se ordenara un pronunciamiento claro, completo y formal por parte de Gasoducto del Pacífico. Como fundamento, la recurrente señaló que su proyecto dependía y tenía como base técnico-económica la posibilidad de conexión al gasoducto que opera y explota la recurrida.
64. En su análisis, la Corte Suprema señaló una serie de elementos de relevancia. En primer lugar, estableció que la Ley de Servicios de Gas no trata la materia de acceso a las redes de transporte de gas natural de manera expresa. Doctrinariamente, se ha señalado que esto se debería a que la Ley fue diseñada para regular la producción y distribución de gas manufacturado, que, a diferencia del gas natural, se elabora en centros de producción o fábricas que pueden estar cerca de los lugares de consumo. Por esto, no se regula en profundidad la actividad de transporte de gas por sistemas de transporte o gasoductos, importante para el gas natural, pues se extrae desde yacimientos muchas veces alejados.
65. Por otra parte, que el Certificado de Factibilidad es de carácter vinculante para quien lo extiende. En este caso, su no entrega impide eventualmente la entrada de un actor al mercado, generando barreras a la entrada en el servicio público de distribución de gas.
66. Asimismo, la Corte sostuvo que no procedía “[...] la alegación de la recurrente de que se encuentra legalmente obligada a proporcionar su capacidad disponible de transporte de gas a todos los interesados a través de un proceso abierto (Open Season), pues tal y como lo especificó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), dicha autoridad no ha impartido instrucción alguna que defina o regule el sistema de acceso abierto a que se

---

<sup>44</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N°41.279-2020, de fecha 7 de agosto de 2020.

refiere el artículo 14 del Decreto Supremo N° 584 de 1998". En la práctica, el sistema que suelen emplear las empresas concesionarias del servicio de gas natural es el de convocatoria o licitación pública. En esa línea, hizo hincapié en que no hay normativas dictadas por parte de la SEC que reglamenten el sistema de acceso abierto.

67. Por las razones esgrimidas, la Corte resolvió que la recurrente incurrió en una omisión arbitraria, por lo que acoge el recurso de protección.

## Anexo C

### **Ejercicio de robustez y resultados del análisis de la integración horizontal**

## EJERCICIO DE ROBUSTEZ Y RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA INTEGRACIÓN HORIZONTAL

### I. Resultados del modelo alternativo

$$\log(p_{mt}) = \beta_1 HHI_{mt} + \beta_2 \Delta GHHI_{mt} + \gamma X_{mt} + v_m + dY_t + dQ_t + \varepsilon_{mt}$$

Notemos que este modelo es idéntico al presentado en el cuerpo principal del informe a excepción de  $v_t$  el cual correspondía a un efecto fijo por cada período de la muestra. Este efecto es reemplazado por  $dY_t + dQ_t$  el cual corresponde a un efecto fijo por año,  $dY_t$ , y un efecto fijo por trimestre,  $dQ_t$ . Sin perjuicio del cambio anterior, esta especificación sigue considerando efectos fijos por comuna.

**Comparacion Resultados: Dep. Var log (Precio CLP)**

	Variable Dependiente								
	Lineal (6-12) (1)	Cuadratic (6-12) (2)	Cubic (6-12) (3)	Lineal (6,12) (4)	Cuadratic (6,12) (5)	Cubic (6,12) (6)	Lineal (1,2,3) (7)	Cuadratic (1,2,3) (8)	Cubic (1,2,3) (9)
HHI	-0.074 (0.056)	-0.079 (0.054)	-0.079 (0.054)	-0.077 (0.055)	-0.074 (0.054)	-0.074 (0.054)	-0.030 (0.037)	-0.032 (0.036)	-0.033 (0.036)
Delta_GHHI	0.008 (0.041)	0.389** (0.178)	0.907*** (0.314)	0.017 (0.041)	0.185* (0.109)	0.427** (0.201)	-0.007 (0.029)	0.161 (0.104)	0.387** (0.192)
Delta_GHHI_2		-1.416** (0.584)	-6.985*** (2.472)		-0.709** (0.342)	-2.937** (1.359)		-0.657** (0.331)	-2.756** (1.315)
Delta_GHHI_3			13.557** (5.420)			4.996* (2.657)			4.726* (2.590)
tmax_C	-0.0001 (0.0003)	-0.0001 (0.0003)	-0.00004 (0.0003)	0.00000 (0.0003)	0.00003 (0.0003)	0.00003 (0.0003)	0.0004 (0.0003)	0.0004 (0.0003)	0.0004 (0.0003)
presipit_mm	0.00000 (0.00002)	0.00000 (0.00002)	0.00000 (0.00002)	-0.00000 (0.00002)	-0.00000 (0.00002)	-0.00000 (0.00002)	-0.00002 (0.00002)	-0.00002 (0.00002)	-0.00002 (0.00002)
I(N_CLIENTES/TOTAL_POBLACION_2017)	-0.155 (0.164)	-0.376** (0.182)	-0.434** (0.186)	-0.155 (0.163)	-0.251 (0.167)	-0.303* (0.170)	-0.043 (0.144)	-0.131 (0.149)	-0.176 (0.151)
PIB_REGION	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)							
log(P_KG_ADQ)	0.408*** (0.028)	0.417*** (0.027)	0.417*** (0.027)	0.448*** (0.040)	0.456*** (0.040)	0.457*** (0.040)	0.454*** (0.014)	0.453*** (0.014)	0.453*** (0.014)
log(P_M3_ADQ)	-0.011 (0.009)	-0.014 (0.010)	-0.016 (0.010)	-0.013 (0.009)	-0.015 (0.009)	-0.015 (0.009)	-0.020*** (0.007)	-0.021*** (0.007)	-0.021*** (0.007)
log(DIST_W_w)	-0.004* (0.002)	-0.005** (0.002)	-0.004** (0.002)	-0.004* (0.002)	-0.004** (0.002)	-0.004** (0.002)	-0.003 (0.002)	-0.003 (0.002)	-0.003 (0.002)
QUARTER_2	-0.024*** (0.006)	-0.023*** (0.006)	-0.023*** (0.007)	-0.020*** (0.007)	-0.019*** (0.007)	-0.019*** (0.007)	-0.059*** (0.010)	-0.058*** (0.010)	-0.058*** (0.010)
QUARTER_3	0.001 (0.006)	0.002 (0.006)	0.002 (0.006)	0.001 (0.006)	0.002 (0.006)	0.002 (0.006)	-0.060*** (0.010)	-0.060*** (0.010)	-0.060*** (0.010)
QUARTER_4	0.029*** (0.007)	0.029*** (0.007)	0.029*** (0.007)	0.027*** (0.007)	0.027*** (0.007)	0.027*** (0.007)	-0.018* (0.010)	-0.018* (0.010)	-0.018* (0.010)
YEAR_2013							-0.060*** (0.011)	-0.059*** (0.011)	-0.058*** (0.011)
YEAR_2014	0.030*** (0.007)	0.032*** (0.007)	0.033*** (0.007)	0.026*** (0.008)	0.026*** (0.008)	0.027*** (0.008)	-0.032*** (0.012)	-0.030** (0.012)	-0.029** (0.013)
YEAR_2015	-0.082*** (0.014)	-0.080*** (0.014)	-0.079*** (0.014)	-0.064*** (0.019)	-0.060*** (0.018)	-0.060*** (0.018)	-0.117*** (0.015)	-0.117*** (0.015)	-0.116*** (0.015)
YEAR_2016	-0.061*** (0.018)	-0.056*** (0.018)	-0.057*** (0.018)	-0.039 (0.025)	-0.032 (0.025)	-0.031 (0.025)	-0.090*** (0.018)	-0.088*** (0.017)	-0.088*** (0.017)
YEAR_2017	-0.038*** (0.014)	-0.035** (0.014)	-0.037*** (0.014)	-0.020 (0.019)	-0.017 (0.019)	-0.017 (0.019)	-0.071*** (0.015)	-0.072*** (0.015)	-0.072*** (0.015)
YEAR_2018	-0.019 (0.014)	-0.014 (0.014)	-0.014 (0.014)	-0.003 (0.018)	0.002 (0.018)	0.002 (0.018)	-0.052*** (0.016)	-0.051*** (0.016)	-0.051*** (0.016)
YEAR_2019	0.016 (0.017)	0.023 (0.017)	0.024 (0.017)	0.038* (0.023)	0.043* (0.023)	0.045** (0.023)	-0.009 (0.017)	-0.008 (0.017)	-0.007 (0.017)
YEAR_2020	0.023 (0.021)	0.033 (0.021)	0.035* (0.021)	0.049* (0.028)	0.056** (0.028)	0.058** (0.028)	0.004 (0.017)	0.006 (0.017)	0.007 (0.017)

QUARTER_2:YEAR_2013							0.044*** (0.011)	0.044*** (0.011)	0.043*** (0.011)
QUARTER_3:YEAR_2013							0.065*** (0.011)	0.065*** (0.011)	0.065*** (0.011)
QUARTER_4:YEAR_2013							0.046*** (0.012)	0.047*** (0.012)	0.047*** (0.012)
QUARTER_2:YEAR_2014	0.003 (0.007)	0.003 (0.007)	0.003 (0.007)	0.004 (0.007)	0.004 (0.007)	0.004 (0.007)	0.046*** (0.011)	0.046*** (0.011)	0.046*** (0.011)
QUARTER_3:YEAR_2014	-0.048*** (0.009)	-0.047*** (0.009)	-0.047*** (0.009)	-0.042*** (0.010)	-0.041*** (0.010)	-0.041*** (0.010)	0.024** (0.011)	0.024** (0.011)	0.024** (0.011)
QUARTER_4:YEAR_2014	-0.137*** (0.014)	-0.135*** (0.014)	-0.135*** (0.014)	-0.123*** (0.018)	-0.120*** (0.018)	-0.120*** (0.018)	-0.077*** (0.013)	-0.077*** (0.013)	-0.077*** (0.013)
QUARTER_2:YEAR_2015	0.024*** (0.008)	0.024*** (0.008)	0.023*** (0.009)	0.023*** (0.008)	0.023*** (0.008)	0.022*** (0.008)	0.066*** (0.013)	0.066*** (0.013)	0.066*** (0.013)
QUARTER_3:YEAR_2015	0.020* (0.011)	0.022** (0.011)	0.021* (0.011)	0.026** (0.011)	0.027** (0.011)	0.027** (0.011)	0.095*** (0.013)	0.096*** (0.013)	0.096*** (0.013)
QUARTER_4:YEAR_2015	-0.005 (0.011)	-0.004 (0.011)	-0.005 (0.011)	-0.0002 (0.011)	0.001 (0.011)	0.001 (0.011)	0.048*** (0.012)	0.048*** (0.012)	0.048*** (0.012)
QUARTER_2:YEAR_2016	0.025*** (0.007)	0.023*** (0.007)	0.024*** (0.007)	0.021** (0.008)	0.019** (0.008)	0.019** (0.008)	0.064*** (0.011)	0.064*** (0.011)	0.064*** (0.011)
QUARTER_3:YEAR_2016	-0.025*** (0.008)	-0.024*** (0.008)	-0.024*** (0.008)	-0.024*** (0.008)	-0.024*** (0.008)	-0.024*** (0.008)	0.042*** (0.011)	0.042*** (0.011)	0.042*** (0.011)
QUARTER_4:YEAR_2016	-0.045*** (0.009)	-0.045*** (0.009)	-0.045*** (0.009)	-0.045*** (0.009)	-0.045*** (0.009)	-0.045*** (0.009)	0.0001 (0.013)	0.001 (0.013)	0.001 (0.013)
QUARTER_2:YEAR_2017	0.030*** (0.006)	0.030*** (0.006)	0.030*** (0.006)	0.030*** (0.006)	0.030*** (0.006)	0.030*** (0.006)	0.074*** (0.011)	0.074*** (0.011)	0.073*** (0.011)
QUARTER_3:YEAR_2017	0.002 (0.008)	0.003 (0.008)	0.003 (0.008)	0.004 (0.008)	0.005 (0.008)	0.005 (0.008)	0.069*** (0.011)	0.069*** (0.011)	0.069*** (0.011)
QUARTER_4:YEAR_2017	-0.008 (0.010)	-0.010 (0.010)	-0.010 (0.010)	-0.011 (0.010)	-0.012 (0.010)	-0.012 (0.010)	0.035*** (0.012)	0.035*** (0.012)	0.035*** (0.012)
QUARTER_2:YEAR_2018	0.023*** (0.008)	0.022*** (0.008)	0.022*** (0.008)	0.018** (0.008)	0.018** (0.008)	0.018** (0.008)	0.060*** (0.012)	0.060*** (0.012)	0.060*** (0.012)
QUARTER_3:YEAR_2018	-0.004 (0.009)	-0.005 (0.009)	-0.005 (0.009)	-0.010 (0.010)	-0.010 (0.010)	-0.010 (0.010)	0.055*** (0.012)	0.056*** (0.012)	0.056*** (0.012)
QUARTER_4:YEAR_2018	0.0001 (0.009)	-0.0003 (0.009)	-0.0001 (0.009)	0.0002 (0.009)	0.0001 (0.009)	0.0001 (0.009)	0.047*** (0.012)	0.047*** (0.012)	0.048*** (0.012)
QUARTER_2:YEAR_2019	-0.008 (0.009)	-0.008 (0.009)	-0.008 (0.009)	-0.010 (0.011)	-0.010 (0.011)	-0.010 (0.011)	0.034*** (0.013)	0.034*** (0.013)	0.034*** (0.013)
QUARTER_3:YEAR_2019	-0.033*** (0.009)	-0.031*** (0.009)	-0.031*** (0.009)	-0.025** (0.010)	-0.023** (0.010)	-0.023** (0.010)	0.041*** (0.013)	0.041*** (0.013)	0.041*** (0.013)
QUARTER_4:YEAR_2019	-0.054*** (0.010)	-0.054*** (0.010)	-0.054*** (0.010)	-0.051*** (0.010)	-0.051*** (0.010)	-0.051*** (0.010)	-0.005 (0.014)	-0.005 (0.014)	-0.004 (0.014)
QUARTER_2:YEAR_2020	-0.007 (0.011)	-0.009 (0.011)	-0.010 (0.011)	-0.011 (0.011)	-0.012 (0.011)	-0.013 (0.012)	0.028** (0.011)	0.028** (0.011)	0.027** (0.011)
QUARTER_3:YEAR_2020	-0.043*** (0.011)	-0.044*** (0.011)	-0.045*** (0.011)	-0.046*** (0.011)	-0.047*** (0.011)	-0.047*** (0.011)	0.018** (0.007)	0.018*** (0.007)	0.018*** (0.007)
QUARTER_4:YEAR_2020	-0.042*** (0.013)	-0.044*** (0.013)	-0.044*** (0.013)	-0.043*** (0.013)	-0.044*** (0.013)	-0.045*** (0.013)			
Observations	5,823	5,823	5,823	5,858	5,858	5,858	6,462	6,462	6,462
R <sup>2</sup>	0.833	0.833	0.833	0.833	0.834	0.834	0.844	0.844	0.845
Adjusted R <sup>2</sup>	0.830	0.830	0.830	0.830	0.831	0.831	0.841	0.842	0.842
F Statistic	27,666.210***	27,687.100***	27,709.550***	27,877.850***	28,003.120***	28,043.420***	33,038.220***	33,166.110***	33,213.750***

Note:

\*p&lt;0.1; \*\*p&lt;0.05; \*\*\*p&lt;0.01

Podemos ver que los parámetros relevantes mantienen su significancia antes esta nueva especificación. Notemos también que el parámetro asociado al costo de adquisición del GLP se encuentra entre 0.408 y 0.457, lo cual se puede interpretar como una elasticidad precio-costo unitario.

Ahora repetimos este ejercicio para el caso del gas natural. Nuevamente, los parámetros relevantes del modelo se mantienen. Cabe señalar que, en este caso, no cambia el signo del costo de adquisición, debido a que, al ser por lo general una única empresa la distribuidora de GN, el precio promedio no se ve afectada por los share de mercado.

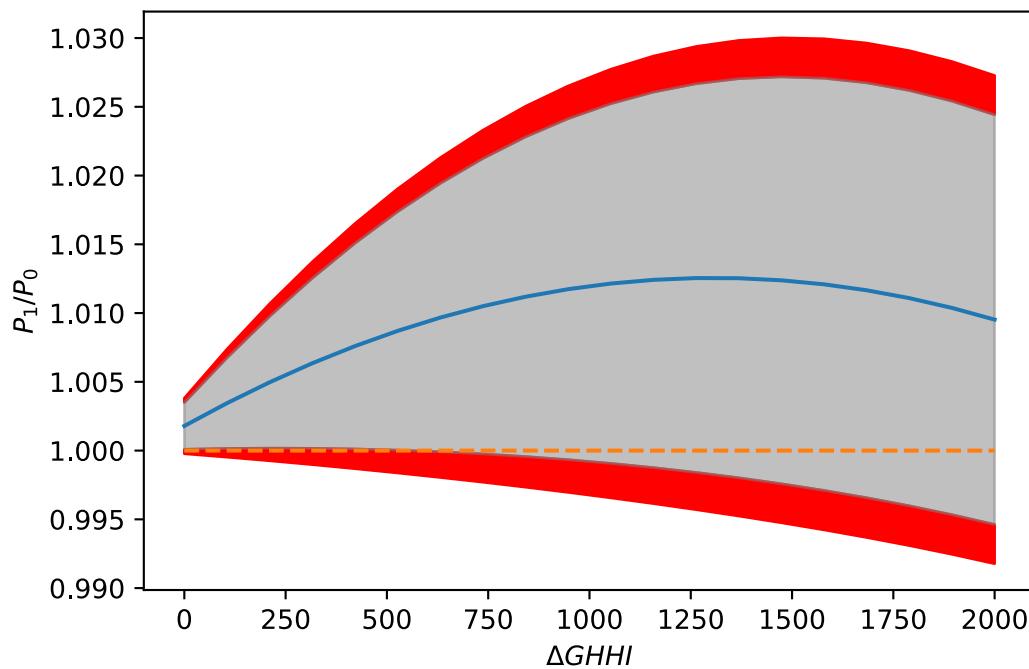
	Comparacion Resultados: Dep. Var log (Precio GN)									
	Variable Dependiente									
	Lineal (6-12)	Cuadratic (6-12)	Cubic (6-12)	Lineal (6,12)	Cuadratic (6,12)	Cubic (6,12)	Lineal (1,2,3)	Cuadratic (1,2,3)	Cubic (1,2,3)	
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	
HHI	-0.415*** (0.124)	-0.415*** (0.124)	-0.418*** (0.124)	-0.406*** (0.123)	-0.407*** (0.123)	-0.407*** (0.123)	-0.327*** (0.085)	-0.328*** (0.086)	-0.328*** (0.086)	
Delta_GHHI	0.045 (0.064)	0.202 (0.240)	-0.156 (0.317)	0.030 (0.064)	-0.043 (0.147)	-0.192 (0.317)	-0.035 (0.055)	0.047 (0.148)	0.079 (0.327)	
Delta_GHHI_2			-0.645 (0.735)	1.145 (2.206)		-0.085 (0.414)	1.289 (2.208)		-0.337 (0.416)	-0.631 (2.316)
Delta_GHHI_3				-2.796 (4.410)			-3.082 (4.420)			0.662 (4.659)
tmax_C	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	0.007*** (0.001)	
presipit_mm	-0.0003*** (0.00004)	-0.0003*** (0.00004)	-0.0002*** (0.00004)	-0.0003*** (0.00004)	-0.0003*** (0.00004)	-0.0003*** (0.00004)	-0.0003*** (0.00005)	-0.0003*** (0.00005)	-0.0003*** (0.00005)	
IN_CLIENTES/TOTAL_POBLACION_2017	-1.118*** (0.343)	-1.207*** (0.353)	-1.030*** (0.336)	-1.137*** (0.340)	-1.073*** (0.333)	-1.041*** (0.332)	-1.167*** (0.334)	-1.208*** (0.333)	-1.215*** (0.335)	
PIB_REGION	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)	0.00000*** (0.00000)
log(P_KG_ADQ)	-0.296*** (0.047)	-0.280*** (0.047)	-0.332*** (0.049)	0.062 (0.059)	0.059 (0.059)	0.059 (0.059)	-0.048* (0.027)	-0.045* (0.027)	-0.045* (0.027)	-0.045* (0.027)
log(P_M3_ADQ)	0.108*** (0.019)	0.107*** (0.019)	0.110*** (0.019)	0.105*** (0.019)	0.106*** (0.020)	0.106*** (0.020)	0.088*** (0.017)	0.087*** (0.017)	0.087*** (0.017)	
log(DIST_W_w)	0.002 (0.003)	0.002 (0.003)	0.002 (0.003)	0.002 (0.003)	0.002 (0.003)	0.002 (0.003)	-0.0005 (0.003)	-0.001 (0.003)	-0.001 (0.003)	-0.001 (0.003)
QUARTER_2	-0.058*** (0.012)	-0.056*** (0.012)	-0.061*** (0.012)	-0.024* (0.013)	-0.024* (0.013)	-0.024* (0.013)	0.011 (0.019)	0.011 (0.019)	0.011 (0.019)	0.011 (0.019)
QUARTER_3	-0.045*** (0.015)	-0.045*** (0.015)	-0.044*** (0.015)	-0.046*** (0.015)	-0.045*** (0.015)	-0.045*** (0.015)	-0.050*** (0.016)	-0.050*** (0.016)	-0.050*** (0.016)	-0.050*** (0.016)
QUARTER_4	-0.056*** (0.016)	-0.057*** (0.016)	-0.054*** (0.016)	-0.078*** (0.016)	-0.078*** (0.016)	-0.078*** (0.016)	-0.031** (0.014)	-0.031** (0.014)	-0.031** (0.014)	-0.031** (0.014)
YEAR_2013							0.009 (0.018)	0.009 (0.018)	0.009 (0.018)	0.009 (0.019)
YEAR_2014	0.012 (0.018)	0.011 (0.018)	0.015 (0.018)	-0.031* (0.019)	-0.032* (0.019)	-0.032* (0.019)	-0.001 (0.022)	-0.0005 (0.022)	-0.0005 (0.022)	-0.0003 (0.022)
YEAR_2015	-0.252*** (0.030)	-0.244*** (0.029)	-0.259*** (0.031)	-0.081** (0.034)	-0.073** (0.034)	-0.073** (0.034)	-0.110*** (0.025)	-0.108*** (0.026)	-0.108*** (0.026)	-0.108*** (0.026)
YEAR_2016	-0.266*** (0.034)	-0.254*** (0.033)	-0.278*** (0.035)	-0.037 (0.041)	-0.028 (0.041)	-0.029 (0.041)	-0.080*** (0.031)	-0.077** (0.031)	-0.077** (0.031)	-0.077** (0.031)
YEAR_2017	-0.234*** (0.030)	-0.227*** (0.029)	-0.247*** (0.030)	-0.074** (0.034)	-0.073** (0.034)	-0.073** (0.034)	-0.097*** (0.027)	-0.096*** (0.026)	-0.096*** (0.026)	-0.096*** (0.026)
YEAR_2018	-0.210*** (0.030)	-0.202*** (0.030)	-0.223*** (0.031)	-0.061* (0.034)	-0.060* (0.034)	-0.060* (0.034)	-0.068** (0.027)	-0.066** (0.027)	-0.066** (0.027)	-0.066** (0.027)
YEAR_2019	-0.086** (0.038)	-0.076** (0.038)	-0.104*** (0.038)	0.109** (0.043)	0.110** (0.043)	0.109** (0.043)	0.098*** (0.031)	0.101*** (0.031)	0.101*** (0.031)	0.101*** (0.031)
YEAR_2020	-0.153*** (0.042)	-0.140*** (0.042)	-0.175*** (0.043)	0.077 (0.048)	0.077 (0.048)	0.076 (0.048)	0.064** (0.048)	0.068** (0.031)	0.068** (0.031)	0.068** (0.032)

QUARTER_2:YEAR_2013							-0.044** (0.020)	-0.044** (0.020)	-0.044** (0.020)
QUARTER_3:YEAR_2013							0.003 (0.019)	0.003 (0.019)	0.003 (0.019)
QUARTER_4:YEAR_2013							-0.037* (0.022)	-0.037* (0.022)	-0.037* (0.022)
QUARTER_2:YEAR_2014	0.043*** (0.014)	0.043*** (0.014)	0.042*** (0.014)	0.054*** (0.014)	0.054*** (0.014)	0.054*** (0.014)	0.003 (0.021)	0.003 (0.021)	0.003 (0.021)
QUARTER_3:YEAR_2014	-0.021 (0.021)	-0.019 (0.021)	-0.027 (0.021)	0.033 (0.021)	0.033 (0.021)	0.032 (0.021)	0.023 (0.020)	0.024 (0.020)	0.024 (0.020)
QUARTER_4:YEAR_2014	-0.064** (0.029)	-0.058** (0.028)	-0.077*** (0.029)	0.075** (0.032)	0.075** (0.032)	0.075** (0.032)	-0.009 (0.022)	-0.008 (0.022)	-0.008 (0.022)
QUARTER_2:YEAR_2015	-0.020 (0.014)	-0.021 (0.014)	-0.019 (0.014)	-0.032** (0.014)	-0.032** (0.013)	-0.032** (0.013)	-0.074*** (0.021)	-0.074*** (0.021)	-0.074*** (0.021)
QUARTER_3:YEAR_2015	-0.047*** (0.018)	-0.044** (0.018)	-0.052*** (0.018)	-0.003 (0.019)	-0.004 (0.018)	-0.004 (0.018)	-0.003 (0.020)	-0.002 (0.020)	-0.002 (0.020)
QUARTER_4:YEAR_2015	0.013 (0.021)	0.016 (0.021)	0.010 (0.020)	0.057*** (0.022)	0.058*** (0.021)	0.058*** (0.021)	0.012 (0.018)	0.012 (0.018)	0.012 (0.018)
QUARTER_2:YEAR_2016	0.048*** (0.014)	0.045*** (0.014)	0.051*** (0.014)	-0.004 (0.015)	-0.005 (0.015)	-0.005 (0.015)	-0.055** (0.022)	-0.056** (0.022)	-0.056** (0.022)
QUARTER_3:YEAR_2016	-0.061*** (0.017)	-0.061*** (0.017)	-0.062*** (0.017)	-0.059*** (0.017)	-0.060*** (0.017)	-0.060*** (0.017)	-0.074*** (0.021)	-0.075*** (0.021)	-0.075*** (0.021)
QUARTER_4:YEAR_2016	-0.011 (0.018)	-0.011 (0.018)	-0.012 (0.018)	-0.011 (0.018)	-0.011 (0.018)	-0.011 (0.018)	-0.058*** (0.021)	-0.057*** (0.021)	-0.057*** (0.021)
QUARTER_2:YEAR_2017	0.039** (0.015)	0.038** (0.015)	0.039** (0.015)	0.034** (0.016)	0.034** (0.016)	0.034** (0.016)	-0.005 (0.023)	-0.005 (0.023)	-0.005 (0.023)
QUARTER_3:YEAR_2017	0.004 (0.019)	0.005 (0.019)	0.002 (0.019)	0.023 (0.019)	0.023 (0.019)	0.023 (0.019)	0.027 (0.020)	0.027 (0.020)	0.027 (0.020)
QUARTER_4:YEAR_2017	0.056*** (0.020)	0.054*** (0.020)	0.058*** (0.020)	0.032 (0.020)	0.032 (0.020)	0.033 (0.020)	0.004 (0.018)	0.004 (0.018)	0.004 (0.018)
QUARTER_2:YEAR_2018	0.072*** (0.013)	0.070*** (0.013)	0.075*** (0.013)	0.037*** (0.014)	0.037*** (0.014)	0.037*** (0.014)	-0.010 (0.021)	-0.010 (0.021)	-0.010 (0.021)
QUARTER_3:YEAR_2018	0.081*** (0.018)	0.079*** (0.018)	0.086*** (0.018)	0.031 (0.020)	0.031 (0.020)	0.031 (0.020)	0.043** (0.020)	0.043** (0.020)	0.043** (0.020)
QUARTER_4:YEAR_2018	0.152*** (0.018)	0.152*** (0.018)	0.152*** (0.018)	0.156*** (0.018)	0.156*** (0.018)	0.156*** (0.018)	0.115*** (0.020)	0.115*** (0.020)	0.115*** (0.020)
QUARTER_2:YEAR_2019	-0.028* (0.015)	-0.028* (0.015)	-0.027* (0.015)	-0.042*** (0.016)	-0.042*** (0.016)	-0.042*** (0.016)	-0.083*** (0.022)	-0.083*** (0.022)	-0.083*** (0.022)
QUARTER_3:YEAR_2019	-0.136*** (0.020)	-0.133*** (0.020)	-0.144*** (0.021)	-0.062*** (0.020)	-0.063*** (0.019)	-0.063*** (0.019)	-0.083*** (0.023)	-0.083*** (0.023)	-0.083*** (0.023)
QUARTER_4:YEAR_2019	-0.060*** (0.021)	-0.059*** (0.021)	-0.064*** (0.021)	-0.023 (0.021)	-0.023 (0.021)	-0.023 (0.021)	-0.074*** (0.023)	-0.074*** (0.023)	-0.074*** (0.023)
QUARTER_2:YEAR_2020	0.109*** (0.019)	0.108*** (0.019)	0.113*** (0.019)	0.084*** (0.020)	0.085*** (0.020)	0.085*** (0.020)	0.034 (0.024)	0.033 (0.024)	0.033 (0.024)
QUARTER_3:YEAR_2020	0.026 (0.020)	0.025 (0.020)	0.029 (0.020)	-0.001 (0.020)	-0.001 (0.020)	-0.001 (0.020)	0.007 (0.014)	0.007 (0.014)	0.007 (0.014)
QUARTER_4:YEAR_2020	0.057*** (0.022)	0.056** (0.022)	0.059*** (0.022)	0.047** (0.022)	0.047** (0.022)	0.047** (0.022)			
Observations	5,823	5,823	5,823	5,858	5,858	5,858	6,462	6,462	6,462
R <sup>2</sup>	0.578	0.579	0.576	0.573	0.574	0.574	0.520	0.520	0.520
Adjusted R <sup>2</sup>	0.570	0.571	0.568	0.565	0.566	0.566	0.511	0.511	0.511
F Statistic	7,996.426***	8,018.219***	7,969.588***	7,824.531***	7,848.438***	7,851.296***	6,894.741***	6,895.821***	6,894.820***
Note:	* p<0.1; ** p<0.05; *** p<0.01								

## II. Resultado modelo cuadrático

A continuación, veremos el efecto y su significancia en el precio del modelo cuadrático, i.e.

$$\log(p_{mt}) = \beta_1 HHI_{mt} + \beta_2 \Delta GHHI_{mt} + \beta_3 (\Delta GHHI_{mt})^2 + \gamma X_{mt} + v_m + v_t + \varepsilon_{mt}$$



Como podemos ver, el intervalo de confianza para el ratio estimado  $p_1/p_0$  incluye siempre al valor 1. En consecuencia, no se puede afirmar que el efecto sea estadísticamente mayor a 1.

## Anexo D

**Informe de Santiago Montt: “Constitucionalidad del Remedio Estructural de Desintegración de la Distribución Mayorista y Minorista en el Mercado de GLP Propuesto por la Fiscalía Nacional Económica”**

## Informe en Derecho

### Constitucionalidad del Remedio Estructural de Desintegración de la Distribución Mayorista y Minorista en el Mercado de GLP

Propuesto por la Fiscalía Nacional Económica

*Es parte fundamental del rol que la ley asigna a los organismos antimonopolios en general... el prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera cuando se las compara con estructuras de mercado alternativas y eficientes.*

Comisión Resolutiva, Resolución 488 de 11 de junio de 1997, C. 18

*En un contexto de desarrollo del sector que se da a través de soluciones del mercado, éste no siempre brinda las decisiones que llevan a preservar el bien común y las preferencias que la sociedad exige a este insumo esencial. La sociedad chilena espera del Estado un rol de planificación y conducción que considere a todas las partes interesadas en la definición de una estrategia sólida y consistente, que vaya orientando el mercado.*

Ministerio de Energía, *Energía 2050. Política Energética de Chile*, 9

## Contenidos

I. Introducción	2
II. Resumen ejecutivo	4
III. Fundamentos Constitucionales de los Fines Perseguidos por la FNE. El Artículo 19 N° 21 de la Constitución No Admite una Aplicación Categórica que Prescinda de Tales Fines	8
a. La “Neutralización del Poder de Mercado” como Fin Constitucionalmente Protegido en el Derecho de la Competencia	8
b. Límites del Derecho de la Competencia, Regulación Económica y Neutralización del Poder de Mercado de Oligopolistas	21
c. El Derecho y Política de la Energía y las Razones Reforzadas que Justifican la Regulación Económica en el Sector Energético	28
d. Conclusiones	33

<b>IV.</b>	<b>Proporcionalidad del Remedio Estructural Propuesto por la FNE</b>	<b>34</b>
a.	Naturaleza del Test de Proporcionalidad	34
b.	Límites del Principio de Proporcionalidad en Sede Constitucional	40
c.	Etapa 1: Legitimidad del Fin	42
d.	Etapa 2: Idoneidad, Adecuación o “Conexión Racional”	44
e.	Etapa 3: Necesidad	47
f.	Etapa 4: Proporcionalidad en Sentido Estricto	55
g.	Conclusiones	59
<b>V.</b>	<b>Otros Argumentos: Discriminación y Confianza Legítima</b>	<b>60</b>
<b>VI.</b>	<b>Conclusiones</b>	<b>69</b>

\*\*\*

## I. Introducción

1. La Fiscalía Nacional Económica (FNE) nos ha solicitado emitir una opinión legal en relación a ciertas objeciones de constitucionalidad a las propuestas de regulación del mercado GLP contenidas en el “Informe Preliminar – Estudio de Mercados del Gas (EMo6-2020)”, elaborado por la FNE en octubre de 2021 (el “Informe Preliminar” o “Informe FNE”).
2. La FNE propone dos medidas de intervención en el mercado del GLP: (i) un *remedio estructural*, consistente en prohibir que los distribuidores mayoristas (Gasco, Abastible y Lipigas) participen directa o indirectamente en el mercado minorista de GLP (*desintegración* de la distribución mayorista y minorista); y (ii) un *remedio conductual*, consistente en *liberalizar* el mercado de la distribución minorista de GLP, terminando y prohibiendo las cláusulas contractuales hoy en uso que tienen como efecto eliminar o reducir la competencia entre minoristas (independencia de los distribuidores minoristas).
3. De conformidad al artículo 39 letra p) del DL 211, el Informe Preliminar se limita a “efectuar recomendaciones”, las que pueden ser implementadas, de estimarse pertinente y necesario, mediante nuevas regulaciones de los órganos políticos del gobierno –ley y/o reglamento, en los términos previstos por el artículo 39 letra q) del DL 211– o por una actuación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) –en los términos de los numerales 1, 2 o 3 del artículo 18 del DL 211–.

4. Las propuestas de la FNE se fundamentan en la “baja intensidad competitiva” y “alto riesgo de coordinación entre competidores” en el mercado de distribución del GLP como consecuencia de “una serie de factores estructurales”. Frente a un mercado mayorista oligopólico que sistemáticamente da lugar a equilibrios de precios supracompetitivos a nivel minorista, la FNE persigue en este caso el “resguardo de la libre competencia en los mercados” –conforme al poder/deber definido en el artículo 2 DL 211– por la vía de aumentar la tensión competitiva con el fin último de conseguir precios eficientes, competitivos y justos.

5. De acuerdo al Informe Preliminar y sus Anexos:

- Existe un poder de mercado persistente y un alto riesgo de coordinación entre los 3 competidores del mercado mayorista que se ha trasladado al mercado minorista en virtud de una red de contratos con exclusividad y otras rigideces, que ha terminado por eliminar o limitar severamente la competencia intra-marca e inter-marca.
- Este sistema de “clubes” minoristas atomizados e integrados *de facto* a cada uno de los tres mayoristas –donde cada distribuidor minorista sirve en promedio menos del 0,1% de la demanda y carece por ende de cualquier poder negociador–, representa una efectiva barrera de entrada para cualquier potencial nuevo entrante en el mercado mayorista.
- Desde fines del año 2014 en adelante, los mayoristas han obtenido márgenes de entre 50 y 55%. La FNE calcula que el daño a los consumidores asciende al monto anual de USD 181 millones, equivalente a un 15% del valor de venta al público de cada cilindro de GLP. Este daño se produce en el mercado de un *commodity* esencial para las empresas y familias chilenas. Chile, a diferencia de otros países, carece de una red extensa y profunda de gas natural, lo que da al GLP un protagonismo en la economía de las empresas y hogares distintivo a nivel comparado.
- Los cilindros de GLP representan el 84% del consumo residencial de gas. El GLP corresponde en promedio al 19% de los gastos en servicios básicos de los hogares chilenos. Solo un 21,4% de los hogares tiene acceso a gas natural –más económico que el GLP–, lo que está fuertemente correlacionado con el ingreso de los hogares: 52,1% de los hogares del quintil más rico tienen acceso a gas natural, mientras que solo un 7,4% del quintil inferior (datos del año 2018). El problema de oligopolio que la FNE enfrenta en este caso tiene, en consecuencia, una relevante arista de justicia distributiva o justicia social,

pues las rentas supracompetitivas de los mayoristas provienen, en promedio, de los hogares más pobres del país<sup>1</sup>.

6. El profesor Carlos Carmona ha emitido un Informe en Derecho en favor de Lipigas en el que objeta la constitucionalidad de la propuesta de remedio estructural de desintegración contenida en el Informe Preliminar (el “Informe Lipigas”). Argumenta que la referida medida afectaría componentes esenciales del derecho a desarrollar una actividad económica establecido en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República (CPR), en términos “absolutos” o “categóricos” y también en términos de ponderación conforme al test de proporcionalidad. Afirma asimismo que el remedio estructural propuesto por la FNE discriminaría arbitrariamente a Lipigas que realiza el [REDACTED] % de la venta de manera directa (porcentaje superior a sus competidores), contraviniendo el derecho establecido en el artículo 19 N° 22 de la CPR, y que vulneraría la confianza legítima creada por la inactividad del regulador (entre otras razones). Las supuestas infracciones constitucionales no incluyen el derecho de propiedad protegido en el artículo 19 N° 24 de la CPR.

7. Respetuosamente, estamos en desacuerdo con el Profesor Carmona. En nuestra opinión, las medidas propuestas por la FNE son constitucionales. No se vulneran los derechos reconocidos por el artículo 19 N° 21 y 22 de la CPR a Lipigas. La FNE persigue un fin constitucionalmente protegido por el propio artículo 19 N° 21 de la CPR – neutralizar poder de mercado– y propone el uso de un remedio estructural que es necesario, adecuado y proporcional a dicho fin, sin incurrir en discriminación alguna.

## II. Resumen ejecutivo

8. El Derecho y Política de la Energía justifica y exige –como queda comprobado por la práctica comparada de los últimos 100 años de historia– una intensa intervención estatal en los mercados. El Derecho Constitucional chileno permite y exige a las autoridades políticas y económicas adoptar una posición regulatoria proactiva en el sector energético por al menos tres conjuntos de fundamentos:

- *Razones económicas*: Existe un interés público constitucionalmente protegido que habilita al Estado a corregir fallas de mercado en el sector energético, incluyendo el GLP.
- *Razones de justicia energética*: El interés público económico se amplía y refuerza en tanto el Derecho y Política de la Energía –en Chile y a nivel comparado– persigue asegurar un acceso amplio, seguro y económico a las distintas fuentes de energía, así como corregir problemas de justicia

---

<sup>1</sup> Datos obtenidos el Anexo A del Informe Preliminar: Christopher Decker, *Policy Alternatives to Improve Competition in the Chilean Gas Market. Expert Opinion for the Fiscalía Nacional Económica*, 5 octubre 2021.

distributiva o justicia social que puedan presentarse en relación con la energía.

- *Razones de sustentabilidad:* Aunque no sea relevante en este caso, la sustentabilidad y la protección del medio ambiente constituyen una tercera dimensión fundamental que explica y justifica la intervención estatal en el sector energía, especialmente en tiempos de transición energética.

9. Por lo mismo, el *fin o interés público* consistente en la eliminación de rentas supracompetitivas derivadas de condiciones estructurales de un mercado oligopólico imperfecto relativo a un *commodity* esencial para la población –84% del consumo de gas residencial en Chile es GLP–, es constitucionalmente legítimo. En adelante, nos referiremos a este fin como *la neutralización de poder de mercado en el sector energético*. Esta legitimidad constitucional es general –conforme, entre otras, a la obligación del Estado de “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional y mayor realización espiritual y material posible” (artículo 1º de la CPR)– y también específica al artículo 19 N° 21 de la CPR.

10. Las reglas por *default ex post* (ilícitos) del Derecho de la Competencia no agotan el interés público por eliminar el poder de mercado y las rentas monopólicas, especialmente tratándose de un *commodity* esencial. La regulación económica –en sede política o ante el propio TDLC– puede y a veces debe legítimamente ir más allá de las infracciones definidas en los artículos 3º y 3º bis del DL 211 por exigirlo el mismo artículo 19 N° 21 de la CPR. La ausencia de ilegalidad ante el DL 211 –en el caso que fuere esa la hipótesis en los hechos– no es un límite al poder regulatorio económico del Estado.

11. El derecho a desarrollar actividades económicas de las empresas, particularmente de aquellas que intervienen en el mercado de la energía, no opera ni puede ser interpretado en aislamiento. Una empresa proveedora de energía, en este caso de GLP, no puede esgrimir una aplicación “absoluta” o “categórica” del artículo 19 N° 21 de la CPR, esto es, desvinculada de un proceso de balanceo o ponderación de dicha libertad con otros derechos fundamentales e intereses públicos legítimos. Por una parte, las empresas no tienen derecho a asegurar rentas supracompetitivas derivadas de fallas de mercado ni a impedir la acción estatal por introducir competencia a efectos de reducir precios excesivos; por otra parte, los habitantes del territorio nacional tienen derecho a un acceso seguro, asequible y económico a las distintas fuentes de energía.

12. En consecuencia, las limitaciones al derecho a desarrollar actividades económicas de un oligopolista en un mercado energético no pueden resolverse de manera “categórica”, sino que deben ser sometidas a un test de ponderación o proporcionalidad que tome en consideración, entre otros fines públicos legítimos, los intereses y derechos constitucionales protegidos de las empresas y familias consumidoras de GLP en Chile. El

derecho reconocido por el artículo 19 N° 21 de la CPR está en permanente tensión o conflicto con derechos fundamentales de terceros así como con diversos intereses públicos constitucionalmente protegidos. Para resolver tensiones de derechos e intereses constitucionalmente protegidos, debe aplicarse el principio de proporcionalidad.

13. La ponderación que es propia de la proporcionalidad no puede ser realizada en abstracto, desvinculada de las consideraciones y tensiones políticas, sociales y económicas del caso concreto. Al mismo tiempo, la objeción constitucional de *medios* que es propia de la proporcionalidad opera de manera constreñida, reconociéndose siempre –en Chile y a nivel comparado– un amplio margen de maniobra a los órganos públicos encargados de diseñar e implementar las políticas públicas.

14. La aplicación del principio de proporcionalidad no favorece a Lipigas en este caso. El remedio estructural de desintegración que ha propuesto la FNE para lograr el objetivo de eliminar la falla de mercado representado por el poder de mercado persistente de los mayoristas es constitucionalmente (i) adecuado, (ii) necesario y (iii) proporcional en sentido estricto:

- La *adecuación* o *idoneidad* dice relación con la conexión racional de propósito y utilidad que debe existir entre medios y fines. La desintegración no puede ser puesta en duda al ser un remedio conocido y reconocido en la regulación económica y en la Competencia. La desintegración tiene historia, legitimidad y un amplio *pedigree*, tanto en Chile como en el extranjero.
- La *necesidad* dice relación con la ausencia de remedios menos gravosos que puedan conseguir el mismo fin perseguido con igual o mayor efectividad (“*idoneidad equivalente*”). El Informe Lipigas afirma que la liberalización de los minoristas sería un remedio suficiente, sin ser necesario ir más allá. Este medio alternativo –solo liberalización, en vez de liberalización más desintegración– no cumple con el requisito de “*idoneidad equivalente*” que exige la necesidad, pues deja sin remedio los riesgos anticompetitivos de una integración vertical de los mayoristas post liberalización minorista. Tampoco propone remedios conductuales equivalentes en eficacia al remedio estructural y aunque lo hiciera no resulta posible aseverar con el nivel de *obviedad y seguridad* que exige la necesidad en sede constitucional que tales remedios alternativos potenciales sean menos lesivos que el remedio estructural propuesto por la FNE.
- La *proporcionalidad en sentido estricto* exige comparar la afectación a Lipigas consistente en la pérdida de acceso al mercado minorista con los fines legítimos de neutralizar poder de mercado en el sector energético (entre los que se incluye neutralizar poder de mercado de los mayoristas, aumentar la

competitividad en el mercado, mayor consumo y menores precios de GLP, promover el acceso justo y asequible a un *commodity* esencial para todas las empresas y familias chilenas, disminuir el alcance de un problema de justicia social, aumentar bienestar general de la nación y libertad económica, entre otros). En estos términos, la pérdida de acceso al mercado minorista – debidamente recompensada en el precio de venta de la unidad de negocios respectiva– manifiestamente no es un sacrificio desproporcionado dada la magnitud y relevancia de los fines en cuestión.

15. Comprobada la proporcionalidad de la medida propuesta por la FNE, queda poco o nulo espacio para argumentar una discriminación arbitraria. El test de proporcionalidad no es la única pero sí es la más completa y estructurada herramienta de control de racionalidad y razonabilidad de que dispone el Derecho Público. Los mismos argumentos ya dados demuestran la inexistencia de arbitrariedad. En cualquier caso, las medidas propuestas se aplican por igual a los tres mayoristas. La mayor exposición de Lipigas a la distribución minorista (más del [ ]% de sus ventas) no es ni puede ser fundamento para un argumento de discriminación arbitraria. Por el contrario, constituye una mayor justificación de una intervención regulatoria dirigida a eliminar una estructura de mercado que sistemáticamente causa perjuicio a las empresas y familias chilenas. Las razones de fondo que fundamentan el remedio estructural de desintegración aplican con mayor intensidad a Lipigas que a sus dos competidores.

16. Finalmente, la pasividad del regulador –como alega el Informe Lipigas– no genera confianza legítima. El ordenamiento protege la confianza legítima sólo cuando es “concreta”, esto es, inducida por actos individualizados de la Administración. Salvo circunstancias excepcionales, el ordenamiento legal –en especial, la pasividad del regulador– no genera expectativas legítimas, menos aún en un sector regulado como la energía. La red de contratos de Lipigas con sus distribuidores minoristas no es argumento contra la desintegración, dado que la integración vertical es –por definición– un espacio sin contratos con minoristas. No hay tampoco cambios abruptos en este caso que vulneran la confianza legítima.

17. En definitiva, la Constitución no protege a un oligopolista que se ha beneficiado consistentemente de una falla de mercado cobrando precios supracompetitivos persistentes a los consumidores. El Estado tiene el poder-deber de corregir las fallas de mercado y de aumentar la libertad y el bienestar general de la nación. Tratándose de un *commodity* esencial para las empresas y familias chilenas, las razones puramente económicas que ya en sí mismas justifican la intervención, consiguen un mayor peso, por no decir irrefutable. A ello se suma un problema de justicia social –población más vulnerable que paga precios más caros por GLP que la población acomodada por gas natural–, el que termina por eliminar cualquier expectativa de protección del mayorista.

**III. Fundamentos Constitucionales de los Fines Perseguidos por la FNE. El Artículo 19 N° 21 de la Constitución No Admite una Aplicación Categórica que Prescinda de Tales Fines**

**a. La “Neutralización del Poder de Mercado” como Fin Constitucionalmente Protegido en el Derecho de la Competencia**

18. Conforme a una visión normativa (*deber ser*), la regulación económica en su sentido más amplio, incluyendo el Derecho de la Competencia, es aquella que tiene por propósito preservar la existencia de mercados competitivos viables y corregir fallas de mercado. A diferencia de la regulación no-económica –esto es, aquella con fundamento en razones amplias de orden político-social y de sustentabilidad–, la justificación de la regulación económica en sentido amplio se encuentra en la libertad económica, el bienestar económico y la eficiencia<sup>2</sup>.

19. Desde una perspectiva de política pública, los *mercados perfectos* –caracterizados por tener múltiples pequeños actores económicos, productos homogéneos, ausencia de barreras de entrada y salida e información completa y perfecta, entre otras características– gozan de una serie de atributos que los hacen atractivos como referentes “ideales”:

- Los mercados perfectos conducen a equilibrios en los cuales las asignaciones de los recursos son eficientes (“óptimos de Pareto”). Esto significa que no hay manera de reasignar los recursos a efectos de lograr que uno o más de los actores mejore su nivel de utilidad sin que, al mismo tiempo, uno o más de los actores restantes disminuya su nivel de utilidad; o, dicho de otra manera, no hay manera de mejorar a alguien sin necesariamente perjudicar a otro (primer teorema de la economía de bienestar).
- Existen múltiples equilibrios que son óptimos de Pareto y cualquiera de ellos puede ser alcanzado conforme a un determinado conjunto inicial de *endowments* (segundo teorema de la economía de bienestar).

20. En los mercados perfectos los precios operan como señales que permiten a los consumidores pagar el costo marginal de los bienes o servicios transados. En ausencia de fallas de mercado –incluyendo el poder de mercado<sup>3</sup>–, no se producen situaciones en las

---

<sup>2</sup>Como afirma Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice* (OUP 1997) 9, “[e]l logro de la justicia social es un valor más alto que la protección de los mercados libres; los mercados son meros instrumentos a ser evaluados por sus efectos” (“[a]chievement of social justice is a higher value than the protection of free markets; markets are mere instruments to be evaluated by their effects”).

<sup>3</sup>Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice* (West 2<sup>nd</sup> ed 1999) 78 define el poder de mercado como “the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its product”. Asimismo, la ABA Section of Antitrust Law, *Market Power Handbook* (ABA 2005) 1, aclara que el poder de mercado exige que la empresa sea capaz de cobrar

que los precios de equilibrio se sitúan sobre el costo marginal, reduciendo la producción y desplazando a compradores a bienes sustitutos que les otorgan menor bienestar<sup>4</sup>. Se maximiza el bienestar social, logrando el máximo excedente combinado de consumidores y productores. Adicionalmente, desde una perspectiva de justicia, se evitan transferencias indeseables de recursos de los consumidores a los productores<sup>5</sup>.

21. Además, los equilibrios de los mercados perfectos son eficientes productivamente (esto es, son óptimos en términos de costo-efectividad). En competencia perfecta la producción se sitúa en algún punto de la *frontera de las posibilidades productivas*. Este concepto de eficiencia es ingenieril, pues apunta a minimizar los costos de producción. Implica que la competencia entre productores, distribuidores y/o vendedores incentiva que los recursos se empleen de manera tal de maximizar su valor productivo.

22. Ahora bien, los mercados de la vida real no son perfectos. En cualquier caso, muchos mercados son lo suficientemente competitivos como para lograr resultados aceptablemente similares a aquellos de los mercados perfectos. En estos casos de “mercados competitivos viables” no se requiere de intervención económica estatal más allá de las reglas básicas estructurantes del mercado (derecho privado, derecho penal, etc.) junto a la regulación *default ex post* (infracciones) del Derecho de la Competencia (esencialmente normas anti-colusión y anti-abuso de posición dominante).

23. Si se está o no frente a un “mercado competitivo viable” –es decir, si basta o no con las reglas *default ex post* de la Competencia– es una pregunta en parte de hecho (empírica) y en parte normativa. Lo relevante aquí, como explica Breyer, es que si la premisa de que el mercado es competitivamente viable es acertada, entonces el Derecho de la Competencia constituye suficiente regulación:

---

supracompetitivos por períodos sostenidos de tiempo: “Economists define ‘market power’ as the ability of a firm or groups of firms within a market to profitably charge prices above the *competitive level* for a *sustained period of time*” (énfasis en el original).

<sup>4</sup> Como explica Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform* (Harvard 1983) 15-16, “[i]n a perfectly competitive market, firms expand output to the point where price equals incremental cost—the cost of producing an additional unit of their product. A monopolist, if unregulated, curtails production in order to raise prices. Higher prices mean less demand, but the monopolist willingly forgoes sales—to the extent that he can more than compensate for the lost revenue (from fewer sales) by gaining revenue through increased price on the units that are still sold. The result is waste: Consumers compare the high monopoly price of the monopolized product with the relatively cheaper prices of competitively produced products and buy more of the latter even though (1) they may prefer more of the former and (2) it costs society less in terms of real resources to produce more of the former and less of the latter. Thus, where economies of scale render competition wasteful, the classical economist or regulator will try to set price near incremental cost in order to induce the natural monopolist to expand its output to a socially preferred level—where buyers do not inefficiently substitute consumption of socially more costly goods for consumption of the monopolized good”.

<sup>5</sup> Ver *Id.*, 19 (“Even if the monopolist maintains output at roughly the competitive level—by practicing price discrimination, for example—he will raise the price of some of his services far above a regulated or competitive level. The effect is to transfer income from the users of the service to investors—an income transfer that is generally believed to be regressive, and hence undesirable”).

El Derecho de la Competencia busca crear o mantener las condiciones de un mercado competitivo en vez de replicar los resultados de la competencia o corregir los defectos de los mercados competitivos... En resumen, el Derecho de la Competencia se basa en el supuesto de que un mercado competitivo viable logrará una asignación más eficiente de los recursos, mayor eficiencia en la producción y un aumento en la innovación. Busca lograr estos fines eliminando los impedimentos privados a una competencia viable. Cuando esta suposición es cierta, la política de la Competencia normalmente resultará la forma apropiada de intervención del Estado<sup>6</sup>.

24. El Derecho de la Competencia, en cuanto regulación económica por *default*, cumple entonces el rol fundamental de resguardar la competitividad de los mercados viables, evitando la creación y mantención *ilegítima* de poder de mercado y creando los incentivos que contribuyan a que la tensión competitiva disipe el poder de mercado legítimo<sup>7</sup>. Con ello se resguarda la libertad de los actores económicos relevantes, se promueve la eficiencia y la productividad de la economía nacional así como el bienestar de la nación y se evitan transferencias políticamente indeseables desde consumidores a productores<sup>8</sup>.

25. En nuestro país, el Derecho de la Competencia tiene la virtud de haber decantado con detalle y profundidad conceptos fundamentales de Derecho Constitucional en torno al problema del poder de mercado. Además, dado que el Derecho de la Competencia contiene las normas *default* conforme a la premisa de mercados competitivos viables, el

---

<sup>6</sup> Breyer, *supra* nota 4, 157-158 ("The antitrust laws seek to create or maintain the *conditions* of a competitive marketplace rather than replicate the *results* of competition or correct for the defects of competitive markets... In sum, the antitrust laws rest upon the assumption that a workably competitive marketplace will achieve a more efficient allocation of resources, greater efficiency in production, and increased innovation. They seek to achieve these ends by removing private impediments to workable competition. Where this assumption holds true, antitrust would ordinarily seem appropriate form for government intervention to take").

<sup>7</sup> Ver Lawrence J. White, "Monopoly and Dominante Firms. Antitrust Economics and Policy Approaches", en Roger D. Blair y D. Daniel Sokol, I *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics* (OUP 2015) 313, 313 ("The primary purpose of antitrust—at least, modern antitrust—is to limit the exercise of market power").

La distinción entre poder de mercado legítimo e ilegítimo es y será siempre un tema discutido en Competencia y regulación económica. Recientemente, D. Douglas Melamed, "Antitrust Is Not That Complicated", 130 *Harvard Law Review* 163, 166 (2017), entrega una visión moderna a este dilema: "[M]arket power or conduct that increases it is [not] always bad. To the contrary, antitrust law recognizes... that market power can be an important aid to enabling firms to profit from costly investment in efficient conduct and thus incentive for successfully competing on the merits. But market power is costly. It generally means higher prices and reduced output and often means diminished incentive to engage aggressively in welfare-enhancing conduct. Antitrust law thus embodies the simple idea that we will endure the costs of market power when they are the result of efficient conduct but not when they are the result of anticompetitive conduct, which is the conduct that tends to cause an increase in market power for reasons other than competition on the merits. We do not want to reward or induce anticompetitive conduct by permitting the defendant to benefit from the resulting increased market power, and we do not want to pay the costs of increased market power that was not earned by competition on the merits". El artículo de Melamed es una respuesta a Louis Kaplow, "On the Relevance of Market Power", 130 *Harvard Law Review* 1303 (2017).

<sup>8</sup> Hovenkamp, *supra* nota 3, 79, enumera 4 razones para desfavorecer los monopolios y el poder de mercado: "1) The monopolist's price increase and output reduction transfer wealth away from consumers and to the monopolist. 2) Monopoly produces a 'deadweight' loss, or value that is lost to consumers but is not regained by the monopolist or anyone else. 3) The monopolist may spend resources inefficiently in acquiring or maintaining its monopoly position. 4) The putative monopolist's exclusionary practices may destroy investments made by victims, mainly the monopolist's competitors".

mismo establece el “desde” constitucional en materia de regulación económica en sentido amplio. Dadas estas dos razones resulta particularmente importante establecer el marco constitucional que nuestros tribunales –en particular, la Corte Suprema– han reconocido a su respecto. Lo que se diga en Competencia, será en principio aplicable y con mayor fundamento, al caso de mercados competitivos no viables que requieren regulación económica.

26. Desde el caso *Farmacias*, la Corte Suprema ha desarrollado el fundamento constitucional del Derecho de la Competencia en una serie de decisiones que forman hoy una verdadera jurisprudencia constante. Con gran claridad, la Corte Suprema ha señalado que el derecho establecido en el artículo 19 N° 21 de la CPR puede ser restringido por leyes y regulaciones que tengan por objetivo “neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos”<sup>9</sup>, entendiendo el poder de mercado –en cita a Landes y Posner– como “la capacidad de una empresa (o de un grupo de empresas, actuando conjuntamente) de elevar el precio por encima de niveles competitivos, sin que disminuyan sus ventas tan rápido que el aumento del precio no resulte rentable y deba ser revertido”<sup>10</sup>.

27. De acuerdo a la Corte Suprema, el Derecho de la Competencia “forma parte de la constitución económica, entendido como un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación”<sup>11</sup>. La Corte ha afirmado expresamente que la libertad económica y el bienestar económico –ambos objetos de protección constitucional– están vinculados por una relación medio-fin: “la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación”<sup>12</sup>. La libertad económica así entendida tiene un rol crucial en nuestra Constitución:

Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la “Constitución Económica”, que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1º, 3º, 8º, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un

---

<sup>9</sup> Corte Suprema, *FNE contra E. Alonso Castillo H y otros*, Rol 21.536-2014, 20 de enero de 2015, C. 9; Corte Suprema, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol 5609-2016, 7 de enero de 2016, C. 5; Corte Suprema, *FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, 5128-2016, 12 de octubre de 2016, C. 4; Corte Suprema, *FNE contra Cencosud y otros*, Rol 9361-2020, 8 de abril de 2020, C. 4; Corte Suprema, *FNE contra CMPC y SCA Chile*, Rol 1531-2018, 6 de enero de 2020, C. 10; Corte Suprema, *FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros*, Rol 15.005-2019, 14 de agosto de 2020, C. 5; Corte Suprema, *FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada y otros*, Rol 16.986-2020, 16 de octubre de 2020, C. 1; Corte Suprema, *Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes*, Rol 22.270-2021, 3 de noviembre de 2021, C. 2.

<sup>10</sup> Corte Suprema, *FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y otro*, Rol 16.986-2020, 16 octubre 2020, C. 22 (citando a William L. Landes y Richard A. Posner, “El poder de mercado en los casos de Libre Competencia”, 26 *Revista Ius et Veritas* 136 (2003)).

<sup>11</sup> Corte Suprema, *Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes*, Rol 22.270-2021, 3 de noviembre de 2021, C. 2.

<sup>12</sup> Corte Suprema, *FNE contra E. Alonso Castillo H y otros*, Rol 21.536-2014, 20 de enero de 2015, C. 3.

abánico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores<sup>13</sup>.

28. Desde la perspectiva del tenor literal del artículo 19 N° 21 de la CPR, el objetivo o fin consistente en “neutralizar poder de mercado” forma parte del “orden público económico”, el que a su vez integra el concepto más general “orden público” reconocido como limitador en la misma norma<sup>14</sup> (esto es, uno de los tres *limitadores* constitucionales “moral, orden público y seguridad nacional”, denominados a veces *prohibiciones*<sup>15</sup>). el objetivo de neutralizar poder de mercado del Derecho de la Competencia se sitúa en cualquier caso dentro de la esfera de restricción permitida por ellos:

Resulta indudable el carácter económico de la legislación y que entre sus objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como de un modo más general *la pureza del orden público económico del país*<sup>16</sup>.

Este principio es protegido a nivel constitucional, cuando la Carta Política desarrolla un conjunto de garantías destinadas a permitir el libre emprendimiento de acciones económicas *al amparo de un orden público económico sano y competitivo*, determinado principalmente por la oferta y la demanda<sup>17</sup>.

La defensa de la competencia se debe ajustar a las exigencias de la economía general y su planificación enlaza con la constitución *del denominado orden público económico y social*<sup>18</sup>.

[E]l Decreto Ley N°211 presenta una finalidad de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, *que forma parte del orden público económico desarrollado en la Constitución*,

---

<sup>13</sup> Corte Suprema, FNE contra Farmacias Ahumada y otros, Rol 2578-2012, 7 septiembre de 2012, C. 74; Corte Suprema, *Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes*, Rol 22.270-2021, 3 de noviembre de 2021, C. 1.

<sup>14</sup> Ver José Luis Guerrero Becar, *La Constitución Económica Chilena. Bases para el Cambio* (Ediciones DER, 2020) 245-248, quien trata este tema con detención. Primero, distingue tres alternativas interpretativas para el limitador “orden público”: “En este caso, se trata de una noción a la cual se refiere expresamente la Constitución como una limitación a la libertad de empresa, *y procede dilucidar cuál es el sentido y alcance con que esta cuenta en el contexto del artículo 19 núm. 21 inciso 1º CCh. Esto es, si se remite a la noción de orden jurídico institucional, al orden público en cuanto seguridad pública o policial, o bien, se está refiriendo la Constitución al propio orden público económico ya estudiado*” (245); segundo, se inclina por la noción intermedia de “orden jurídico institucional”: “[L]a noción de orden público, como límite a la libertad de empresa, entendemos que es más cercana a la noción de ‘orden jurídico institucional’, en este caso, aplicado a la actividad económica, como podría ser el caso, por ejemplo, de la normativa de la libre competencia, derechos de los trabajadores o derechos de los consumidores” (248) (énfasis agregado). Si bien discordamos con esta postura intermedia por carece de asidero interpretativo (aunque concordamos con rechazar su identificación con el orden público policial), la misma es suficiente para incluir los fines de la libre competencia y la defensa de los consumidores.

<sup>15</sup> Ver Arturo Fernandois, *Derecho Constitucional Económico* (PUC 2006) 137-151. Preferimos el concepto “limitadores” al de “prohibiciones”, porque abarca también las afectaciones a la esencia del derecho que no son propiamente prohibiciones.

<sup>16</sup> Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Rol 2578-2012, 7 septiembre de 2012, C. 74.

<sup>17</sup> Corte Suprema, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A.*, Rol 27.181-2014, 29 octubre de 2015, C. 37.

<sup>18</sup> Corte Suprema, *FNE con CMPC y SCA Chile*, Rol 1531-2018, 6 de enero de 2020, C. 10.

*generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares, en torno a la protección de las garantías individuales<sup>19</sup>.*

29. La jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema en aplicación del DL 211 ha modernizado el Derecho Constitucional Económico. Según la Corte, el derecho contemplado en el artículo 19 N° 21 de la CPR no puede interpretarse en aislamiento. Por el contrario, debe ser entendido en tensión con los derechos de otros actores económicos, incluyendo los consumidores. No puede leerse el artículo 19 N° 21 de la CPR como una norma supraconstitucional o quasi absoluta que prescinde de la ponderación o balanceo característicos del Derecho constitucional moderno:

[L]a legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N°211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado, tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando el derecho de los otros actores del mismo ámbito económico en que se desenvuelven, como también afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que, en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad<sup>20</sup>.

[El DL 211] limita y condiciona el ejercicio de tal derecho [19 N° 21 de la CPR], ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particular que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho esencial de los otros actores del ámbito económico que buscan desenvolverse en forma compatible sus intereses con las demás personas, y de paso afectando los intereses de los consumidores<sup>21</sup>.

30. El poder de mercado –sea que haya sido ilegítimamente adquirido o conservado, o que sea legítimo en su origen pero se torne persistente– tiene la potencialidad de vulnerar los derechos de otros agentes, incluyendo los consumidores. Nuestra Corte Suprema reconoce por ello la existencia de un interés público legítimo del Estado por desarrollar

<sup>19</sup> Corte Suprema, *Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes*, Rol 22.270-2021, 3 de noviembre de 2021, C. 1.

<sup>20</sup> Corte Suprema, *FNE contra E. Alonso Castillo H y otros*, Rol 21.536-2014, 20 de enero de 2015, C. 3; Corte Suprema, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol 5609-2016, 7 de enero de 2016, C. 5; Corte Suprema, *FNE con Asfaltos Chilenos S.A., 5128-2016*, 12 de octubre de 2016, C. 4; Corte Suprema, *FNE contra Cencosud y otros*, Rol 9361-2020, 8 de abril de 2020, C. 4; Corte Suprema, *FNE con CMPC y SCA Chile*, Rol 1531-2018, 6 de enero de 2020, C. 10; Corte Suprema, *FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros*, Rol 15.005-2019, 14 de agosto de 2020, C. 5; Corte Suprema, *FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada y otros*, Rol 16.986-2020, 16 de octubre de 2020, C. 1; Corte Suprema, *Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes*, Rol 22.270-2021, 3 de noviembre de 2021, C. 2.

<sup>21</sup> Corte Suprema, *FNE contra CMPC y SCA Chile*, Rol 1531-2018, 6 de enero de 2020, C. 10; Corte Suprema, *FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros*, Rol 15.005-2019, 14 de agosto de 2020, C. 5.

un ordenamiento económico competitivo que proteja y promueva la libertad, el bienestar y la eficiencia:

En esta dirección el derecho de la competencia, según lo indica la doctrina más consolidada, garantiza el orden público económico en el sector donde opera y se aplica la economía de mercado y comprende la tutela de los intereses envueltos, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y *el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo*<sup>22</sup>.

[L]a libre competencia comprende principalmente los derechos y las libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Preocupación que motiva su regulación en diferentes fuentes del ordenamiento jurídico<sup>23</sup>.

De este modo, *la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado...*<sup>24</sup>.

31. En definitiva, el bienestar general y del consumidor, así como la eficiencia de los mercados –incluyendo los precios bajos que resultan del proceso competitivo– constituyen fines públicos esenciales del Derecho de la Competencia, reconocidos y protegidos por la Constitución:

[E]s necesaria la consideración del bien jurídico tutelado por la ley, que son las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, por medio de las cuales se pretende, en definitiva, *el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas*<sup>25</sup>.

[L]as reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles. *Uno de sus pilares es la libertad de elección tanto para el consumidor como para el productor y de ella depende la asignación eficiente de recursos en la economía*<sup>26</sup>.

Que el sistema jurídico establecido en nuestro país dice relación con los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, *permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa*

<sup>22</sup> Corte Suprema, *FNE contra CMPC y SCA Chile*, Rol 1531-2018, 6 de enero de 2020, C. 10.

<sup>23</sup> Corte Suprema, *FNE contra ACHAP y otros*, Rol 2666-2013, 23 de diciembre de 2013, C. 9; Corte Suprema, *FNE contra E. Alonso Castillo H y otros*, Rol 21.536-2014, 20 de enero de 2015, C. 3; Corte Suprema, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Nuble y otros*, Rol 5609-2016, 7 de enero de 2016, C. 5; Corte Suprema, *FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, 5128-2016, 12 de octubre de 2016, C. 4; Corte Suprema, *FNE contra Cencosud y otros*, Rol 9361-2020, 8 de abril de 2020, C. 4; Corte Suprema, *FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros*, Rol 15.005-2019, 14 de agosto de 2020, C. 5; Corte Suprema, *FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada y otros*, Rol 16.986-2020, 16 de octubre de 2020, C. 1.

<sup>24</sup> Corte Suprema, *FNE contra Cencosud y otros*, Rol 9361-2020, 8 de abril de 2020, C. 4.

<sup>25</sup> Corte Suprema, *FNE contra ACHAP y otros*, Rol 2666-2013, 23 de diciembre de 2013, C. 9.

<sup>26</sup> Corte Suprema, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27.181-2014, 29 octubre de 2015, C. 37.

*en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado<sup>27</sup>.*

32. Es posible concluir entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, la libertad de los actores económicos relevantes, el bienestar de la Nación, la eficiencia y la neutralización del poder de mercado, son fines constitucionales legítimos y forman parte del orden público económico que permite restringir el derecho contemplado en el artículo 19 N° 21 de la CPR, incluso en su esencia. Este derecho no puede interpretarse aisladamente teniendo en consideración únicamente los intereses de la empresa-sujeto-pasivo de una intervención. Frente a ella existen un conjunto amplio de derechos, económicos y no-económicos, de otros privados, tanto empresas como consumidores finales, que también merecen protección constitucional.

33. Se sigue de lo anterior, de conformidad al Derecho Constitucional moderno, que las tensiones entre derechos fundamentales deban resolverse, por regla general, mediante ponderación o balanceo, aplicando el principio de proporcionalidad. Como resulta evidente al observar la enorme amplitud de intervenciones estatales contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica cede frecuentemente en la ponderación y sufre limitaciones en consideración al catálogo completo de derechos fundamentales e intereses públicos, incluyendo salud, previsión, trabajo, medio ambiente, educación, etc. También cede frente a derechos económicos de otros actores, empresas o consumidores finales.

34. Por ser la neutralización de poder de mercado parte del orden público económico, dicho fin público habilita no solo las limitaciones al derecho, sino también otras restricciones de mayor severidad. Si bien los derechos fundamentales admiten en ciertas circunstancias una aplicación de manera “categórico” o sin ponderación – particularmente cuando se trata de la protección de su esencia (artículo 19 N° 26 de la CPR)–, en el caso del artículo 19 N° 21 de la CPR es la propia norma constitucional la que autoriza prohibiciones en función de los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional”. Estos limitadores restringen el universo de fines públicos que permiten

---

<sup>27</sup> Corte Suprema, *FNE contra E. Alonso Castillo H y otros*, Rol 21.536-2014, 20 de enero de 2015, C. 4; Corte Suprema, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A.*, Rol 27.181-2014, 29 octubre de 2015, C. 37; Corte Suprema, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol 5609-2016, 7 de enero de 2016, C. 6; Corte Suprema, *FNE con Asfaltos Chilenos S.A.*, 5128-2016, 12 de octubre de 2016, C. 5; Corte Suprema, *FNE con Asfaltos Chilenos S.A.*, 5128-2016, 12 de octubre de 2016, C. 5; Corte Suprema, *FNE contra Cencosud y otros*, Rol 9361-2020, 8 de abril de 2020, C. 5; Corte Suprema, *FNE con CMPC y SCA Chile*, Rol 1531-2018, 6 de enero de 2020, C. 11; Corte Suprema, *FNE contra Compañía Marítima Chilena S.A. y otros*, Rol 15.005-2019, 14 de agosto de 2020, C. 6; Corte Suprema, *FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada y otros*, Rol 16.986-2020, 16 de octubre de 2020, C. 2; Corte Suprema, *Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes*, Rol 22.270-2021, 3 de noviembre de 2021, C. 2.

impactar el derecho en su esencia. Tratándose en el caso concreto de uno ellos – neutralización de poder de mercado como parte del orden público económico–, la aplicación del derecho será siempre de modo no-categórico, esto es, conforme al principio de proporcionalidad.

35. La interpretación constitucional de la Corte Suprema en materia de intervenciones públicas anti-poder de mercado es armónica con la jurisprudencia más general del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 19 N° 21 de la CPR. En efecto, en primer lugar, el Tribunal Constitucional no interpreta el artículo 19 N° 21 de la CPR como un derecho absoluto. El Tribunal ha sostenido, en diversas oportunidades y con distinto tenor literal, que “*el aludido derecho [en referencia al artículo 19 N° 21 de la CPR] no está concebido, naturalmente, en términos absolutos...*”<sup>28</sup>.

36. Segundo, que no esté concebido en términos absolutos significa que su regulación es constitucionalmente legítima conforme a un amplio universo de fines públicos, incluyendo la protección de derechos de terceros y de intereses públicos. Así se sigue de la expresión “respetando las normas legales que la regulen” contemplada en la norma:

[L]a regulación legal prevista por el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la Constitución no puede llegar a obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Es nítido que la Constitución quiere fomentar o promover la iniciativa privada ... *Lo anterior no constituye una interdicción para el legislador en orden a no imponer ningún tipo de carga o gravamen al desarrollo de cualquier actividad económica, sino su deber de hacerlo siempre con el propósito de posibilitar su recto desarrollo en armonía con otros derechos e intereses protegidos por la Constitución*<sup>29</sup>.

La regulación legal de toda actividad económica y las modificaciones que se introduzcan en el futuro, deben necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, *respetar y conciliarse en forma precisa y atenta con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas*<sup>30</sup>.

Que las normas legales y reglamentarias que regulan el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en lo que atañe a la afectación directa de la salud o calidad de vida de la persona humana, en cumplimiento de los deberes del Estado fijados por la Carta Fundamental, deben estar sujetas a constante revisión y permanente actualización. En este sentido, tanto *el deber del Estado de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible como su obligación de velar por la no afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre contaminación y de evitar el daño a la integridad física y psíquica de la*

<sup>28</sup> STC, Rol 980-2007, C. 13 (“*[E]l aludido derecho [en referencia al artículo 19 N° 21 de la CPR] no está concebido, naturalmente, en términos absolutos...*”). Ver también, STC, Rol 513, C. 20 (“*[E]l referido derecho no es absoluto...*”), citado también más recientemente en STC, Rol 3086-2016, C.31.

<sup>29</sup> STC, Rol 5353-2018, C. 20 (énfasis en el original). La cita a STC, Rol 146-1992, C. 9 es incorrecta.

<sup>30</sup> STC, Rol 207-1995, C. 69 (énfasis agregado).

*persona, imponen el continuo examen de los estándares técnicos que identifican y miden los efectos nocivos o inconvenientes sobre la vida humana, consecuencia de la realización de procesos productivos amparados por la mencionada libertad económica<sup>31</sup>.*

*El derecho garantizado por el Constituyente no tiene, por tanto, un carácter absoluto; no puede pasar por sobre otros derechos asegurados en la Constitución, como el derecho a la seguridad social, ni ejercerse incumpliendo disposiciones legales reguladoras del ejercicio de este último derecho...<sup>32</sup>.*

[T]anto la finalidad de la Ley General de Pesca como las restricciones que impone a los particulares están determinadas por razones constitucionalmente legítimas y plenamente admisibles. En efecto su objetivo en el inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución; a la obligación que pesa sobre el Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, comprendida dentro del precepto que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 Nº 8); a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que son susceptibles de apropiación (art. 19 Nº 23, inciso primero) y a la exigencia de que una ley de quórum calificado, y cuando lo exija el interés nacional, puede imponer condiciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (inciso segundo) como ocurre justamente con los recursos hidrobiológicos a que se refiere la Ley de Pesca, en razón de que su explotación excesiva puede poner en peligro su preservación; a lo dispuesto por el art. 19 Nº 21 de la Constitución, disposición que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional “respetando las normas legales que la regulen”, lo cual ha llevado a la Ley de Pesca a imponer ciertos límites a la actividad de transformación y comercialización de los recursos hidrobiológicos y, en especial, a los que se encuentran en veda con el objeto de lograr su conservación e impedir su sobre explotación<sup>33</sup>.

[E]l Tribunal en algunas circunstancias *ha considerado conformes a la Constitución regulaciones administrativas de intensidad no menor (pero no tan rígidas como las de carácter penal) dada la importancia de la garantía a la libertad de expresión...<sup>34</sup>.*

37. De este modo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las restricciones al derecho establecido en el artículo 19 Nº 21 de la CPR no solo pueden encontrar fundamento en los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional”, sino también en las exigencias impuestas por los derechos constitucionales de otras personas y por el *bienestar de la sociedad en su conjunto*:

[T]oda actividad económica debe necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, el denominado orden público económico debe respetar y conciliarse en forma con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas, no pudiendo desconocer dentro de estas garantías, las vinculadas a la función social de la

<sup>31</sup> STC, Rol 2644-2014, C. 27 (éñasis agregado).

<sup>32</sup> STC, Rol 2536, C. 20.

<sup>33</sup> STC, Rol 4074-2017, C. 3. Citado recientemente en STC, Rol 8168-2020, C. 7.

<sup>34</sup> STC, Rol 3247-2016, C. 6. (éñasis en el original).

*propiedad y la Constitución cultural, que como ya se manifestó oportunamente tienen como objetivo el bienestar de la sociedad en su conjunto<sup>35</sup>.*

38. Al igual que en el caso de la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional reconoce que las fallas de mercado constituyen una razón constitucionalmente legítima para regular las actividades económicas, incluso por vía penal:

Tampoco se discute la posibilidad de regular actividades económicas haciendo uso del derecho penal. *En general, e independiente del grado de conveniencia, la punibilidad de infracciones administrativas dirigidas a preservar la eficacia de un determinado sistema regulatorio establecido para remediar fallas de mercado no es algo constitucionalmente vedado.* De hecho, esta siendo cada vez más común la criminalización de actividades económicas violatorias de las normas que la regulen<sup>36</sup>.

39. Esta gran amplitud de fines públicos incluye por cierto consideraciones de justicia distributiva o justicia social, particularmente en materia de protección de los consumidores:

[El] propio constituyente se encargó de advertir que el libre emprendimiento de actividades económicas está supeditado a la observancia de las normas legales que regulen la respectiva actividad, que es lo que en relación con este giro comercial hace el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor. Además porque, según se ha razonado en los considerandos precedentes de esta sentencia, particularmente en los que van del ordinal noveno al undécimo, al imponer al intermediario la obligación de responder por el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del prestador final de los servicios, *el legislador no ha procedido de manera caprichosa ni injustificada, sino que lo ha hecho con estricto apego a la naturaleza particular del contrato celebrado entre aquél y el consumidor, inspirado además por criterios de justicia en la regulación de una relación entre partes desiguales*<sup>37</sup>.

40. Tercero, y consecuentemente con lo anterior, el ámbito de aplicación de los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional” –subconjunto limitado de fines públicos– se reduce a prohibiciones o afectaciones a la esencia del derecho. Aunque cada uno de estos conceptos admite una interpretación más o menos amplia, no puede ampliarse su campo restrictivo más allá de las prohibiciones y afectaciones a la esencia del derecho. En otras palabras, las limitaciones regulaciones que no impactan la esencia

---

<sup>35</sup> STC, Rol 3086-2016, C. 32 (énfasis agregado).

<sup>36</sup> STC, Rol 3247-2016, C. 6 (énfasis agregado).

<sup>37</sup> STC, Rol 980-2007, C. 13 (énfasis agregado). Ver también, *Id.*, C. 9 (“Que el denominado Derecho de Protección al Consumidor constituye una moderna rama del Derecho Privado, de clara impronta social, cuyo objeto es regular las relaciones jurídicas de consumo, entendidas por tales las que se anudan entre proveedores profesionales de bienes o servicios y los consumidores finales de tales satisfactores. Dicha normativa se funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar capacidad negocial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivos sus respectivos derechos. Por ello es que el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello tutelar o protector, y de allí la denominación que ha recibido como disciplina jurídica”) (énfasis agregado).

no quedan sometidas a los limitadores. De lo contrario, implicaría alzar el derecho a desarrollar actividades económicas como un superderecho de aplicación protegida, inmunizado frente al universo de necesidades y requerimientos que se derivan de los demás derechos fundamentales e intereses públicos que no califiquen dentro de los limitadores.

41. En diversos casos el Tribunal Constitucional se inclina en el sentido que los limitadores “moral, el orden público y la seguridad nacional” aplican únicamente a las prohibiciones –esto es, actividades “en sí mismas ilícitas”–, pero no a las limitaciones a las actividades económicas establecidas por preceptos legales:

Este derecho... significa que toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, *bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada en sí misma, ilícita, y lo son las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen*<sup>38</sup>.

42. El Tribunal Constitucional considera la expresión “respetando las normas legales que regulen su ejercicio” del artículo 19 N° 21 de la CPR separadamente a los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional” de la misma norma, no supeditando la primera a los segundos. Lo anterior confirma que “las normas legales que regulen su ejercicio” son las encargadas de armonizar el derecho a desarrollar actividades económicas conforme a un amplio universo de fines públicos con los que puede entrar en tensión, sin estar sujetas a los limitadores en cuestión:

[L]a regulación legal autorizada por el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la Constitución concierne a modalidades o maneras que permiten su ejercicio en armonía con los restantes derechos e intereses garantidos y tutelados por el Texto Fundamental<sup>39</sup>.

[U]n examen de la disposición constitucional transcrita nos lleva claramente a la conclusión, que *las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que lo regulen*<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> STC, Rol 280-1998, C. 22 (citando a Raúl Bertelsen) (énfasis agregado). Ampliamente citada en jurisprudencia posterior: STC, Rol 5775-2018, C. 19; STC, Rol 5776-2018, C. 19; STC, Rol 5353-2018, C. 19.

<sup>39</sup> STC, Rol 2644-2014, C. 16 (énfasis agregado).

<sup>40</sup> STC, Rol 167-2003, C. 11 (énfasis agregado).

[E]l referido derecho no es absoluto sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional, *así como a las normas legales que regulen su ejercicio*<sup>41</sup>.

[E]l aludido derecho [en referencia al artículo 19 N° 21 de la CPR] no está concebido, naturalmente, en términos absolutos, sino que el propio constituyente se encargó de advertir que *el libre emprendimiento de actividades económicas está supeditado a las observancias de las normas legales que regulen la respectiva actividad*<sup>42</sup>.

Que el inciso primero del artículo 19, N° 21, de la Constitución contiene una reserva legal que habilita al Legislador para *regular el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional...*<sup>43</sup>.

43. Al mismo tiempo, en ausencia de una justificación basada en alguno de los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional”, “las normas legales que regulen su ejercicio” no pueden establecer prohibiciones ni afectar la esencia del derecho. Se trata entonces de una hipótesis –afectación a la esencia por una norma cuyo fundamento no califica como “moral, orden público o seguridad nacional”– que autoriza una potencial aplicación categórica del derecho:

Que el propio constituyente ha explicitado en el artículo 19, N° 26º, el límite infranqueable de la actividad regulatoria de los derechos constitucionales por parte del legislador... Por lo mismo, no es posible que la regulación adoptada en virtud del artículo 19, N° 21º, de la Constitución impida reconocer el derecho a desarrollar cualquier actividad económica<sup>44</sup>.

[R]egular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de “regular” un accionar privado, se puede llegar hasta obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho, consagrado en el artículo 19 N° 21, de la Constitución Política<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> STC, Rol 513, C. 20 (énfasis agregado). Más recientemente, ver STC, Rol 3086-2016, C.31.

<sup>42</sup> STC, Rol 980-2007, C. 13 (énfasis agregado).

<sup>43</sup> STC, Rol 2644-2014, C. 13 (énfasis agregado).

<sup>44</sup> STC, Rol 2644-2014, C. 18. Ver también, STC, Rol 167-1993, C. 14 (“[R]egular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado, se puede llegar hasta obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho consagrado”).

<sup>45</sup> STC, Rol 167-1993, C. 14. En, STC, Rol 226-1995, C. 44, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional una norma al considerarla una prohibición que no resultaba encuadrable en los limitadores “moral, orden público y seguridad nacional”: “[A]l disponer el proyecto en análisis que ciertos hechos que describe el inciso segundo del artículo 43 aludido son impedimentos de la libre competencia y que, como tales, constituyen ilícitos penados por el artículo 1º, inciso primero, del D.L. 211, de 1973, hechos que significan no poder poseer más del 30% del mercado informativo nacional, en el ámbito de la prensa escrita, o de la distribución de diarios de información general (letra a) de dicho inciso segundo), vulnera el derecho de emprender (artículo 19, N° 21, inciso primero) es decir, de desarrollar cualquiera actividad lícita sin más limitaciones que no ser contraria a la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la actividad que se

44. En definitiva, las restricciones al derecho a desarrollar actividades económicas propias del Derecho de la Competencia –conforme a su objetivo de neutralización del poder de mercado– son constitucionalmente legítimas. Se trata de preceptos legales que limitan el derecho contemplado en el artículo 19 N° 21 de la CPR en términos acordes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Más aún, como ha señalado explícitamente la Corte Suprema, integran también el orden público económico, lo que autoriza restricciones todavía más gravosas al derecho de ser ellas necesarias. En ambos casos, la aplicación del derecho no es categórica, sino mediada por el test de proporcionalidad.

**b. Límites del Derecho de la Competencia, Regulación Económica y Neutralización del Poder de Mercado de Oligopolistas**

45. Según vimos en la sección anterior, el Derecho de la Competencia tiene un fundamento constitucional incontestable. Como veremos a continuación, este fundamento constitucional aplica todavía con mayor razón en los casos en que no se cumple la premisa de “mercados competitivos viables” y se torna necesaria la regulación económica en sentido estricto.

46. Los mercados pueden ser objeto de distintas “fallas” que los alejan del ideal de los “mercados perfectos” y del referente más real de los “mercados competitivamente viables”. En tales casos, el Derecho de la Competencia puede ser insuficiente como instrumento de protección de los fines constitucionalmente legítimos de libertad de los actores económicos relevantes, bienestar de la Nación, eficiencia y neutralización del poder de mercado. Como explica Breyer:

Cuando el supuesto [de que el mercado competitivo es viable] falla, uno se encuentra en la necesidad de otras formas de intervención estatal, tal como la regulación clásica. Visto de esta manera, la regulación es una alternativa al Derecho de la Competencia, necesaria cuando la Competencia no puede mantener con éxito un mercado competitivo viable o cuando dicho mercado es inadecuado debido a algunos otros defectos graves<sup>46</sup>.

47. Por ello, el Derecho de la Competencia no agota los esfuerzos del ordenamiento jurídico por proteger los fines públicos que nos ocupan. Frente a fallas de mercado, la

---

*pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé”.*

<sup>46</sup> Breyer, *supra* nota 4, 158 (“Where the assumption fails, one finds the demand for other modes of government intervention, such as classical regulation. Viewed this way, regulation is an alternative to antitrust, necessary when antitrust cannot successfully maintain a workably competitive marketplace or when such a marketplace is inadequate due to some other serious defects”).

regulación económica en sentido estricto –esto es, intervenciones estatales más intensas que las normas *default ex post* de la Competencia– puede o incluso debe ser necesaria<sup>47</sup>.

48. El caso del monopolio natural es el ejemplo más extremo. Dada la existencia de costos marginales decrecientes, es más eficiente contar con un proveedor que con varios (la denominada función de costos sub-aditiva). El problema es que, en ausencia de intervención, el monopolista restringirá la producción y cobrará precios supracompetitivos que dañan la eficiencia, la productividad y generan transferencias políticamente indeseables desde los consumidores al monopolista<sup>48</sup>. La regulación económica más tradicional –regulación de precios– será indispensable para neutralizar el poder de mercado. Otros casos de fallas de mercado, que tradicionalmente otorgan una justificación para regular mercados, son los bienes públicos, las externalidades y las asimetrías de información.

49. La mantención de poder de mercado de manera persistente en hipótesis distintas al monopolio natural también puede dar cuenta de fallas de mercado que justifican la intervención estatal<sup>49</sup>. Si bien el poder de mercado no es en sí mismo ilegal – especialmente si es logrado vía “un producto superior, agudeza en los negocios, o accidente histórico”<sup>50</sup> – su mantención de manera persistente –esto es, la incapacidad del propio proceso competitivo de disiparlo– constituye una preocupación constitucional y de política pública por las mismas razones expuestas por nuestra Corte Suprema respecto al Derecho de la Competencia. Como explica Hovenkamp:

[E]l poder para mantener el poder de mercado durante un período de tiempo significativo es siempre importante para los responsables de la política de la Competencia, quienes deben sopesar los costos de limitar el poder de mercado con las potenciales ganancias. Cuanto más duradero parece ser el poder de mercado, mayor es su costo social y, por lo tanto, mayores son las ganancias de eliminarlo<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Como explica Joseph E. Stiglitz, “Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation”, en Edward J. Balleisen & David A. Moss, *Government and Markets. Toward a New Theory of Regulation* 13, 18 (CUP 2010), “[w]hen markets fail to produce efficient outcomes there is a rationale for government intervention”.

<sup>48</sup> Ver Breyer, *supra* nota 4.

<sup>49</sup> Ver Cento Veljanovski, “Economic Approaches to Regulation”, en Robert Baldwin et al, *The Oxford Handbook of Regulation* (OUP 2010) 17, 20-21 (“Where one firm (monopoly) or a few firms (oligopoly or a cartel) can profitably raise price above the competitive level, then the market is not competitive or Pareto efficient”).

<sup>50</sup> Es la famosa expresión de la Corte Suprema norteamericana para referirse a lo que entre nosotros es un abuso de posición dominante. Ver *United States v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966) (“The offense of monopoly under § 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident”).

<sup>51</sup> Hovenkamp, *supra* nota 3, 78 (“[T]he power to hold market power for a significant period of time is always important to antitrust policy makers, who must weigh the costs of limiting market power against the potential for gain. The more durable market power appears to be, the greater its social cost, and thus the greater the gains from getting rid of it”).

50. El ejemplo paradigmático de regulación *ex ante* cuyo objetivo es evitar la obtención y mantención de poder de mercado es el control de operaciones de concentración en el Derecho de la Competencia. Aquí el Derecho de la Competencia no opera como un conjunto de reglas *default* de naturaleza *ex post*, sino como un sistema de regulación económica tradicional. Se revisa la combinación de empresas dado el riesgo de que la firma resultante tenga poder de mercado y sobre sostenidamente precios supracompetitivos. El derecho a desarrollar actividades económicas está evidentemente restringido en estos casos a efectos de proteger la libertad económica, el bienestar y neutralizar poder de mercado.

51. El caso del oligopolio no-colusorio es más complejo. La microeconomía lleva ya algunas décadas estudiando el comportamiento de las empresas en mercados oligopólicos. Conforme al conocimiento desarrollado a partir de la teoría de juegos, la economía modela los mercados oligopólicos como juegos dinámicos o repetidos donde existen múltiples equilibrios. De esos múltiples equilibrios, uno o más, pueden ser supracompetitivos, lo que significa que los precios resultantes son superiores y los niveles de producción inferiores a los del equilibrio competitivo.

52. Usualmente los economistas llaman “colusión” o “colusión tácita” –la llamaremos aquí *colusión-e*, de *economistas*, para distinguirla de la colusión legal<sup>52</sup>– a aquellas estrategias dirigidas a conseguir la materialización de alguno de los posibles equilibrios supracompetitivos, *con independencia de cómo se logre*:

Existe colusión en un mercado cuando las empresas coordinan su comportamiento con el propósito de producir un resultado supracompetitivo. Un resultado supracompetitivo es aquel en el que el precio excede el precio que habría ocurrido sin la coordinación entre empresas. En la teoría económica de la colusión, la coordinación dice relación con las estrategias que utilizan las empresas... Existe colusión cuando las empresas utilizan estrategias que son dependientes-de-la-historia para mantener resultados supracompetitivos a través de un esquema de recompensa-castigo que recompensa a una empresa por cumplir con el resultado supracompetitivo y lo castiga por apartarse de él<sup>53</sup>.

53. La *colusión-e* puede darse con cooperación explícita (colusión), o también, en ausencia de cualquier esfuerzo cooperativo distinto o adicional a la simple reacción

---

<sup>52</sup> Por ejemplo, Massimo Motta, *Competition Policy. Theory and Practice* (Cambridge 2004) 138 (“[C]ollusion can occur both when firms act through an organised cartel (explicit collusion), or when they act in a purely non-co-operative way (tacit collusion)”. Ver también, Edward J. Green et al., “Tacit Collusion in Oligopoly”, Roger D. Blair & D. Daniel Sokol (eds.), 2 *Oxford Handbook of International Antitrust Economics* 464, 467–68 (2015).

<sup>53</sup> Joseph E. Harrington, *The Theory of Collusion and Competition Policy* (MIT 2017) 1 (“Collusion is when firms in a market coordinate their behavior for the purpose of producing a supracompetitive outcome. A supracompetitive outcome is one in which price exceeds the price that would have occurred without the coordination among firms. In the economic theory of collusion, coordination is with respect to the strategies that firms use... Collusion is when firms use history-dependent strategies to sustain supracompetitive outcomes through a reward-punishment scheme that rewards a firm for abiding by the supracompetitive outcome and punishes it for departing from it”).

competitiva que resulta de observar la conducta de los competidores. Este último caso es lo que se denomina el “paralelismo consciente” o “interdependencia oligopolística”, en el cual el resultado supracompetitivo es igual de dañino para los competidores, pero no existe acuerdo –ni expreso ni tácito– entre los competidores:

El concepto de “paralelismo consciente” da cuenta de este fenómeno de interdependencia oligopolística. Los competidores actúan, a sabiendas, en forma similar o coincidente, lo que es el resultado de la estructura y características propias del mercado relevante. El paralelismo se acentúa cuando, además de pocos competidores, los bienes son homogéneos y las firmas enfrentan una estructura de costos equivalente<sup>54</sup>.

54. Desde un punto de vista normativo, hoy existen coincidencia generalizada en el Derecho comparado, tanto norteamericano<sup>55</sup>, europeo<sup>56</sup>, como chileno<sup>57</sup>, de que la interdependencia oligopolística, *por sí sola*, no debe castigarse *ex post* por el Derecho de la Competencia. La razón es simple: *las reglas e instituciones de la Competencia no son las apropiadas para hacerse cargo del problema de las rentas supracompetitivas persistentes en contextos oligopólicos*. De acuerdo a Breyer:

---

<sup>54</sup> Santiago Montt y Jorge Grunberg, “Prueba de la Colusión”, Informes RegCom, paras. 88 (disponible en <http://regcom.cl/informes-regcom/>, última visita 3 septiembre 2021).

<sup>55</sup> Ver *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 556-557 (2007) (“It makes sense to say, therefore, that an allegation of parallel conduct and a bare assertion of conspiracy will not suffice. Without more, parallel conduct does not suggest conspiracy, and a conclusory allegation of agreement at some unidentified point does not supply facts adequate to show illegality. Hence, when allegations of parallel conduct are set out in order to make a §1 claim, they must be placed in a context that raises a suggestion of a preceding agreement, not merely parallel conduct that could just as well be independent action”).

<sup>56</sup> Ver 48/69, *ICI v. Commission*, EU:C:1972:70 para. 66 (“[U]n paralelismo en el comportamiento no puede identificarse por si solo con una práctica concertada”); 40/73, *Süker Unie v. Commission*, EU:C:1975:174, para. 174 (“[S]í bien es verdad que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores, se opone sin embargo rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado”); C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö v. Commission*, EU:C:1993:120, para. 71 (“[U]na conducta paralela sólo puede ser considerada como prueba de la existencia de una concertación, si dicha concertación constituye su única explicación plausible. En efecto, es preciso tener en cuenta el hecho de que, si el artículo 85 del Tratado prohíbe toda forma de colusión que pueda falsear el juego de la competencia, no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento real o previsible de sus competidores”). Más recientemente, ver C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingautoriteit*, EU:C:2009:343, para. 41 (“[N]o todo comportamiento paralelo de competidores en el mercado es atribuible necesariamente a que éstos hayan concertado sus comportamientos con un objetivo contrario a la competencia”).

<sup>57</sup> Ver Corte Suprema, *FNE con Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, 7 septiembre 2012, C. 67 (“No constituye una infracción al derecho de libre competencia la denominada conducta del paralelismo consciente por estructura de mercado”). Ver también, Corte Suprema, *FNE con MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros*, Rol 96-2009, 16 abril 2009, C. 12; Corte Suprema, *FNE con Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas y otros*, Rol 3.395-2006, 28 diciembre 2006, C. 10-12. Ver TDLC, *FNE con Isapre ING y otros*, Rol C-77-05, Sentencia 57, 12 julio de 2007, C. 80; TDLC, *FNE con Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros*, Rol 10-2004, Sentencia 18, 10 junio 2005, C. 31; TDLC, *FNE con MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros*, Rol 132-2007, Sentencia 79, 10 diciembre 2008, C. 40.

Los tribunales han notado que la *Sherman Act* prohíbe los acuerdos, y han sostenido casi uniformemente, al menos en el área de los precios, que decisiones individuales relativas a precios (aun cuando cada firma base su propia decisión en la creencia de que sus competidores harán lo mismo) no constituyen un acuerdo ilegal bajo el artículo 1 de la *Sherman Act*. *Esto no es debido a que dichas decisiones de precios sean deseables (no lo son), pero sí debido a que es cercano a lo imposible concebir un remedio judicial eficaz para la "interdependencia" en materia de precios.* ¿Cómo uno ordena a una firma establecer sus precios sin consideración a las reacciones probables de sus competidores?<sup>58</sup>

55. Más recientemente, Richard Posner ha vuelto sobre el tema. Su exposición es especialmente relevante porque Posner fue históricamente defensor de la prohibición del paralelismo consciente por el Derecho de la Competencia<sup>59</sup>. En el caso *Text Messaging*, el entonces juez Posner nos recuerda que los Tribunales que aplican el Derecho de la Competencia en forma *ex post* no pueden trastocar la naturaleza de las cosas y pretender convertirse en agencias reguladoras de precios<sup>60</sup>:

[L]a Ley Sherman no impone ninguna obligación a las empresas de competir vigorosamente, o igualmente relevante, en cuanto a precio... Un vendedor debe decidir sus precios; y si la colusión tácita está prohibida, ¿cómo decide un vendedor qué precio cobrar en un mercado en el que las condiciones favorecen la convergencia de los vendedores en un precio que maximiza conjuntamente las utilidades (como por ejemplo pocos vendedores, muchos compradores y un producto homogéneo, que puede limitar la competencia no-precio) sin realmente estar de acuerdo en cobrar ese precio? Si el vendedor cobra el precio que maximiza las ganancias (y sus "competidores" también lo hacen) y la colusión tácita es considerada ilegal, estará en problemas. Pero, ¿cómo evitar meterse en problemas? ¿Tendría que adoptar precios *cost-plus* y demostrar que sus precios solo cubren los costos (donde costo incluye un "rendimiento razonable" del capital invertido)? Tal requisito convertiría al Derecho de la Competencia en un esquema parecido a la regulación de precios de servicios-públicos-regulados, ahora ampliamente abolido... Una cosa es prohibir que los competidores acuerden no competir; otra es ordenarles que compitan. ¿Cómo puede un tribunal decidir qué tan vigorosamente deben competir en orden a evitar que sean condenados por haberse coludidos tácitamente en violación al Derecho de la

---

<sup>58</sup> *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478, 484 (1st Cir. 1988) ("Courts have noted that the Sherman Act prohibits agreements, and they have almost uniformly held, at least in the pricing area, that such individual pricing decisions (even when each firm rests its own decision upon its belief that competitors will do the same) do not constitute an unlawful agreement under section 1 of the Sherman Act. That is not because such pricing is desirable (it is not), but because it is close to impossible to devise a judicially enforceable remedy for "interdependent" pricing. How does one order a firm to set its prices without regard to the likely reactions of its competitors?") (énfasis agregado).

<sup>59</sup> Ver Richard A Posner, "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach", 21 *Stanford Law Review* 1562 (1968).

<sup>60</sup> El argumento original es de Donald F. Turner, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", 75 *Harvard Law Review* 655, 669 (1962) ("[C]ourts would be forced to act much like public-utility commissions in order to cure the ill effects of noncompetitive oligopoly price").

Competencia? Tal responsabilidad, repetimos, otorgaría a las agencias antimonopolio una función del tipo servicio-público-regulado<sup>61</sup>.

56. Ahora bien, el hecho de que exista un amplio consenso –aunque sin unanimidad doctrinaria<sup>62</sup>– de que el problema del oligopolio excede el ámbito de las reglas default *ex post* del Derecho de la Competencia, no significa que los problemas de eficiencia, bienestar y poder de mercado que le caracterizan deban ser desatendidos por las autoridades políticas y económicas. Por el contrario, los fundamentos constitucionales y de política pública para corregir eventuales fallas de mercado son los mismos que en el caso de la Competencia –incluso reforzados–, sin perjuicio de que los medios o instrumentos a utilizar deban ser distintos. No se trata de un actuar ilegal que deba ser castigado *ex post*, sino de una situación a ser corregida *ex nunc* mediante intervención estatal.

57. Es evidente entonces que el problema del poder de mercado persistente transciende al Derecho de la Competencia. El Derecho de la Competencia no agota ni debe agotar los esfuerzos del ordenamiento jurídico por neutralizar el poder de mercado. La neutralización del poder económico es un fin constitucionalmente legítimo, tanto en el Derecho de la Competencia como en la regulación económica. Cuando el proceso competitivo propio del mercado junto a las normas *default* del Derecho de la Competencia

---

<sup>61</sup> *Aircraft Check Services. Co. v. Verizon Wireless (In Re Text Messaging Antitrust Litigation)*, 782 F.3d 867, 873-874 (7th Cir. 2015) (“[T]he Sherman Act imposes no duty on firms to compete vigorously, or for that matter at all, in price. This troubles some antitrust experts, such as Harvard Law School Professor Louis Kaplow, whose book *Competition Policy and Price Fixing* (2013) argues that tacit collusion should be deemed a violation of the Sherman Act. That of course is not the law, and probably shouldn’t be. A seller must decide on a price; and if tacit collusion is forbidden, how does a seller in a market in which conditions (such as few sellers, many buyers, and a homogeneous product, which may preclude nonprice competition) favor convergence by the sellers on a joint profit-maximizing price without their actually agreeing to charge that price, decide what price to charge? If the seller charges the profit-maximizing price (and its “competitors” do so as well), and tacit collusion is illegal, it is in trouble. But how is it to avoid getting into trouble? Would it have to adopt cost-plus pricing and prove that its price just covered its costs (where cost includes a “reasonable return” to invested capital)? Such a requirement would convert antitrust law into a scheme resembling public utility price regulation, now largely abolished. // And might not entry into concentrated markets be deterred because an entrant who, having successfully entered such a market, charged the prevailing market price would be a tacit colluder and could be prosecuted as such, if tacit collusion were deemed to violate the Sherman Act? What could be more perverse than an antitrust doctrine that discouraged new entry into highly concentrated markets? Prices might fall if the new entrant’s output increased the market’s total output, but then again it might not fall; the existing firms in the market might reduce their output in order to prevent the output of the new entrant from depressing the market price. If as a result the new entrant found itself charging the same price as the incumbent firms, it would be tacitly colluding with them and likewise even if it set its price below that of those firms in order to maximize its profit from entry yet above the price that would prevail were there no tacit collusion... // It is one thing to prohibit competitors from agreeing not to compete; it is another to order them to compete. How is a court to decide how vigorously they must compete in order to avoid being found to have tacitly colluded in violation of antitrust law? Such liability would, to repeat, give antitrust agencies a public-utility style regulatory role”).

<sup>62</sup> Ver Louis Kaplow, *Competition Policy and Price Fixing* (Princeton 2013).

se muestran ineficaces e insuficientes para lograr dicho fin, la regulación económica es entonces necesaria<sup>63</sup>.

58. Ahora bien, el Derecho Constitucional no establece un recetario de políticas públicas. Solo establece límites y fundamentos que los órganos políticos y administrativos deben respetar y considerar en el diseño e implementación de las políticas públicas. Que la neutralización del poder de mercado sea un fin constitucionalmente legítimo más allá del Derecho de la Competencia y que justifique la regulación económica, no significa que las autoridades de gobierno *deban* establecer un sistema de intervención estatal que desplace el mercado cada vez que enfrenten poder de mercado. Se trata en definitiva de una decisión de política económica.

59. En efecto, las fallas de mercado son condición necesaria, pero no suficiente para justificar una regulación económica. El poder de mercado de corto plazo no es indeseable, sino por el contrario genera las “diferencias de potencial” que movilizan el proceso competitivo estática y dinámicamente. Por el contrario, el poder de mercado persistente, aquel que no moviliza las fuerzas correctivas del mercado, es problemático. Esta persistencia está normalmente ligada a la existencia de barreras de entrada al mercado<sup>64</sup>. Si un mercado admite la fácil entrada de nuevos actores, los incumbentes no podrán cobrar precios supracompetitivos de manera sostenida.

60. Un comentario final respecto al problema del oligopolio desde la perspectiva de nuestra institucionalidad económica. En Chile, los órganos de protección de la competencia no tienen limitada su acción al ámbito de las normas *default ex post*. El DL 211 asigna un rol regulador que trasciende las prohibiciones anti-cartel y anti-abuso de posición dominante de los artículos 3 y 3 bis. El fin constitucionalmente protegido es el mismo –neutralizar poder de mercado–, pero las herramientas son múltiples.

61. En efecto, los mandatos generales de la ley en favor del TDLC y la FNE incluyen la “promoción y defensa de la libre competencia” (artículo 1) y el “resguardo de la libre competencia en los mercados” (artículo 2) de manera general. Por otra parte, la protección del bien jurídico en el DL 211 reconoce distintos instrumentos y potestades – especialmente un amplio poder para definir medidas o remedios, en distintos tipos de procedimientos– que van más allá de la condena por ilícitos anticompetitivos. En definitiva, nuestro ordenamiento impone al TDLC y a la FNE un rol de custodia de la eficiencia y el bienestar que ha sido reconocido desde antiguo por la Comisión Resolutiva:

Que si bien en la prueba rendida en la causa no se acreditó ninguna conducta concreta de abuso de poder de mercado... la importancia de la materia para el desarrollo futuro

---

<sup>63</sup> Ver Breyer, *supra* nota 4, 15 (“The justification for intervention arises out of an alleged inability of the marketplace to deal with particular structural problems”).

<sup>64</sup> Ver White, *supra* nota 7, 323 (“Without barriers to entry, the above-normal profits of the monopolist could not persist”).

de la economía nacional, asunto sobre el que hay consenso... motivan a esta Comisión Resolutiva a efectuar un análisis detallado de las diferentes opciones esgrimidas por las partes. *Es parte fundamental del rol que la ley asigna a los organismos antimonopolios en general... el prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera cuando se las compara con estructuras de mercado alternativas y eficientes<sup>65</sup>.*

62. En definitiva, el fin público de “neutralización del poder de mercado” transciende al Derecho de la Competencia y aplica también, incluso con mayor fundamento, en casos de fallas severas de mercado. Si bien en ausencia de cooperación ilícita un oligopolista no puede ser condenado por colusión, un actor económico con poder de mercado persistente no puede impedir o resistir el ejercicio de potestades regulatorias del Estado cuando éste decide ejercerlas por razones de política económica.
63. En términos inversos, un oligopolista que detenta un poder mercado persistente causado por fallas de mercado no tiene una posición constitucionalmente protegida para perpetuar las condiciones que le permiten obtener utilidades supracompetitivas. Existe un interés constitucionalmente legítimo –basado en la libertad, el bienestar y la eficiencia, así como en derechos constitucionales económicos y no-económicos de terceros– que habilita la intervención estatal en dicho mercado. En principio –y sujeto a un análisis conforme al principio de proporcionalidad–, la libertad económica del oligopolista no se ve vulnerada por la intervención regulatoria dirigida a corregir las fallas de mercado.

**c. El Derecho y Política de la Energía y las Razones Reforzadas que Justifican la Regulación Económica en el Sector Energético**

64. Los razonamientos anteriores aplican a los mercados en general. Pero la energía no es un bien cualquiera. Es un *commodity* esencial para las empresas y para las personas y por ello para la economía de los países. La *Política Energética de Chile* lo expresa con especial claridad:

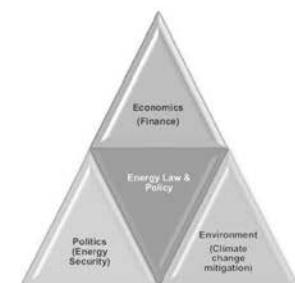
[E]n la ecuación del desarrollo, la energía es mucho más que un insumo clave: Su generación y uso representan en sí mismos oportunidades adicionales para promover cambios positivos en la calidad de vida de las personas. Cuando la energía se obtiene y utiliza de manera óptima, se genera un círculo virtuoso que incide directamente en el crecimiento económico; ofrece oportunidades para el cuidado del medio ambiente y favorece el desarrollo de las personas, permitiendo así a la sociedad avanzar hacia un desarrollo equitativo y sustentable<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Comisión Resolutiva, Resolución 488 de 11 de junio de 1997, C. 18 (énfasis agregado).

<sup>66</sup> Ministerio de Energía, *Energía 2050. Política Energética de Chile*, disponible en [https://www.energia.gob.cl/sites/default/files/energia\\_2050 - politica\\_energetica\\_de\\_chile.pdf](https://www.energia.gob.cl/sites/default/files/energia_2050 - politica_energetica_de_chile.pdf) (última visita, 16 nov 2021) (en adelante, *Política Energética de Chile*).

65. La energía figura entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) de la ONU. El ODS 7 adopta el compromiso de “Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna”<sup>67</sup>. La Meta 7.1 asociada a este ODS al 2030 busca “De aquí al 2030, garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos”. En Chile, consistentemente con este ODS, tenemos como meta al año 2050 “asegurar acceso universal y equitativo a servicios energéticos modernos, confiables y asequibles a toda la población”, y como meta al 2035, “asegurar acceso universal y equitativo a servicios energéticos modernos, confiables y asequibles a familias vulnerables”<sup>68</sup>.

66. A nivel comparado el desarrollo de la política energética está sometida a un conocido “trilema”, también denominado “triángulo del Derecho y Política de la Energía”<sup>69</sup>. Como explica (y grafica) Heffron, este triángulo o trilema otorga un “lente” con el cual se debe mirar la disciplina<sup>70</sup>: “El Derecho y la Política de la Energía está en el centro del triángulo y en los tres puntos del triángulo están la economía (finanzas), la política (seguridad energética) y el medio ambiente (mitigación del cambio climático). Estos tres temas están tratando de empujar el Derecho y la Política de la Energía en su dirección”<sup>71</sup>.



<sup>67</sup> Los 17 ODS fueron acordados por los Estados miembros de la ONU en 2015. Ver <https://sdgs.un.org/> (última visita, 16 nov 2021).

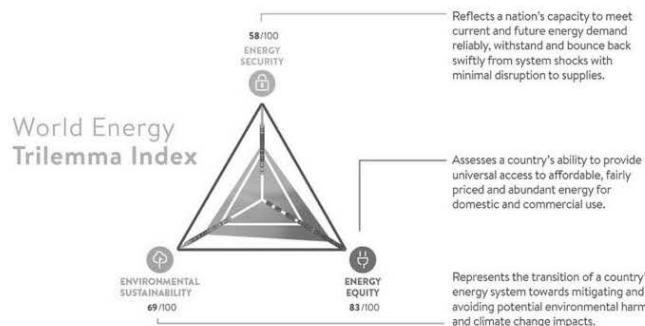
<sup>68</sup> *Política Energética de Chile*, supra nota 66, 64.

<sup>69</sup> Raphael J. Heffron y Kim Talus, “The development of energy law in the 21<sup>st</sup> century: a paradigm shift?”, 9(3) *Journal of World Energy Law and Business* 189, 192 (2016) (“Here this is referred to as the Energy Law and Policy Triangle and it is also known in other cases as the Energy Trilemma”).

<sup>70</sup> Ver *Id.*

<sup>71</sup> *Id.* (“Energy law and policy is in the centre of the triangle and on the three points of the triangle are economics (finance), politics (energy security) and environment (climate change mitigation). These three issues are trying to pull energy law and policy in their direction. In essence, effective and efficient energy law and policy will balance these three aims to deliver the best outcome to society”).

67. El *World Energy Council* elabora un índice denominado “World Energy Trilemma Index”<sup>72</sup>. Esta organización entiende el Triángulo de una manera ligeramente distinta a la Heffron et al, al considerar la “justicia energética” como un polo independiente:



68. Lo relevante a estos efectos es que, independientemente de si lo considera un eje autónomo o como parte del eje “seguridad energética”, la “justicia energética” es siempre un pilar fundamental del Derecho y Política de la Energía. El *World Energy Council* define “justicia energética” como:

... la capacidad de un país para brindar acceso universal a energía confiable, asequible y abundante para uso doméstico y comercial. La dimensión captura el acceso básico a la electricidad y combustibles y tecnologías limpias para cocinar, el acceso a niveles de consumo de energía propicios para la prosperidad y la asequibilidad de la electricidad, el gas y el combustible.

69. Para aquellos que la consideran parte de la “seguridad energética”, la “justicia energética” constituye una de las dos dimensiones esenciales del concepto y significa *disponibilidad continua de energía a un costo razonable*:

La seguridad energética está en el corazón de cualquier sistema moderno de política energética y se refleja en una gran cantidad de leyes y reglamentos energéticos nacionales. Su relevancia está relacionada con la importancia general de la energía para la sociedad. El concepto se refiere a dos objetivos de política energética distintos pero relacionados. *Se refiere a la seguridad del suministro, que normalmente significa la disponibilidad continua de energía a un costo razonable*. La mayoría de las políticas energéticas modernas también agregan los costos sociales o ambientales a esta definición. También se refiere a la seguridad de la demanda, lo que significa la demanda continua de productos energéticos producidos dentro del país en cuestión.

<sup>72</sup> <https://www.worldenergy.org/transition-toolkit/world-energy-trilemma-index> (última visita, 16 nov 2021).

Tradicionalmente, esto se refiere a los hidrocarburos, pero también incluye la energía de fuentes de energía renovables como la energía hidroeléctrica<sup>73</sup>.

70. El encuentro de intereses al interior del Triángulo no es pacífico. Los intereses de las empresas proveedoras de energía representan habitualmente solo una de las puntas y su posición es de habitual tensión con las otras dos. Como explican Heffron y Talus, cada cambio en favor de uno de los polos es resistido por los demás<sup>74</sup>. De ello se deriva una de las características más significativas del Derecho y Política de la Energía: el balance permanente entre los distintos intereses de política y política pública en conflicto. En palabras de Huhta:

La mayoría de las decisiones legales relacionadas con la energía involucran algún tipo de dicotomía de intereses que sustenta el tema en cuestión. El equilibrio de intereses mutuamente contradictorios está presente tanto en la preparación y redacción de leyes energéticas como en la toma de decisiones sobre la base de esas leyes. La prevalencia de la necesidad de equilibrar los intereses en conflicto en el derecho energético se enmarca y se discute más comúnmente bajo el concepto del trilema energético, que se refiere a la tarea de lograr un equilibrio entre seguridad, competitividad y sostenibilidad ambiental<sup>75</sup>.

71. En cualquier caso, el ordenamiento chileno reconoce la importancia fundamental de la energía y la necesidad de contar con un marco regulatorio dirigido a neutralizar un eventual poder de mercado persistente en cualquiera de sus áreas. Desde un punto de vista orgánico, existe para ello –aparte de la orgánica de la Competencia– un Ministerio de Energía, una Comisión Nacional de Energía y una Superintendencia de Electricidad y Combustibles. La producción de hidrocarburos está constitucionalmente reservados al Estado –sin perjuicio de la participación de privados conforme a un régimen de contratos especiales de operación– y además se ha dictado una extensa regulación económica

---

<sup>73</sup> Raphael J. Heffron et al, “A Treatise for Energy Law”, 11 *Journal of World Energy Law and Business* 34, 45 (2018) (énfasis agregado) (“Energy security is at the heart of any modern energy policy system and is reflected in a large number of national energy laws and regulations. Its significance is connected with the general importance of energy for the society. The concept refers to two distinct but related energy policy objectives. It refers to security of supply, which typically means the continuous availability of energy at a reasonable cost. Most modern energy policies also add the social or environmental costs to this definition. It also refers to security of demand, which means the continuous demand for energy products produced within the country in question. Traditionally this refers to hydrocarbons, but it also includes energy from renewable energy sources like hydropower”).

<sup>74</sup> Ver Heffron y Talus, *supra* nota 69, 191 (“In essence, given any change in each of the three points of the triangle—economics, politics and the environment—one can apply Isaac Newton’s third law of motion which states that for every action there is an equal but opposite reaction”).

<sup>75</sup> Kaisha Huhta, “The coming of age of energy jurisprudence”, 39(2) *Journal of Energy & Natural Resources Law* 199, 208 (2020) (“Most legal decisions regarding energy involve some type of dichotomy of interests that underpins the subject matter at hand. The balancing of mutually contradictory interests is present both in the preparation and drafting of energy laws and in decision-making on the bases of those laws. The prevalence of the need to balance conflicting interests in energy law is most commonly framed as and discussed under the concept of the energy trilemma, which refers to the task of achieving a balance among security, competitiveness and environmental sustainability”).

representada principal pero no únicamente por la Ley General de Servicios Eléctricos (DFL 4 de 2006) y la Ley de Servicios de Gas (DFL 323 de 1931).

72. No es casualidad entonces que la *Política Energética de Chile* se estructure en torno a cuatro pilares fundamentales: “Seguridad y Calidad de Suministro, Energía como Motor de Desarrollo, Compatibilidad con el Medio Ambiente y Eficiencia y Educación Energética”<sup>76</sup> y que se afirme explícitamente que “[s]obre estas bases, deben desarrollarse las diversas medidas y planes de acción planteados hasta el año 2050”<sup>77</sup>. Más aún, se reconoce el rol estratégico de la energía y la necesidad de intervención estatal en un contexto de mercados imperfectos:

La energía es un factor clave y estratégico para alcanzar las metas de desarrollo económico y social que nos hemos propuesto, por lo que es indispensable asegurar el suministro energético futuro en concordancia con las exigencias que la sociedad impone a este sector. *En un contexto de desarrollo del sector que se da a través de soluciones del mercado, éste no siempre brinda las decisiones que llevan a preservar el bien común y las preferencias que la sociedad exige a este insumo esencial. La sociedad chilena espera del Estado un rol de planificación y conducción que considere a todas las partes interesadas en la definición de una estrategia sólida y consistente, que vaya orientando el mercado...* La Política Energética propone una visión del sector energético al 2050 que corresponde a un sector confiable, sostenible, inclusivo y competitivo. Esta visión, obedece a un enfoque sistémico, según el cual el objetivo principal es lograr y mantener la confiabilidad de todo el sistema energético, al mismo tiempo que se cumple con criterios de sostenibilidad e inclusión y, se contribuye a la competitividad de la economía del país. En definitiva, mediante estos atributos, se establece como objetivo avanzar hacia una energía sustentable en todas sus dimensiones<sup>78</sup>.

73. Existe un interés público reforzado, indubitable, para buscar y conseguir precios bajos y competitivos:

Uno de los pilares sobre los que se asienta nuestra Política Energética es la visión de la energía como motor de desarrollo del país. Sin energía no hay crecimiento. Para impulsar el crecimiento, *Chile requiere un desarrollo energético inclusivo, caracterizado por un acceso equitativo, coordinación territorial y precios que favorezcan la competitividad... El paso siguiente, según esta Política Energética, es asegurar acceso universal y equitativo a servicios energéticos modernos, confiables y asequibles a toda la población*<sup>79</sup>.

74. La justicia energética demanda no solo que las políticas públicas logren precios bajos y competitivos en favor de los consumidores, sino también exige poner especial atención

<sup>76</sup> *Política Energética de Chile*, supra nota 66, 10.

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> *Id.*, 9-10 (énfasis agregado).

<sup>79</sup> *Id.*, 12. Ver también, *Id.*, 43 (“El sector energético contribuye a mejorar la calidad de vida de la población mediante un acceso equitativo a los servicios energéticos”) y 63 (“El acceso a la energía no puede separarse de la dimensión de equidad para satisfacer las necesidades de la población”).

a brechas de justicia distributiva o justicia social que puedan presentarse en la provisión de la energía. Según ya vimos anteriormente, éste es un problema especialmente pronunciado en el caso del GLP. Los cilindros de GLP representan el 84% del consumo residencial de gas. El GLP corresponde en promedio al 19% en gasto en servicios básicos de los hogares. Solo un 21,4% de los hogares tiene acceso a gas natural –más económico que el GLP–, lo que está fuertemente correlacionado con el ingreso de los hogares: 52,1% de los hogares del quintil más rico tienen acceso a gas natural, mientras que solo un 7,4% del quintil inferior (datos del año 2018).

75. En consecuencia, un oligopolista en el mercado del GLP se encuentra en una posición constitucional feble. En el mercado de la energía, el Estado tiene un título causal de intervención reforzado –la justicia energética– para neutralizar el poder de mercado. Más aún si está asociado a problemas de justicia social. La energía es un área tradicional y reconocidamente de intensa regulación estatal; el “trilema de la energía” exige un cambio normativo constante. No hay expectativas legítimas que puedan ser invocadas para objetar una regulación económica que razonable y proporcionadamente persiga neutralizar el poder de mercado en tales circunstancias.

#### d. Conclusiones

76. El fin perseguido por la FNE –neutralizar el poder de mercado de proveedores mayoristas de GLP– es constitucionalmente legítimo. El objetivo de neutralizar el poder de mercado persistente forma parte del orden público económico. Más aún, el Derecho y Política de la Energía demanda una intensa intervención estatal en los mercados energéticos. El Derecho Constitucional chileno permite y exige a las autoridades políticas y económicas tomar una posición regulatoria proactiva en el sector energético por al menos tres conjuntos de fundamentos:

- *Razones económicas:* Existe un interés público constitucionalmente protegido que habilita al Estado a corregir fallas de mercado, mejorando así la eficiencia de los mercados, el bienestar de la nación y el interés de los consumidores.
- *Razones de justicia energética:* El interés público económico se amplía y refuerza en tanto el Derecho y Política de la Energía persigue asegurar un acceso amplio, seguro y económico a las distintas fuentes de energía, así como corregir problemas de justicia distributiva o justicia social que puedan presentarse en el sector energético.
- *Razones de sustentabilidad:* Aunque no sea relevante en este caso, la sustentabilidad y la protección del medio ambiente constituyen una tercera dimensión fundamental que explica y justifica la intervención estatal en el sector energía, especialmente en tiempos de transición energética.

77. De modo que, el fin u objetivo regulatorio de eliminación de rentas supracompetitivas derivadas de condiciones estructurales de un mercado oligopólico imperfecto relativo a un *commodity* esencial para la población, es constitucionalmente legítimo. La neutralización de poder de mercado en el sector energético es un fin que no sólo autoriza la intervención estatal mediante limitaciones regulatorias, sino también integra el concepto de orden público económico y como tal justifica restricciones normativas que puedan impactar la esencia del derecho.

78. Las reglas por *default ex post* (ilícitos) del Derecho de la Competencia no agotan el interés público por eliminar el poder de mercado y las rentas monopólicas, especialmente tratándose de un *commodity* esencial. La regulación económica –dictada por los órganos políticos de gobierno o por el propio TDLC– puede legítimamente ir más allá de las infracciones definidas en los artículos 3º y 3º bis del DL 211, sin vulnerar el artículo 19 N° 21 de la CPR.

79. El derecho a desarrollar actividades económicas de las empresas, particularmente de aquellas que intervienen en el mercado de la energía, no opera ni puede ser interpretado en aislamiento. La CPR limita este derecho y lo hace teniendo en consideración derechos e intereses de otros actores económicos. El derecho reconocido por el artículo 19 N° 21 de la CPR está en permanente tensión o conflicto con derechos fundamentales de otros actores, así como con diversos intereses públicos constitucionalmente protegidos.

80. Una empresa proveedora de energía, en este caso GLP, no puede esgrimir una aplicación “absoluta” o categórica del artículo 19 N° 21 de la CPR, esto es, desvinculada de un proceso de balanceo o ponderación de dicha libertad con otros derechos fundamentales e intereses públicos legítimos. Por una parte, las empresas no tienen derecho a asegurar rentas supracompetitivas derivadas de fallas de mercado ni a impedir la acción estatal por introducir competencia a efectos de disipar precios excesivos; por otra parte, los habitantes del territorio nacional tienen derecho a un acceso seguro, asequible y económico a las distintas fuentes de energía.

81. Cuestiones de constitucionalidad quedan por ende sometidas a la ponderación o balanceo conforme al principio de proporcionalidad, lo que se analiza en la siguiente sección.

#### IV. Proporcionalidad del Remedio Estructural Propuesto por la FNE

##### a. Naturaleza del Test de Proporcionalidad

82. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales –incluyendo la resolución de conflictos entre ellos y otros intereses públicos– sigue por lo general un proceso de balanceo o ponderación distinto a la *subsunción* que estructura la aplicación

tradicional del Derecho<sup>80</sup>. Los alemanes, con su vocación característica de sistematización, han organizado este proceso conforme al denominado principio o test de la *proporcionalidad*.

83. En su esencia, la proporcionalidad es “un principio *relacional* en el sentido de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin”<sup>81</sup>. El principio hizo aparición en el Derecho Constitucional alemán en el caso *Apothekenurteil* de 1958 y desde entonces se ha extendido ampliamente por el mundo<sup>82</sup>, incluyendo Chile<sup>83</sup>. Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia alemana, nuestro Tribunal Constitucional reconoce los fundamentos del principio de proporcionalidad en la idea del Estado de Derecho así como en diversos preceptos constitucionales:

La Constitución no recoge, explícitamente, el “principio de proporcionalidad”, pero el intérprete constitucional no puede sino reconocer manifestaciones de este principio, que forma parte de una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha estimado que este principio se encuentra integrado dentro de los principios inherentes al Estado de Derecho, de los artículos 6º y 7º de la Constitución, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19, numeral 2º, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del artículo 19, numeral 26º. Asimismo, en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Ver Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, 16 *Ratio Juris* 433 (2003) y Robert Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, 91 *Revista Española de Derecho Constitucional* 11, 11-12 (2011). Como señala nuestro Tribunal Constitucional, Rol 2922-2015, C. 23, con referencia a Alexy: “[L]a exigencia de proporcionalidad deriva de la propia pretensión de vigencia de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión y cuya capacidad de limitación mutua no puede determinarse sino teniendo en cuenta el peso de cada uno de tales derechos en cada concreta colisión”.

<sup>81</sup> Javier Barnes, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, 5 *Cuadernos de Derecho Público* 16, 17 (1998). *Id.*, 18 (“Toda la atención del principio de proporcionalidad se concentra en los medios previstos en la norma y/o utilizados en su aplicación por el poder público”).

<sup>82</sup> Así lo explica el ex ministro del Tribunal Constitucional Federal alemán, Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, 57 *Toronto Law Journal* 383, 385 (2007).

<sup>83</sup> Ver el análisis de expansión del principio de proporcionalidad desde Alemania, Europa y el mundo, incluyendo Chile, en Rainer Arnold et al, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, 10 *Estudios Constitucionales* 65 (2012). Rainer et al, 88, marcan el inicio de la recepción de la proporcionalidad en el Tribunal Constitucional en la sentencia STC, Rol 541-2006 (26 diciembre 2006), C. 15 (“La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad *la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos*. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común”) (énfasis agregado), y una recepción completa y formal del test, conforme a sus 4 pasos, en STC, Rol 1182-2008, C. 21; STC, Rol 1193-2008, C. 21; y STC, Rol 1201-2008, C. 21.

<sup>84</sup> STC, Rol 2922-2015, C. 19. Se consignan fundamentos constitucionales adicionales en el C. 20. Ver también, STC, Rol 2983-2016, C. 12; STC, Rol 4379-2019, C. 7; STC, Rol 4533-2018, C. 7; STC, Rol 4972-2018, c. 7; STC, Rol 4988-2018, C. 7; STC, Rol 5104-2018, C. 7; STC, Rol 5778-2018, C. 7; STC, Rol 5993-2019, C. 7; STC, Rol 5613-2018, C. 7; STC, Rol 5751-2018, C. 7; STC, Rol 5979-2019, C. 7; STC, Rol 5999-2019, C. 7; STC, Rol 6108-2019, C. 7; STC, Rol 6163-2019, C. 7; STC, Rol 6473-2019, C. 7; STC, Rol 6349-2019, C. 7; STC, Rol 6353-2019, C. 7; STC, Rol 6381-2019, C. 7; STC, Rol 6508-2019, C. 7; STC, Rol 6750-2019, C. 7; STC, Rol 6941-2019, C. 7; STC, Rol 7076-2019, C. 7; STC, Rol 7228-2019, C. 7; STC, Rol 7232-2019, C. 7; STC, Rol 7233-2019, C. 7; STC, Rol 7311-2019, C. 7; STC, Rol 7398-2019, C. 7; STC, Rol 7430-2019, C. 7; y STC, Rol 7606-2019, C. 7; STC, Rol 9953-

84. El principio de proporcionalidad no responde en sí mismo las preguntas difíciles sobre el alcance y tensión entre derechos fundamentales, pero sí entrega una *estructura* de cómo hacerlo, arrojando al mismo tiempo luz sobre las condiciones y límites del ejercicio de las potestades jurisdiccionales de control constitucional. De acuerdo a Kumm:

[El test de proporcionalidad] proporciona poco más que una lista de verificación de criterios individualmente necesarios y colectivamente suficientes que deben cumplirse para que el comportamiento de las autoridades públicas se justifique en términos de razones que son apropiadas en la democracia liberal. En ese sentido, proporciona una estructura para la valoración de las razones públicas<sup>85</sup>.

85. Si bien el balanceo norteamericano y la proporcionalidad alemana comparten más aspectos de lo que habitualmente se reconoce<sup>86</sup>, la virtud de la proporcionalidad se encuentra en su estructura *triádica* del ejercicio de revisión de *racionalidad* y *razonabilidad*, donde se revisan los fines públicos perseguidos, luego los medios utilizados para lograr tales fines, para solo enseguida –y como última etapa– *ponderar*, *balancear* o *pesar* los derechos e intereses en conflicto. La ponderación, balanceo o peso ocurre solo una vez analizados en profundidad los fines y medios cuestionados en el caso.

86. En términos estrictos, los etapas o pasos revisores del test de proporcionalidad son cuatro: (a) Legitimidad del fin; (b) Idoneidad o adecuación de los medios; (c) Necesidad de los medios; (d) Proporcionalidad en sentido estricto. Algunos –incluyendo nuestro Tribunal Constitucional– reúnen el control de fines dentro del control de idoneidad o adecuación, reduciendo las etapas a solo tres:

El principio de proporcionalidad, también conocido como “máxima de razonabilidad” o “principio de prohibición de exceso”, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho.

Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres sub principios o sub juicios diferentes: el de idoneidad (o adecuación), el de necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y el de proporcionalidad en sentido estricto (o mandato de ponderación).

Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitada de derecho se ajusta a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del principio exige

---

2020, C.7; STC, Rol 10184-2021, C. 7; STC, Rol 10974-2021, C. 7; STC, Rol 11963-2021, C. 7 (sentencia tipo, hay más casos).

<sup>85</sup> Mattías Kumm, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review” 4 *Law & Ethics of Human Rights* 131, 144 (2010) (“[The proportionality test] provides little more than a check-list of individually necessary and collectively sufficient criteria that need to be met for behaviour by public authorities to be justified in terms of reasons that are appropriate in liberal democracy. In that sense it provides a structure for the assessment of public reasons”). Ver también, Kai Moller, “Proportionality: Challenging the critics”, 10(3) *I-Con* 709, 726 (2012) (“Proportionality is simply a structure that guides judges through the reasoning process as to whether a policy does or does not respect rights”).

<sup>86</sup> Ver Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, “American balancing and German proportionality: The historical origins”, 8(2) *I-Con* 263 (2010).

la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentren en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, a la proporcionalidad en sentido estricto se la percibe como un mandato de ponderación. En el caso cuando existen principios en pugna, en el evento de que la ley de colisión exija que se ponderen los intereses en juego<sup>87</sup>.

87. El mérito del test de proporcionalidad es explicado por el ex ministro del Tribunal Constitucional Federal alemán Grimm en términos de “efectos disciplinadores y racionalizantes”, especialmente en función de la secuencialidad de las etapas que componen el test:

El efecto disciplinador y racionalizante, que es una ventaja significativa del test de proporcionalidad sobre una simple prueba de razonabilidad o un equilibrio más o menos libre, como en muchos casos estadounidenses, se reduce cuando las cuatro etapas no están claramente separadas. Cada paso requiere una determinada evaluación. El siguiente paso se puede dar solo si la ley que se cuestiona no ha fallado en el paso anterior. Una confusión de los pasos crea el peligro de que los elementos ingresen a la operación de manera descontrolada y hagan que el resultado sea más arbitrario y menos predecible<sup>88</sup>.

88. Todas las etapas de la proporcionalidad, pero especialmente la última, se basan en juicios de valor, esto es, en juicios *mORALES* o extra-jurídicos de la relación medios-fines<sup>89</sup>. Menos en idoneidad, más en necesidad y decididamente en proporcionalidad en sentido estricto. En este último caso, como explica Schlink, “el proceso de balanceo sigue siendo metodológicamente oscuro”<sup>90</sup> y no está exento de subjetividad. En cualquier caso, la

---

<sup>87</sup> STC, Rol 2744-2014, C. 22 y STC, Rol 2953-2016, C. 20 (citas internas omitidas). En algunos fallos más recientes, el control de los fines aparece como un paso previo. Ver STC, Rol 7972-2019, C. 42 (“*Que, constatada la finalidad de la normativa cuestionada y no resultando la misma ilegítima*, para comprobar si su aplicación en estos autos, respecto del ejercicio legítimo del derecho a la igualdad ante la ley, vulnera o no la Constitución, se examinará (a) si tal medida legislativa era susceptible de conseguir el objetivo propuesto – es decir, asegurar la libre y fácil circulación de las facturas-, y no restringiría el derecho más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del fin invocado; (b) si era necesaria, en el sentido que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y finalmente, (c) si la misma es proporcionada en sentido estricto, esto es, si era ponderada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”) (énfasis agregado).

<sup>88</sup> Grimm, *supra* nota 82, 397 (“The disciplining and rationalizing effect, which is a significant advantage of the proportionality test over a mere test of reasonableness or a more or less free balancing, as in many US cases, is reduced when the four stages are not clearly separated. Each step requires a certain assessment. The next step can be taken only if the law that is challenged has not failed on the previous step. A confusion of the steps creates the danger that elements enter the operation in an uncontrolled manner and render the result more arbitrary and less predictable”).

<sup>89</sup> Ver Barnes, *supra* nota 81, 25 (“Cada uno de los criterios (utilidad [idoneidad], necesidad y proporcionalidad en sentido propio) requiere de un juicio o análisis diverso en su aplicación, esto es, todos juzgan la relación de medio a fin, pero bajo un perfil diferente: el medio ha de ser idóneo para la consecución del objetivo; necesario –el más moderado– respecto de todos los medios útiles y susceptibles de alcanzarlo; y razonable o proporcionada la ecuación costes-beneficios en su resultado”) (énfasis en el original).

<sup>90</sup> Bernhard Schlink, “Proportionality”, en Michel Rosenfeld y András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 719, 725 (2012).

proporcionalidad exige una análisis completo, holístico, comprensivo de todos los aspectos relevantes de Derecho, política y política pública presentes en el caso concreto:

Parece haber consenso entre quienes favorecen el proceso [de proporcionalidad] de *que requiere tener un ojo abierto a todos los hechos, intereses, derechos, principios y valores relevantes, así como realizar un análisis cuidadoso de cómo los diferentes resultados del conflicto pueden infligir, cargar, amenazar o potenciar estos factores.* Asignar ponderaciones a los intereses y derechos, principios y valores en conflicto, y comparar las ponderaciones, conlleva un elemento insuperable de subjetividad. Para reducir un poco la subjetividad, se pueden tener en cuenta, en la medida de lo posible, los valores legales y morales a los que se adhiere una sociedad, tanto por tradición como de hecho, y también la jurisprudencia<sup>91</sup>.

89. En otras palabras, no es posible realizar un análisis de proporcionalidad “abstracto” o “puro”, desligado de los asuntos de Derecho, política y política pública en tensión en el caso concreto. Como afirma nuestro Tribunal Constitucional, “[d]eterminadas valoraciones deben hacerse para establecer una relación de prevalencia entre los principios en juego”<sup>92</sup>. El intérprete constitucional no puede “descartar variables de análisis” propias de la materia en revisión y ponderar los intereses en tensión de manera parcial, esto es, sin considerar todas las dimensiones del caso. La gran virtud de la proporcionalidad es dar método a un proceso holístico:

La estructura de proporcionalidad empuja a los jueces hacia los temas importantes: los obliga, en primer lugar, a recopilar las posibles razones de la injerencia en el derecho y a evaluar su legitimidad; luego les pide que evalúen, para cada uno de estos objetivos, si la interferencia está conectada racionalmente con el objetivo respectivo; además, les exige que consideren posibles alternativas; y, finalmente, abordar la cuestión de si el derecho o los derechos o intereses en competencia tienen prioridad. Ésta es exactamente la estructura que también debe adoptar un argumento moral bien diseñado; sin embargo, al aceptar la prueba de proporcionalidad como herramienta doctrinal, los jueces son asistidos en su razonamiento moral en el sentido de que no tienen que reinventar la rueda<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> *Id.* (“There seems to be a consensus among those who favor the process that it requires an open eye for all relevant facts, interests, rights, principles, and values, as well as a careful analysis of how different outcomes of the conflict may inflict, burden, threaten, or enhance these factors. Assigning weights to the conflicting interests and rights, principles and values, and comparing the weights, entails an insurmountable element of subjectivity. In order to reduce the subjectivity somewhat, one may take into account, as far as is possible, the legal and moral values to which a society adheres, both by tradition and in actual fact, and also the relevant case law”) (énfasis agregado).

<sup>92</sup> STC, Rol 2744-2014, C. 22; STC, Rol 2953-2016, C. 20. En el contexto de revisión de diferenciaciones legales y su objeción frente a la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional ha insistido en este punto en diversas sentencias anteriores y posteriores a las citadas. Ver STC, Rol 1584-2009, C. 19 (“[R]esulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados”) (énfasis agregado), citada como autoridad en las sentencias STC 2365-2014, C. 36; STC, Rol 2437-2013, C. 35; y 7641-2019, C. 19.

<sup>93</sup> Moller, *supra* nota 82, 726 (“[T]he proportionality structure pushes judges toward the important issues: it forces them, first, to collect possible reasons for the interference with the right and to assess their legitimacy; it then ask them to assess, for each of these goals, whether the interference is rationally connected to the respective goal; it further requires them to consider possible alternatives; and, finally, to address the question of whether

90. No obstante sus méritos, el test de proporcionalidad sigue siendo problemático, especialmente si es mal utilizado como una carta blanca de subjetividad judicial<sup>94</sup>. Dada la valoración de carácter extrajurídico que demanda, la aplicación de la proporcionalidad expone al intérprete constitucional a dilemas contramayoritarios. Mal aplicado –o aplicado de manera excesiva– puede ofender el principio fundamental de un sistema democrático, conforme al cual la valoración moral y de oportunidad de los interés y fines en tensión corresponde a los órganos políticos de gobierno, Congreso y Ejecutivo. Su aplicación tiene como premisa, como señala nuestro Tribunal Constitucional, que “el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales”<sup>95</sup>. Como explica Schlink:

Las decisiones subjetivas sobre cómo perseguir el bien común son intrínsecamente políticas y el proceso democrático –la elección del parlamento en tanto órgano legislativo– es la primera y principal forma de legitimar las decisiones políticas... El equilibrio judicial que corrige la legislatura es y sigue siendo problemático<sup>96</sup>.

91. De lo anterior no se sigue que no haya espacio para el ejercicio de proporcionalidad en democracia. La objeción contramayoritaria tiene fuerza relativa, no absoluta. Los órganos políticos de gobierno pueden cometer errores de procedimiento y de fondo e infringir con ello la Constitución. El proceso político sufre fallas y los Tribunales Constitucionales deben resguardar la supremacía constitucional –con especial prudencia y deferencia– en un claro rol de “pesos y contrapesos”. Schlink lo explica con particular claridad y elegancia:

Tolerar el equilibrio judicial significa modificar el estándar democrático... También significa cierta desconfianza en la toma de decisiones parlamentarias y confianza en la deliberación judicial: la creencia de que los expertos en Derecho de un tribunal supremo o constitucional tienen la sabiduría y el tiempo para equilibrar los conflictos cruciales de una sociedad con más calma y cuidado que una legislatura actuando en la turbulencia de la lucha política. *Los tribunales que reclaman el derecho de controlar el equilibrio de la legislatura y reemplazarlo con su propio equilibrio saben que el equilibrio es democráticamente sensible y nunca pierden la oportunidad de enfatizar su respeto por la legislatura y la toma de*

---

the right or the competing rights or interest take priority. This is exactly the structure that a well-designed moral argument should also take; however, by accepting the test of proportionality as a doctrinal tool, the judges are assisted in their moral reasoning in that they do not have to reinvent the wheel”).

<sup>94</sup> Para una completa revisión de las críticas al principio de proporcionalidad, ver Moller, *supra* nota 85, 709 ss. Sobre las objeciones de Habermas y la defensa de Alexy, ver Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (MIT 1998) 253-261; Robert Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 16 *Ratio Juris* 131 (2003); y Steven Greer, “‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, 63 *Cambridge Law Journal* 412 (2004).

<sup>95</sup> STC, Rol 1046-2008, C. 22; STC, Rol 1061-2018, C. 17; STC, Rol 1182-2008, C. 21; STC, Rol 1193-2008, C. 21; y, STC, Rol 1201-2008, C. 21.

<sup>96</sup> Schlink, *supra* nota 90, 735 (“Subjective decisions about how to pursue the common good are intrinsically political, and the democratic process, the election of the parliament as legislature, is the first and foremost way of legitimizing political decisions... Judicial balancing that corrects the legislature is and remains problematic”).

*decisiones legislativas.* Los tribunales no siempre interfieren en el equilibrio de la legislatura<sup>97</sup>.

92. En definitiva, una de las grandes defensas del principio de proporcionalidad es que estructura y ordena el proceso de revisión de medios y fines y de ponderación. Siempre que se lo aplique con prudencia y auto-contención (*self-restraint*), la virtud metodológica del principio hace que el riesgo de activismo judicial pueda ser mayor en su ausencia que en su presencia<sup>98</sup>.

#### b. Límites del Principio de Proporcionalidad en Sede Constitucional

93. En el Derecho Constitucional, el test de proporcionalidad es un test revisor del ejercicio de las potestades públicas por parte de los órganos políticos de gobierno (Congreso y Gobierno), incluyendo a la Administración del Estado. En cuanto test revisor, es deferente<sup>99</sup>. Como explica Barnes:

[N]o constituye un instrumento para imponer el propio y legítimo concepto de lo que es o no proporcionado... No sirve, pues, para medir o encontrar la solución más idónea, de mayor equilibrio, el medio óptimo por más moderado, sino sólo para anular aquellas que se sitúen en el extremo inferior de la escala<sup>100</sup>.

94. El test de proporcionalidad no permite al revisor de constitucionalidad emitir un juicio abierto o subjetivo sobre qué es o qué podría ser más moderado o equilibrado en el caso concreto. Por el contrario, este test de constitucionalidad solo objeta una determinada norma (medio) si “resulta absoluta, radical y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada”<sup>101</sup>. En palabras de Barnes, el test de proporcionalidad:

... no tiene por objeto, en efecto, garantizar el trato más suave posible a los ciudadanos sino, en su caso y más modestamente, expulsar aquellas resoluciones, actos y normas que incurran manifiestamente en un sacrificio inútil, absolutamente innecesario o desproporcionado<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> *Id.*, 735 (énfasis agregado). Entre nosotros, ver José Francisco García, “El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial”, 1 *Anuario de Derecho Público* UDP 429, 443 (2010) (“Una posible respuesta podríamos encontrarla en su carácter de actor desinteresado de los resultados del proceso político, lo que le entrega mayores grados de imparcialidad: los jueces tienen naturalmente una posición privilegiada en la preservación de la integridad estructural del proceso democrático –las reglas y condiciones bajo las cuales se busca el poder político y se desarrolla la conversación acerca de los asuntos públicos–”).

<sup>98</sup> Ver Barnes, *supra* nota 81, 33 (“La eventual huida del test de proporcionalidad por parte del juez, cualquiera que sean las razones (complejidad, potencial desviación en su aplicación, etc.) haría tanto más probable –y he aquí la paradoja– la aparición de los problemas que acaso se pretendieran conjurar con su silencio”).

<sup>99</sup> Como explican Arnold et al, *supra* nota 83, 86, “la proporcionalidad no puede identificarse necesariamente como un mecanismo destinado a resolver conflictos o colisiones de derechos. En esencia, el principio de proporcionalidad fue concebido más bien como un mecanismo destinado a controlar el ejercicio de potestades públicas a la hora de regular el ejercicio de derechos”.

<sup>100</sup> Barnes, *supra* nota 81, 28-29.

<sup>101</sup> *Id.*, 29.

<sup>102</sup> *Id.*

95. Por lo mismo, el test de proporcionalidad del Derecho constitucional es de alcance distinto a la proporcionalidad en tanto “regla de razón o criterio político que informa o inspira la tarea del legislador”<sup>103</sup> (y, agregamos aquí, como regla de razón o criterio político que informa o inspira la tarea de los órganos encargados de diseñar e implementar la política pública). La primera es justiciable en sede constitucional, la segunda no:

[E]l legislador (formal y material) podrá inspirarse en la proporcionalidad, ya como regla de razón, para añadir a ese mínimo la protección que estime conveniente, al ponderar cuál es el grado e intensidad del sacrificio exigible en cada caso. Por su parte, los aplicadores del Derecho (juez y Administración) no sólo están vinculados al principio constitucional, sino también a las concretas configuraciones que el legislador haya establecido<sup>104</sup>.

96. Es posible entonces encontrar en el ordenamiento lo que Barnes denomina una “configuración concreta de la proporcionalidad establecida por el legislador”. En esos casos, dicha configuración concreta de la proporcionalidad va o puede ir más allá que el test constitucional de proporcionalidad.

97. El principio de proporcionalidad así configurado supone el reconocimiento de un amplio espacio de discrecionalidad administrativa o judicial al órgano administrativo o judicial titular de la potestad. Dicha discrecionalidad es ciertamente controlable judicialmente conforme a los límites y características conocidas por la doctrina y jurisprudencia del Derecho público. El punto aquí es que dicho control judicial de legalidad y discrecionalidad en el Derecho público (administrativo, regulatorio, competencia, etc.) es, por regla general, más intrusivo que el test de proporcionalidad en sede constitucional. De lo contrario, los problemas de Derecho público serían siempre problemas de Derecho constitucional, lo que evidentemente no es ni debe ser el caso.

98. El punto anterior es especialmente relevante porque el Derecho de la Competencia –chileno y comparado– establece un principio general de proporcionalidad para los remedios (esto es, una “configuración concreta de la proporcionalidad” infra-constitucional). En el Derecho Europeo de la Competencia, el artículo 7 de la Regulación 1/2003 sobre remedios dispone que “[la Comisión] podrá imponerles [a las empresas involucradas] cualquier remedio estructural o de comportamiento *que sea proporcionado y sea necesario* para producir el cese efectivo de la misma”<sup>105</sup>. En Chile,

<sup>103</sup> *Id.*, 27.

<sup>104</sup> *Id.*, 28.

<sup>105</sup> Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001&from=ES> (última visita 29 de noviembre de 2021) (énfasis agregado). Ver Ioannis Lianos, “Competition Law Remedies. In Search of a Theory”, en Ioannis Lianos y D. Daniel Sokol, *The Global Limits of Competition Law* (2012) 177, 194 (“The principle of proportionality constitutes an important limit to the European Commission’s discretion in imposing remedies”).

la *Guía de Remedios* de la FNE –solo aplicable a operaciones de concentración, no a infracciones a la competencia en general– establece también el principio proporcionalidad:

En la evaluación que haga la Fiscalía de las medidas de mitigación serán elementos centrales la *efectividad* de las mismas para solucionar el problema de competencia detectado, su *factibilidad de implementación, ejecución y monitoreo y la proporcionalidad de éstas*<sup>106</sup>.

99. El principio de proporcionalidad del Derecho de la Competencia –extensible por analogía al ámbito de la regulación económica– exige una “coherencia lógica entre el remedio y el mal”<sup>107</sup>. Dada la complejidad técnica que suele aplicar en el ámbito económico, la facultad de establecer dicha proporcionalidad corresponde al órgano titular de la potestad o al TDLC como tribunal encargado de tutelar la Competencia, en ambos sujetos a revisión judicial posterior.

100. El punto crucial a destacar aquí es que la argumentación regulatoria o de Derecho de la Competencia en materia de proporcionalidad no es automáticamente –ni mucho menos– argumentación de proporcionalidad en sede constitucional. Lo anterior porque el test de proporcionalidad en sede constitucional opera con un grado mucho menor de intrusión que la proporcionalidad en sede regulatoria o de la Competencia. En este último caso, además, el examen normalmente se enfoca en *necesidad*<sup>108</sup>. Por lo mismo, la ausencia de violación al test de proporcionalidad en sede constitucional no clausura el debate de proporcionalidad de los remedios en materia regulatoria y de Competencia.

#### c. Etapa 1: Legitimidad del Fin

101. Como vimos anteriormente, el control de la legitimidad del fin es considerada por muchos como una primera etapa autónoma<sup>109</sup>, mientras otros la incluyen dentro del control de *idoneidad o adecuación*<sup>110</sup>. Lo importante, como explica Bernal, es que el test

<sup>106</sup> FNE, *Guía de Remedios*, junio 2017, disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf> (última visita, 29 noviembre 2021) 3 (énfasis agregado).

<sup>107</sup> Tomamos la cita de Lianos, *supra* nota 105, 200, y la generalizamos más allá de la Competencia: “As is shown by the operation of the proportionality test in Europe, logical coherence between the remedy and the wrong is required in EU competition law”.

<sup>108</sup> Por ejemplo, así fue el caso en TDLC, *Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-14, Resolución 51, 17 enero 2018, C. 142: “[S]iendo la medida de desinversión la única eficaz para corregir los riesgos presentados por la propiedad conjunta de Gasmar, su aplicación no presenta problemas de proporcionalidad por la inexistencia de medidas alternativas igualmente eficaces per menos lesivas...” (énfasis agregado).

<sup>109</sup> Ver Schlink, *supra* nota 90; Moller, *supra* nota 85, 711-712; y Aharon Barak, “Proportionality” en Michel Rosenfeld y András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 738, 743 (2012).

<sup>110</sup> Ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (CEC, 2<sup>a</sup> ed 2005) 689 (“[E]l principio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención”).

de proporcionalidad debe comenzar estableciendo “de antemano cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo”<sup>111</sup>.

102. Como punto de partida, la protección de otros derechos, constitucionales o infra-constitucionales, constituye indudablemente un fin legítimo<sup>112</sup>. Ahora bien, la legitimidad de los fines no se restringe solo a ese universo. Por ejemplo, en Alemania se califica como interés legítimo a todo aquel *que no sea contrario a la Constitución*<sup>113</sup>. Bernal explica persuasivamente por qué no deben restringirse los fines legítimos solo al catálogo de derechos fundamentales:

[E]l convencimiento de que la libertad únicamente puede ser restringida por causa de la propia libertad... desemboca en una interpretación exacerbadamente individualista del sistema de derechos fundamentales, que hace casi imposible que el Parlamento pueda trazar objetivos útiles para la comunidad en general. Junto a los derechos fundamentales, también los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados por otros principios constitucionales constituyen fines que legítimamente pueden fundamentar la intervención del Legislador en las posiciones iusfundamentales *prima facie*... Un fin solo puede ser catalogado como un fin ilegítimo, cuando está prohibido definitivamente por la Constitución<sup>114</sup>.

103. Hemos analizado detalladamente la legitimidad constitucional de los fines perseguidos por la FNE en el capítulo III de este Informe –neutralizar poder del mercado en el sector energético–, por lo que resulta innecesario volver a hacerlo aquí. Neutralización de poder de mercado, bienestar social, derechos económicos de los actores del mercado distintos del oligopolista, incluyendo los intereses de los consumidores de un *commodity* esencial como el GLP, brechas relevantes de justicia distributiva, entre otros, son expresiones de objetivos constitucionalmente legítimos para intervenir con decisión en un mercado con fallas.

104. Es fácil errar en la aplicación del test de proporcionalidad si no se dimensiona en su correcta magnitud el fin perseguido por la autoridad. No es causalidad que el test de proporcionalidad exija, metodológicamente, comenzar el análisis con la revisión de los fines.

---

<sup>111</sup> *Id.*, 691.

<sup>112</sup> Ver Barak, *supra* nota 109, 743 (“It is generally acknowledged that a limitation on a constitutional right is constitutional if it is intended to protect other rights (constitutional or sub-constitutional)”).

<sup>113</sup> Ver Grimm, *supra* nota 82, 388 (“[T]he German Constitutional Court requires a ‘legitimate purpose.’ By legitimate the Court understands a purpose not prohibited by the Constitution. No additional element, such as a ‘sufficient importance’ or ‘pressing need,’ is required”).

<sup>114</sup> Bernal, *supra* nota 110, 694, 700. *Id.*, 692 (“El fin que fundamenta la intervención en el derecho fundamental debe ser considerado como un fin legítimo, cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución”).

#### d. Etapa 2: Idoneidad, Adecuación o “Conexión Racional”

105. Superada la etapa 1, el test de proporcionalidad exige controlar que el medio escogido para perseguir el fin legítimo sea un verdadero medio, esto es, que tenga la capacidad objetiva de satisfacer el fin propuesto. Se trata de un control de conexión de racionalidad, donde solo cabe objetar medios que “no contribuye[n] de ningún modo a la obtención de su fin inmediato”<sup>115</sup>. Es decir, solo cabe excluir la falta de idoneidad de una norma legal cuando ésta es “... evidente. En caso contrario, debe considerarse que ésta es idónea”<sup>116</sup>. Este subprincipio no es exigente y por lo mismo rara vez se incumple; como explica Alexy, “la relevancia práctica del subprincipio de idoneidad es más bien baja”<sup>117</sup>.

106. En el caso concreto, la pregunta de idoneidad o adecuación debe plantearse en términos de si el *remedio estructural de desintegración* propuesto por la FNE es o no un verdadero medio para eliminar o reducir el poder de mercado. Esta pregunta no se responde de manera abstracta. Se responde necesariamente desde la regulación económica y la libre competencia.

107. La regulación económica y la libre competencia clasifican tradicionalmente las intervenciones (ex ante) o remedios (ex post) en dos categorías: estructurales y conductuales. Los estructurales buscan modificar la estructura del mercado, mientras que los conductuales, alterar el comportamiento de los agentes económico. Como hemos señalado en trabajos anteriores, “mientras los remedios estructurales implican una redistribución de bienes, los remedios de conducta implican una limitación y restricción al actuar de las empresas”<sup>118</sup>.

108. Ambas intervenciones o remedios son ampliamente utilizados tanto en la regulación económica como en el Derecho de la Competencia, incluyendo en este último caso tanto los remedios-sanciones aplicados en caso de conductas ilegales como las medidas-condiciones impuestas en operaciones de concentración. En consecuencia, no es objeto de discusión alguna que las intervenciones estructurales son parte de los medios que utilizan reguladores económicos y autoridades de la Competencia para neutralizar el poder de mercado. Como explica White:

---

<sup>115</sup> *Id.*, 720 (énfasis agregado). Ver también, Schlink, *supra* nota 90, 723 (“The measure or action can be a proportional means only if it is truly a means, that is, if it is truly helpful and contributes to achieving the end. The contribution may be big or small, obvious and agreed upon, or in doubt and open to debate. But if the measure or action fails altogether to contribute to achieving the end, then it is not truly a means to the end. Then the measure immediately fails the test of proportionality”).

<sup>116</sup> Bernal, *supra* nota 110, 733.

<sup>117</sup> Alexy, *supra* nota 80 (“Los derechos fundamentales...”), 14.

<sup>118</sup> Santiago Montt Oyarzún, “Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho chileno”, 3 *Anuario de Derecho Público UDP* 453, 457 (2012).

Hay al menos siete formas en que la política gubernamental puede limitar la capacidad de una empresa para ejercer unilateralmente el poder de mercado: ... 5. Desmembrar la empresa, para crear múltiples entidades competitivas donde antes había un solo vendedor, de modo que el comportamiento competitivo de las empresas así creadas consiga reducir o eliminar el poder de mercado de la empresa original. Esto a menudo se describe como un enfoque “estructural” para abordar el poder de mercado<sup>119</sup>.

109. Shelanski y Sidak explican las medidas-remedios estructurales desde una perspectiva de Derecho de la Competencia:

[L]as soluciones estructurales afectan directamente la estructura del mercado al redistribuir los activos competitivos en el mercado relevante. La redistribución se puede lograr dividiendo a la empresa demandada en dos o más partes y reorganizando los activos de la empresa (que pueden incluir empleados) entre los dos o más competidores recién creados. Alternativamente, estos activos se pueden redistribuir exigiendo al demandado que venda o que ponga a disposición de sus competidores algún insumo, derecho o facilidad que permita a los rivales competir en el mercado. La concesión de licencias obligatorias de propiedad intelectual y el acceso obligatorio a instalaciones esenciales son ejemplos generales<sup>120</sup>.

110. Se trata de un remedio conocido y muy utilizado históricamente en infracciones que incluyen aspectos relevantes de naturaleza vertical<sup>121</sup>. En el Derecho chileno el caso paradigmático de remedio estructural está dado, en su génesis, por la Resolución 488 de 11 de junio de 1997 de la Comisión Resolutiva, que en su resolutivo 4.2 ordenó –en ausencia de ilegalidad o de abuso de posición dominante– lo siguiente:

<sup>119</sup> White, *supra* nota 7, 314 (“There are at least seven ways that government policy can limit the ability of an enterprise unilaterally to exercise market power:... 5. Dismember the firm, so as to create multiple competitive entities where there was a single seller before, so that the competitive behavior of the created firms reduces or eliminates the original firm’s market power. This is often describe as a “structural” approach to addressing market power”). Las alternativas 6 y 7 que lista White son, respectivamente, regulación de precios y creación de empresas públicas.

<sup>120</sup> Howard A. Shelanski y J. Gregory Sidak, “Antitrust Divestiture in Network Industries”, 68 *University of Chicago Law Review* 1, 15-16 (2001) (“[S]tructural remedies affect market structure directly by redistributing competitive assets in the relevant market. The redistribution can be accomplished by breaking the defendant company into two or more pieces and reorganizing the company’s assets (which can include employees) among the two or more newly created competitors. Alternatively, these assets can be redistributed by requiring the defendant to sell or otherwise to make available to its competitors some input, right, or facility that will allow rivals to compete in the market. Compulsory licensing of intellectual property and mandatory access to essential facilities are general examples”).

<sup>121</sup> White, *supra* nota 7, 337-339, da una explicación detallada: “If a firm is found to be exercising market power—because it is found to have a positive Lerner Index (and thus is charging P > MC) and/or it has engaged in predatory/exclusionary acts—then one way to limit that exercise of market power is to dismember the firm: to break the firm into two or more horizontal (and viable) competitors or two or more vertically related entities (if vertical exclusionary acts are seen as the problem)”, quien además cita los siguientes casos clásicos en el Derecho de la Competencia norteamericana que terminaron con una medida de desinversión: *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911), *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911), *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945), *U.S. v. Crescent Amusement Co.*, 323 U.S. 173 (1944), *U.S. v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948); *U.S. v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131 (1948), *U.S. v. United Shoe Machinery Corp.*, 347 U.S. 521 (1954), *U.S. v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), y *U.S. v. American Tel. and Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1983). Ver también, Breyer, *supra* nota 4, 157 (“The law against monopolization allows the courts to restore competition where there is an existing monopoly—say, by breaking apart a firm with monopoly power into several smaller competing firms, thereby restoring competition”).

Las asimetrías de información entre los distintos actores del mercado frente al transmisor en alta tensión, hacen necesario que la empresa Transelec S.A. se transforme, en la forma que definen sus accionistas y en un lapso prudente, en dueña de los activos de transmisión que hoy administra y en sociedad anónima abierta de giro exclusivo, así como lo deberán ser las demás empresas que entren a esta actividad en el futuro, estén o no relacionadas con empresas en otros segmentos del mercado eléctrico.

111. Los pasos iniciales dados por la citada Resolución fueron luego expandidos por la Ley 19.940 de 2004 (Ley Corta I), que agregó un nuevo inciso al artículo 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos del siguiente tenor:

Estas sociedades [operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión troncal] no podrán dedicarse, por sí, ni a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma, el giro de generación o distribución de electricidad.

112. En general, la legislación tanto eléctrica como de telecomunicaciones –ambas regulaciones económicas– se caracterizan por establecer distintos tipos de intervenciones estructurales, incluyendo desintegración y acceso obligatorio a redes, entre otras. Por ejemplo, recientemente, los artículos 8 ter y 12 transitorio introducidos al DFL 4/20.0218 de 2008 por la Ley 21.194 (21 de diciembre de 2019) y la Resolución Exenta CNE N° 322 de 2020 prohíben a las empresas de servicio público de distribución eléctrica vender a clientes libres (no prohíben, eso sí, operaciones entre partes relacionadas, ni tener participación accionaria en otras empresas eléctricas). El Proyecto de Ley de Portabilidad Eléctrica que se discute en el Congreso también busca establecer una serie de remedios estructurales con un impacto relevante para las actuales empresas de servicio público de distribución eléctrica<sup>122</sup>.

113. La manifiesta conexión racional entre desinversión y poder de mercado ya ha sido expresamente declarada por el TDLC en el propio mercado del gas. Si bien con énfasis en riesgos horizontales, el Tribunal señaló en el caso *Consulta Conadecus en relación con el mercado del gas* que:

*En un extremo, cuando los riesgos horizontales en un mercado son altamente relevantes para la libre competencia, corresponde adoptar medidas estructurales tales como la desinversión, buscando que un comprador independiente y adecuado adquiera todo o parte de los activos compartidos y, con ello, se transforme en un competidor real de las empresas anteriormente relacionadas<sup>123</sup>.*

---

<sup>122</sup> Ver Proyecto de Ley “Establece el derecho a la portabilidad eléctrica”, Boletín N° 13782.08, en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados (ingresado por Mensaje del Presidente de la República el 9 de septiembre de 2020).

<sup>123</sup> TDLC, *Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-14, Resolución 51, 17 enero 2018, C. 115.

114. El subtest de idoneidad solo excluye medios que *evidentemente* carecen de conexión con los fines buscados. Una medida estructural como la propuesta por la FNE manifiestamente cumple con esta etapa del test de proporcionalidad.

**e. Etapa 3: Necesidad**

115. Establecida la “conexión racional” entre los medios y los fines, el subprincipio “necesidad” del test de proporcionalidad exige revisar la potencial existencia de medios igualmente efectivos –medios alternativos– pero menos gravosos al derecho fundamental impactado. Se trata de un examen eminentemente hipotético y empírico<sup>124</sup> y se le asocia al criterio de “Óptimo de Pareto”, esto es, a la posibilidad de mejorar la posición del derecho fundamental impactado, sin sacrificar efectividad y eficacia en la persecución del fin público<sup>125</sup>.

116. Bernal da una explicación canónica del subprincipio de necesidad:

[U]na medida adoptada por el Legislador es innecesaria, si alguno de los medios alternativos que reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado<sup>126</sup>.

117. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional:

El segundo aspecto del principio de proporcionalidad [necesidad] exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o a la libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad)<sup>127</sup>.

118. El subprincipio de necesidad exige por ello plantear medios alternativos que demuestren “idoneidad para alcanzar el fin inmediato”<sup>128</sup>. Esto es, el medio alternativo debe ser igual o más eficaz que el medio objetado<sup>129</sup>. Debe tener “el mismo grado de idoneidad”<sup>130</sup> o “idoneidad equivalente”<sup>131</sup>. O, en la formulación de nuestra Corte Suprema, “el subprincipio de necesidad exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho y no sea posible de ser sustituida por otra medida

<sup>124</sup> Ver Bernal, *supra* nota 110, 741.

<sup>125</sup> Ver Schlink, *supra* nota 90, 724.

<sup>126</sup> Bernal, *supra* nota 110, 744.

<sup>127</sup> STC, Rol 2922-2015, C. 22.

<sup>128</sup> *Id.*, 739.

<sup>129</sup> Como sostiene Schlink, *supra* nota 90, 724, “[t]he alternative means actually has to work”.

<sup>130</sup> Bernal, *supra* nota 110, 738.

<sup>131</sup> *Id.*, 740.

*igualmente eficaz pero menos gravosa*<sup>132</sup>. Por lo mismo, no puede objetarse un medio conforme al subprincipio de necesidad si el medio alternativo solo atiende el fin público de manera parcial<sup>133</sup>.

119. Siguiendo a Bernal, la equivalencia de idoneidad es multidimensional y comprende las perspectivas de eficacia, temporalidad (velocidad del impacto), realización del fin (en distintos ámbitos) y probabilidad (mayor probabilidad de los impactos). Esta multidimensionalidad es de orden *copulativo* –aplican todas las dimensiones a la vez– lo que importa una reducción relevante del universo de potenciales medios alternativos, y, consiguientemente, un tácito “respeto a la competencia legislativa de configuración”<sup>134</sup>:

[E]sta reducción de los medios alternativos que posiblemente revistan una idoneidad equivalente, redundante en el ensanchamiento del ámbito de apreciación empírica y del ámbito de apreciación estructural del Parlamento<sup>135</sup>.

120. Este último punto debe ser destacado. El subtest de necesidad es y debe ser altamente deferente del ámbito de apreciación empírica y valorativa de los órganos políticos de gobierno. Sólo procede “cuando aparezca de modo *evidente*, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas *seguras*, que existe un medio alternativo”<sup>136</sup>. De lo contrario, se produce una transgresión de funciones de carácter contramayoritario:

La aplicación de un control sustancial intensivo del subprincipio de necesidad llevaría al Tribunal Constitucional a sustituir la medida legislativa por alguno de los medios alternativos, cuando estos fuesen igualmente idóneos y más benignos, sin importar que esta idoneidad equivalente y su carácter más favorable con el derecho fundamental se demostraren con premisas empíricas, analíticas y normativas inseguras o inexistentes al momento de expedición de la ley... De este modo, el Alto Tribunal se vería desvinculado de cualquier tipo de sujeción a las apreciaciones empíricas y a las valoraciones efectuadas por el Legislador, en ejercicio de las competencias legítimas que la Constitución le ha concedido... *Por esta razón, ha de descartarse la posibilidad de que el subprincipio de necesidad sea aplicado mediante un control sustancial intensivo en el control abstracto de las leyes, mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. El análisis de los medios alternativos debe respetar el valor democrático de las apreciaciones empíricas y normativas del Legislador*<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> Corte Suprema, “Gallardo Raposo y otra contra Juzgado de Garantía de Valparaíso”, Rol 5043-2009, C. 10 (énfasis agregado).

<sup>133</sup> Ver Barak, *supra* nota 109, 744 (“If, however, the alternative would intrude less on the constitutional right but would be able to attain the law's proper purpose only in part, the law would be necessary”).

<sup>134</sup> Bernal, *supra* nota 110, 741.

<sup>135</sup> *Id.*

<sup>136</sup> *Id.*, 759 (énfasis agregado).

<sup>137</sup> *Id.*, 755 (énfasis agregado).

121. En nuestro país, consistentemente con las apresiones anteriores, el Tribunal Constitucional ha sido especialmente cuidadoso y prudente al momento de aplicar el subtest de necesidad:

En cuanto a si es una medida estrictamente necesaria, existiendo otras alternativas de intervención menos restrictivas sobre los derechos fundamentales de CODELCO, parece pertinente a esta Magistratura no realizar un examen hipotético acerca de cuestiones de mérito.... Puede haber otras medidas, pero en tal juzgamiento esta Magistratura prefiere ser prudente en su estimación, dando por cumplida esta dimensión del test de proporcionalidad<sup>138</sup>.

122. En el caso concreto, el Informe Lipigas argumenta una infracción al subprincipio de la necesidad pues “bastaría prohibir las cláusulas de exclusividad en los contratos entre distribuidores mayoristas y minoristas”, no siendo necesaria la desintegración de los segmentos mayorista y minorista. La premisa implícita de esta afirmación es que la “integración vertical” –participación de los mayoristas en el mercado minorista– que se seguiría a la aplicación de un remedio único de liberalización, no constituiría un problema que amerite ser remediado.

123. Sin embargo, en la opinión experta de la FNE, la sola liberalización no atiende los fines perseguidos por la autoridad: neutralización del poder de mercado en el sector energético. La integración vertical que seguiría a la liberalización continuaría siendo un obstáculo a la competencia en el mercado del GLP pues existe un alto riesgo que los mayoristas puedan establecer y mantener precios supracompetitivos de manera persistente. Así lo explica el Informe FNE en el para. 333, tomando en consideración las dificultades competitivas de mercados con problemas de coordinación aguas arriba e integración vertical aguas abajo<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> STC, Rol 2365-2012, C. 35. Ver también, STC, Rol 2437-2013, C. 34.

<sup>139</sup> Ver Informe FNE, para. 333: “Un segundo canal por el cual se incrementaría la estabilidad de un equilibrio de esta naturaleza guarda relación con la reducción del mercado potencial al que podría acceder un mayorista al desviarse. Nocke y White muestran que la integración horizontal tiende a mejorar la sostenibilidad de un acuerdo de colusión aguas arriba. Esto ocurre por un fenómeno que los autores denominan efecto outlets: cuando empresas aguas arriba (un mayorista, en nuestro contexto) se integran verticalmente, los incentivos que tienen sus rivales no integrados a desviarse se reducen. Esto pues el mercado potencial, que son los minoristas independientes, se ve disminuido en proporción a aquellos que se integran verticalmente. Nocke y White notan que el efecto outlets viene aparejado de otro efecto, que denominan efecto punishment, y que va en la dirección opuesta. Este emerge pues la empresa integrada tiende a tener mayores utilidades en la etapa de castigo (a raíz de un desvío) que en un contrafactual donde no estuviese integrada, cuando las empresas aguas abajo compiten imperfectamente. Por lo tanto, el desvío le resulta menos costos a la estructura integrada, aumentando la tentación que tiene a desviarse. No obstante, los autores muestran que el primer efecto tiende a dominar al segundo, implicando que la integración vertical facilita la sostenibilidad de un equilibrio de cooperación aguas arriba. Notamos que el elemento clave en la integración estudiada por este trabajo es el hecho que las empresas aguas arriba no puedan acceder con facilidad a los minoristas integrados verticalmente, que es precisamente lo que ocurre cuando existen contratos de exclusividad, como aquellos que ubican en el segmento de distribución de GLP”. Cita a Volcker Nocke y Lucy White, “Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?”, 97(4) *American Economic Review* 1321 (2007). Más recientemente, ver también Patrick Rey, “Vertical Restraints and Collusion: Issues and Challenges”, 83(1) *Antitrust Law Journal* 1 (2020), Margaret C. Levenstein y Valerie Y.

124. De conformidad a lo anterior, el remedio alternativo propuesto por el Informe Lipigas –más bien, la ausencia de remedio alternativo, pues se limita a aceptar únicamente la liberalización del mercado minorista– no tiene “idoneidad equivalente”. Los fines buscados por la Autoridad –neutralización de poder de mercado del sector energético– no se satisfacen en los mismos términos con la sola liberalización que con liberalización más desintegración, por la sencilla razón que el riesgo identificado por la FNE –coordinación aguas arriba facilitada por la integración vertical aguas abajo– queda sin atender.

125. Cabe notar que en el Derecho de la Competencia, el TDLC ha enfatizado también la importancia de la “idoneidad equivalente”. Incluso en sede de Competencia –con todas las diferencias en el grado de intrusión con que opera la proporcionalidad según vimos más arriba–, la elección de la alternativa menos lesiva opera tomando en consideración el nivel de eficacia que persigue la autoridad:

Por cierto, al imponer medidas es preciso determinar la procedencia de las mismas conforme a parámetros de eficacia y proporcionalidad. En relación a la primera, una medida será eficaz cuando sea apta para satisfacer *el interés público protegido de modo idóneo, acertado, oportuno y suficiente*. Por tanto, ante la posibilidad de escoger distintos instrumentos de protección de la libre competencia, el Tribunal debe seleccionar únicamente aquellos eficaces de acuerdo a las circunstancias del caso. *El análisis de proporcionalidad, por su parte, surge en general ante la existencia de dos o más medidas igualmente eficaces, en cuyo caso se deberá optar por la alternativa menos lesiva. En consecuencia, el análisis de proporcionalidad de una medida discrecional sólo se produce respecto de aquellas que resulten eficaces*<sup>40</sup>.

126. Así entiende también el subtest de necesidad la FNE en su *Guía de Remedios*:

Finalmente, las medidas de mitigación, además de eliminar la aptitud de la operación para reducir sustancialmente la competencia, deben ser proporcionales al problema de competencia detectado. *De esta forma, frente a propuestas alternativas de medidas de mitigación que la FNE juzgue como igualmente efectivas para eliminar los efectos anticompetitivos de la operación, se preferirá aquella que resulte menos gravosa*<sup>41</sup>.

127. El argumento de necesidad del Informe Lipigas pasa, implícitamente, por desconocer la evaluación de riesgos y daños a la Competencia realizado por la FNE, y conforme a eso, objetar la necesidad de la medida. Lo primero excede, en principio, del control de proporcionalidad en sede constitucional. El juicio empírico-técnico acerca de los riesgos a la competencia de una determinada acción o práctica es un juicio experto de la FNE, revisable por los órganos políticos de gobierno o por el TDLC según corresponda,

---

<sup>40</sup> Suslow, “How Do Cartels Use Vertical Restraints? Horizontal and Vertical Working in Tandem”, 83(1) *Antitrust Law Journal* 15 (2020).

<sup>41</sup> TDLC, *Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-14, Resolución 51, 17 enero 2018, C. 150 (énfasis agregado).

<sup>42</sup> FNE, *supra* nota 106, 6 (énfasis agregado).

pero no por un Tribunal en revisión constitucional. Dada entonces la evaluación de riesgos y daños de la FNE, la objeción de la medida estructural de desintegración por necesidad falla por “falta de idoneidad equivalente”. De hecho, Lipigas ni siquiera propone un remedio alternativo, lo que manifiestamente adolece de “falta de idoneidad equivalente”. La objeción de Lipigas bajo el subprincipio de necesidad no puede prosperar.

128. Aunque el análisis de necesidad debiera detenerse aquí, resulta posible y necesario adelantar algunas ideas respecto a potenciales remedios y su impacto al derecho a desarrollar actividades económicas de Lipigas.

129. Vale la pena comenzar destacando que la FNE analizó diversos remedios alternativos –introducir cilindros genéricos y establecer regulación de precios<sup>142</sup> (en la prensa y a nivel político se discute también la autorización para que órganos públicos entren al mercado del GLP)– y optó por la desintegración por ser el más efectivo y el menos lesivo:

Probablemente deban preferirse aquellas opciones regulatorias que sean más sencillas, que produzcan un efecto más rápido y que impliquen el menor costo regulatorio posible...

Una opción, existente en países como Polonia o China, sería migrar hacia un sistema de cilindros únicos o genéricos administrados por una sola empresa que estaría regulada, mientras que la distribución minorista aguas abajo hacia clientes finales se mantendría desregulada... Otra opción, dada la importancia del GLP para la población y los problemas estructurales detectados en este informe, es transitar hacia un mercado en que los precios sean regulados, por ejemplo, vía modelos de empresa eficiente. Creemos que la implementación de cualquiera de estas alternativas, si bien viables, sería costosa, difícil y de larga duración.

Una alternativa más rápida, que debería producir efectos similares a los de la primera opción regulatoria antes señalada, pero que requiere menos intervención y modificación a la estructura del mercado, y que por tanto es la preferida por la FNE, al menos en esta etapa, consiste en desintegrar la distribución minorista de la distribución mayorista de GLP que existe en Chile. En los hechos, esto significa prohibir por cualquier vía, ya sea directa o indirecta, la participación de los distribuidores mayoristas en el mercado de distribución minorista de GLP<sup>143</sup>.

130. La FNE tomó especialmente en cuenta tres ventajas en favor del remedio estructural de desintegración, esto es, tres objetivos que se consiguen de manera más eficaz: (1) mayor competencia aguas abajo en el mercado minorista; (2) mayor contestabilidad del

---

<sup>142</sup> Informe FNE, para. 501.

<sup>143</sup> Informe FNE, 25-26.

mercado mayorista aguas arriba; y (3) rapidez y sencillez en la implementación del remedio<sup>144</sup>.

131. Ahora bien, quien busque atacar el remedio propuesto por la FNE bajo el subprincipio de la necesidad debe necesariamente plantear un remedio conductual alternativo igualmente eficaz respecto al riesgo identificado por la FNE, pero menos lesivo que el remedio estructural de desintegración. Una mirada al Derecho de la Competencia es útil para *iluminar* la complejidad técnica de esta comparación y, más importante aún, para concluir que no es posible establecer *aseveraciones* en materia de lesividad con el grado de *obviedad y seguridad* exigida en sede constitucional.

132. Primero, se discute si los remedios conductuales son más o menos lesivos que los remedios estructurales. De acuerdo a Hellström et al, comparar lesividad no es trivial, y en cualquier caso, los remedios estructurales son en principio más lesivos a la propiedad y, por su parte, los conductuales a la libertad económica –observación que ciertamente no favorece a Lipigas, que no ha alegado infracción al artículo 19 N° 24 de la CPR–:

Si ambos tipos de remedios se consideran “igualmente eficaces”, debe elegirse el remedio menos “lesivo” para la empresa. Sin embargo, *prima facie* no es obvio qué categorías de remedios son más o menos onerosas en términos de derechos fundamentales: mientras que los remedios estructurales pueden afectar a los derechos de propiedad si, por ejemplo, se requiere la venta de activos, los remedios conductuales impactan la libertad de realizar negocios, incluida la libertad de contratar. Como resultado, incluso en aquellos raros casos en los que los remedios conductuales y estructurales son igualmente efectivos, los remedios estructurales no pueden automáticamente considerarse más onerosos<sup>145</sup>.

133. Segundo, el Derecho de la Competencia –el área del Derecho que más ha estudiado el tema de las medidas y remedios– tiene una posición ambigua respecto a qué remedios deben ser preferidos. En el caso de *infracciones* a la Competencia, hay una clara opción por remedios conductuales<sup>146</sup>. Aún así, los remedios estructurales son frecuentemente

<sup>144</sup> Ver *Id.*, 26.

<sup>145</sup> Per Hellström et al, “Remedies in European Law”, 76(1) *Antitrust Law Journal* 43, 47 (2009) (“If both types of remedies are considered “equally effective”, the least “burdensome” remedy for the undertaking has to be chosen. It is, however, *prima facie* not obvious that *categories* of remedies are more or less burdensome in terms of fundamental rights: while structural remedies may have a bearing on property rights if, for instance, a sale of assets is required, behavioral remedies bear upon the freedom to conduct a business, including the freedom to contract. As a result, even in those rare cases where behavioral and structural remedies are equally effective, structural remedies cannot automatically be considered more burdensome”).

<sup>146</sup> Como explican Jonathan Faull & Ali Nickpay (eds), *The EU Competition Law* (OUP, 2a ed 2007) 412, para. 4.433, “[s]tructural remedies are considered as a last resort solution; they can only be imposed when there is no equivalent behavioural remedy or when the equivalent behavioural remedy would be a more burdensome one”. En Europa, el considerando 12 del Reglamento N° 1/2003 afirma que: “El presente Reglamento debe conferir explícitamente a la Comisión competencia para imponer cualquier remedio, sea de comportamiento o estructural, que sea necesario para poner efectivamente fin a la infracción y teniendo presente el principio de proporcionalidad. Los remedios estructurales sólo deben poderse imponer en ausencia de otro remedio de comportamiento igualmente eficaz, o cuando cualquier remedio de comportamiento resultaría más gravoso para la empresa que un remedio estructural. Imponer cambios en la estructura de la empresa tal y como era antes de cometer la infracción sólo responde al principio de proporcionalidad si de la propia estructura de la empresa se deriva un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada” Unión Europea, Reglamento (CE) N° 1/2003

utilizados en casos de abuso de posición dominante/monopolización<sup>147</sup> (recientemente se ha sugerido también, a nivel académico, aplicarlos en casos de carteles<sup>148</sup>). Lo anterior se debe a que tratándose de las reglas *default ex post* de la Competencia, la causalidad infracción-remedio impone límites al poder remedial de la autoridad<sup>149</sup>.

134. En efecto, en caso de infracciones, de los cuatro distintos objetivos de los remedios identificados por Melamed –(1) compensar a las víctimas; (2) castigar y prevenir conducta ilegal futura (prevención general); (3) terminar y prevenir que la conducta ilegal del demandado se torne recurrente (prevención especial); (4) restablecer las condiciones competitivas del mercado impactado por la conducta ilícita (remedios restaurativos)<sup>150</sup>–, el cuarto objetivo “restaurativo” resulta controvertido por excesivo. Lo anterior por cuanto, el Derecho de la Competencia –en cuanto reglas *default ex post* que aplican en la hipótesis de mercados competitivos viables– “no persigue establecer condiciones ideales de competencia, sino solamente restablecer las condiciones de mercado que habrían existido de no ser por la conducta ilegal”<sup>151</sup>.

135. La situación es la opuesta en el caso de revisión de operaciones de concentración, sistema de naturaleza “regulatorio” o no-infraccional. En esta dimensión regulatoria del Derecho de la Competencia existe una clara preferencia por los remedios estructurales. Siguiendo la lógica expresada por Breyer y Posner en las citas de más arriba<sup>152</sup>, Page explica por qué éste es el caso:

El remedio estructural es preferible en casos de fusiones horizontales. El fundamento de esta preferencia refleja el fundamento para prohibir las fusiones anticompetitivas en primer lugar. La ley reconoce que determinadas prácticas no son competitivas, pero no las prohíbe directamente debido a las limitaciones institucionales de los tribunales. Por ejemplo, la ley antimonopolio estadounidense no condena la fijación de precios de monopolio unilateral o la fijación de precios de oligopolio

---

del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*, considerando 12 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001&from=BG>, última visita 12 diciembre 2021). Ver también, Lianos, *supra* nota 105, 194 (“Structural remedies are generally not favored, unless there is no equally effective behavioral remedy or where any equally effective remedy would be more burdensome for the undertaking concerned, as otherwise the remedy might be disproportional”).

<sup>147</sup> Ver *supra* nota 121.

<sup>148</sup> Ver Joseph E. Harrington, Jr., “A Proposal for a Structural Remedy for Illegal Collusion”, 82(1) *Antitrust Law Journal* 335 (2018).

<sup>149</sup> Ver Hellström et al, *supra* nota 145, 48 (“[R]emedies... should – at least ideally – result not only in putting an end to the infringement in a narrow sense, but also in the restoration of competition to how it would have developed but for the anticompetitive conduct”) (énfasis agregado).

<sup>150</sup> Ver A. Douglas Melamed, “Afterword: The Purposes of Antitrust Remedies”, 76(1) *Antitrust Law Journal* 359, 359-364 (2009).

<sup>151</sup> William Page, “Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis”, in Roger D. Blair y D. Daniel Sokol, 1 *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics* (OUP 2014) 254, 267-268 (“Antitrust remedies, as we have seen, do not seek to establish ideal competitive conditions, but to restore market conditions that would have existed but for the unlawful conduct”).

<sup>152</sup> Ver *supra* notas 58 y 61.

interdependiente. No obstante, la ley prohíbe las fusiones que hagan más probables estas formas de precios no competitivos. Debido a que el enfoque de la ley es estructural –se prohíbe la conducta que crea estructuras de mercado que probablemente sean menos competitivas– el remedio suele ser estructural<sup>153</sup>.

136. A nivel comparado, la Guía de Fusiones elaborada por la *International Competition Network* (ICN), texto discutido por múltiples autoridades de la competencia del mundo, afirma sin dejar dudas que “[l]as autoridades de la competencia generalmente prefieren las medidas estructurales en forma de desinversión para remediar los efectos anticompetitivos de las fusiones, en particular las fusiones horizontales”<sup>154</sup>. Misma posición puede encontrarse en la Guía de Remedios de la FNE<sup>155</sup>. Esta preferencia se debe a las siguientes razones:

- Los remedios estructurales abordan directamente la causa del daño competitivo que surge de la eliminación de un competidor como resultado de la fusión y tienen un impacto duradero al crear un actor competitivo nuevo o mejorado;
- Tienden a ser autocontrolados y, por lo tanto, incurren en bajos costos de monitoreo continuo y distorsionan menos el mercado;
- Pueden ser simples, seguros, relativamente fáciles de administrar, de fácil cumplimiento y pueden lograrse en un corto período de tiempo<sup>156</sup>.

137. Tercero, nuestro TDLC se ha pronunciado en términos generales –no sólo en operaciones de concentración– en favor de las medidas estructurales, dando como razón su mayor efectividad y simpleza:

... en materia de libre competencia, y tal como se adelantó en el párrafo 115 las medidas estructurales son preferibles a las conductuales, atendido que previenen, de

<sup>153</sup> Page, *supra* nota 151, 267 (“Structural relief is preferable in horizontal merger cases. The rationale for this preference mirrors the rationale for prohibiting anticompetitive mergers in the first place. The law recognizes that certain practices are noncompetitive, but does not prohibit [268] them directly because of courts’ institutional limitations. For example, American antitrust law does not condemn unilateral monopoly pricing or interdependent oligopoly pricing. Nevertheless, the law prohibits mergers that make these forms of noncompetitive pricing more likely. Because the law’s approach is structural—prohibiting conduct that creates market structures that are likely to be less competitive—the remedy is usually structural”).

<sup>154</sup> International Competition Network (ICN), *Merger Remedies Guide* (2016) 9, disponible en [www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_RemediesGuide.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf), última visita 8 diciembre 2021 (“Competition authorities generally prefer structural relief in the form of a divestiture to remedy the anticompetitive effects of mergers, particularly horizontal mergers”).

<sup>155</sup> Ver FNE, *supra* nota 106, 9, para 35 (“Sin perjuicio de que cada operación de concentración será evaluada conforme a sus propios méritos y circunstancias, por lo general, la FNE exigirá que tratándose de operaciones de concentración horizontal las medidas de mitigación propuestas por las partes impliquen la desinversión de activos a un comprador adecuado. Ello no obsta a que se adopten otros remedios como complemento a las medidas de desinversión”). Ver también, p. 10, para. 38 (“Por el contrario, tratándose de los riesgos asociados a operaciones de concentración verticales y de conglomerado, la FNE estará más abierta a considerar medidas de mitigación distintas de la desinversión a un comprador adecuado. Sin embargo, incluso a propósito de este tipo de operaciones la FNE podría preferir la realización de desinversiones cuando aquellas resulten proporcionales”).

<sup>156</sup> ICN, *supra* nota 154, 9 (“Such preference is based on several benefits, including: • Structural remedies directly address the cause of competitive harm arising from the elimination of a competitor as a result of the merger and have durable impact by creating a new or enhanced competitive player; • They tend to be self-policing and thus incur low ongoing monitoring costs and be less market distorting; and • They can be simple, certain, relatively easy to administer, readily enforceable and can be accomplished in a short period of time”).

manera sostenible, los problemas identificados y porque no requieren medidas de supervisión a mediano o largo plazo<sup>157</sup>.

138. Italianier, Director General del Directorado General de la Competencia de la Unión Europea, explica esta mayor efectividad y simpleza en los siguientes términos:

También en el Derecho de la Competencia, los remedios estructurales han aumentado porque son más simples y fáciles de implementar, y nuestra experiencia en el ámbito de las fusiones nos inspiró en este sentido. Una vez que se haya realizado la desinversión obligatoria, el cambio en la estructura del mercado resolverá las preocupaciones del Derecho de la Competencia, si los compromisos de comportamiento no pueden hacer el trabajo. Prácticamente no habrá forma de eludir el remedio o alterar su eficacia. Muchos casos se han ocupado de importantes problemas estructurales que exigen soluciones estructurales<sup>158</sup>.

139. En resumen, no resulta posible en principio proponer y defender una medida alternativa conductual versus un remedio estructural en un análisis de lesividad bajo el subprincipio de necesidad. No en sede constitucional, que exige conclusiones *evidentes* y *seguras*. Lo anterior es obviamente sin perjuicio de la discusión regulatoria y de Competencia que debe y pueda darse ante los órganos políticos competentes o ante el TDLC, donde los tomadores de decisiones no operan sujetos a los criterios de *obviedad* y *seguridad* de la proporcionalidad constitucional.

#### **f. Etapa 4: Proporcionalidad en Sentido Estricto**

140. Cuando los medios han demostrado ser idóneos y necesarios, corresponde entonces aplicar la última etapa del test de proporcionalidad, la denominada “proporcionalidad en sentido estricto”. Es en esta etapa donde se realiza el balanceo o ponderación entre las restricciones al derecho por un lado y los beneficios a otros derechos o al interés público protegido, por el otro<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> TDLC, *Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-14, Resolución 51, 17 enero 2018, C. 146.

<sup>158</sup> Alexander Italianer, Director General del Directorado General de la Competencia de la Unión Europea, “Legal Certainty, proportionality, effectiveness: the Commission’s practice on remedies”, 5 de diciembre de 2012, disponible en [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012\\_07\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_07_en.pdf), última visita 25 de noviembre de 2021 (“In antitrust too, structural remedies have increased because they are simpler and easier to implement, and our merger experience inspired us in this sense. // Once the mandated divestiture has taken place, the change in the market structure will solve the antitrust concerns if behavioural commitments cannot do the job. There will be virtually no way to circumvent the remedy or alter its effectiveness. // Many cases have dealt with major structural problems calling for structural solutions. Typical examples are the ENI and RWE cases. We had concerns that the vertically integrated gas incumbents had foreclosed the downstream supply markets by refusing indispensable access to transmission capacity. The abusive conduct stemmed from the very structure of the undertakings: the concern was that they were favouring the interests of their group and leveraging their control of the network to maintain their dominance downstream”).

<sup>159</sup> Ver Barak, *supra* nota 109, 744 (“The fourth element of proportionality requires a proper relationship between the social benefit of realizing the proper purpose and the social benefit of avoiding the limitation of the constitutional right... At that stage, we examine the relationship between the law’s purpose and the constitutional rights that are affected, and that examination entails balancing”).

141. El balanceo o ponderación se pregunta, en el fondo, si “el medio menos intrusivo puede todavía ser excesivamente intrusivo”<sup>160</sup>. En palabras de Bernal, “las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”<sup>161</sup>. Alexy formula su “ley de la ponderación” en los siguientes términos: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>162</sup>.

142. Según nuestro Tribunal Constitucional:

[E]ste subprincipio exige al legislador ponderar el grado del daño o lesión que la medida legislativa causa a los derechos e intereses de las personas y el beneficio que la medida significa al bienestar de la mayoría de las personas. Lo cual se verificará mediante la ponderación entre el eventual derecho afectado y el fin constitucional perseguido, es decir, en el caso concreto, de verificarse la afectación a la igualdad [el derecho afectado en el caso concreto], que ella encuentre su fundamento en la optimización del fin declarado constitucionalmente legítimo<sup>163</sup>.

143. Conforme al principio de deferencia que anima toda la aplicación de la proporcionalidad en sede constitucional, “para que la desproporción del sacrificio adquiera relevancia jurídica, ésta ha de ser absolutamente manifiesta, inequívoca y patente”<sup>164</sup>.

144. Otro punto relevante es que, como explica Barak, la comparación no es entre absolutos o generales, sino de naturaleza “marginalista”:

En mi opinión, [las reglas legales para el balanceo] deberían basarse en un balanceo de la importancia social del beneficio obtenido al realizar el fin perseguido (proteger los derechos o promover el interés público) por un lado y, por otro, la importancia social de evitar la limitación del derecho constitucional. La comparación no considera la importancia general del propósito o la importancia general de la limitación del

<sup>160</sup> Schlink, *supra* nota 90, 724.

<sup>161</sup> Bernal, *supra* nota 105, 760.

<sup>162</sup> Alexy, *supra* nota 80 (“Los derechos fundamentales...”), 15.

<sup>163</sup> STC, Rol 7972-2019, C. 52. Ver también, STC, Rol 2922-2015, C. 24 (“[En la etapa de la proporcionalidad en sentido estricto] se efectúa la ponderación propiamente tal, que supone medir o cuantificar el grado de afectación o perjuicio del derecho, comprobar la importancia de salvaguardar el otro derecho en conflicto y, finalmente, indagar si se justifica la intervención en un derecho para salvaguardar el derecho contrario”); STC, Rol 2643-2014, C. 78 (“Que, una vez revisada la necesidad e idoneidad de la regulación contenida en los preceptos legales cuestionados, cabe realizar un examen de proporcionalidad, esto es, si el menoscabo o limitación impuesto al ejercicio del derecho tiene armonía con el beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue (STC 1182, c. 21º; también SSTC 1193, 1201, 1541). Como ha señalado esta Magistratura, la proporcionalidad del medio empleado para lograr la consecución del interés público exige evitar daños innecesarios (STC 1141/2009, c. 19º). En el campo del derecho de propiedad, esta Magistratura ha señalado que el medio empleado por el legislador es proporcionado en tanto no imponga al dueño sino una obligación indispensable para servir el interés público comprometido, en la medida que no existan otras alternativas disponibles, se evite causar daños innecesarios a los afectados y se cuente con la posibilidad de reclamar ante los Tribunales Ordinarios de Justicia (STC 1215/2008, c. 28º)”).

<sup>164</sup> Barnes, *supra* nota 81, 45.

derecho constitucional. Más bien, *la comparación es entre el estado del propósito y el estado del derecho antes y después de la ley limitante. La importancia social del efecto marginal de la ley en la consecución del propósito se balancea con la importancia social de evitar la limitación marginal del derecho por parte de la ley. La comparación, entonces, se hace en términos de beneficio social marginal<sup>165</sup>.*

145. Tratándose de remedios idóneos y necesarios, el ejercicio de proporcionalidad en sentido estricto no admite dudas en el presente caso. Los fines perseguidos por la autoridad –neutralización de poder de mercado en el sector energético, incluyendo la reducción de los precios de un *commodity* esencial para las empresas y familias chilenas, con importantes impactos en términos de justicia social– tienen un peso manifiestamente mayor que el grado marginal de libertad económica que Lipigas verá limitado a consecuencia del remedio estructural propuesto por la FNE.

146. Cabe agregar que incluso en el caso en que se tratase de un *commodity* no-esencial, la conclusión anterior no cambiaría. Cuando los impactos y beneficios se centran únicamente en la dimensión económica y en la neutralización de poder de mercado, el problema de la proporcionalidad en sentido estricto se presenta habitualmente atenuado. En la medida en que las intervenciones o remedios persiguen aumentar la eficiencia y el bienestar, existe, hasta cierto punto, un denominador o métrica común entre los derechos e intereses en tensión que facilita y simplifica (aunque no necesariamente elimina) el paso final de balanceo o ponderación<sup>166</sup>. Esta no es la regla general en el Derecho Constitucional, pues en esta fase el juez constitucional debe comparar magnitudes que

<sup>165</sup> Barak, *supra nota 109, 744-745* (“In my view, they [legal rules for balancing] should be based on a balancing of the social importance of the benefit gained by realizing the purpose (protecting rights or promoting the public interest) on the one hand and, on the other, the social importance of avoiding the limitation on the constitutional right. The comparison does not consider the overall importance of the purpose or the overall importance of the constitutional right being limited. Rather, the comparison is between the status of the purpose and the status of the right before and after the limiting law. The social importance of the law's marginal effect on attainment of the purpose is balanced against the social importance of avoiding the law's marginal limitation of the right. The comparison, then, is made in terms of marginal social benefit”) (énfasis agregado).

<sup>166</sup> Como recuerda nuestra Corte Suprema, “Gallardo Raposo y otra contra Juzgado de Garantía de Valparaíso”, Rol 5043-2009, C. 10, el subtest de proporcionalidad en sentido estricto tiene una dimensión costo-beneficio: “La proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causan con la adopción de las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener. De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados” (énfasis agregado). Esta dimensión se torna especialmente relevante cuando el análisis se debate entre bienes jurídicos de carácter económico. Los siguientes fallos del Tribunal Constitucional citan con aprobación la cita anterior de la Corte Suprema: STC, Rol 4379-2019, C. 27; STC, Rol 4533-2018, C. 27; STC, Rol 4972-2018, C. 27; STC, Rol 4988-2018, C. 27; STC, Rol 5104-2018, C. 27; STC, Rol 5778-2018, C. 27; STC, Rol 5993-2019, C. 27; STC, Rol 5613-2018, C. 27; STC, Rol 5751-2018, C. 27; STC, Rol 5979-2019, C. 27; STC, Rol 5999-2019, C. 27; STC, Rol 6108-2019, C. 27; STC, Rol 6163-2019, C. 27; STC, Rol 6473-2019, C. 27; STC, Rol 6349-2019, C. 27; STC, Rol 6353-2019, C. 27; STC, Rol 6381-2019, C. 27; STC, Rol 6508-2019, C. 27; STC, Rol 6750-2019, C. 27; STC, Rol 6941-2019, C. 27; STC, Rol 7076-2019, C. 27; STC, Rol 7228-2019, C. 27; STC, Rol 7232-2019, C. 27; STC, Rol 7233-2019, C. 27; STC, Rol 7311-2019, C. 27; STC, Rol 7398-2019, C. 27; STC, Rol 7430-2019, C. 27; y STC, Rol 7606-2019, C. 27; STC, Rol 9953-2020, C.27; STC, Rol 10184-2021, C. 27; STC, Rol 10974-2021, C. 27; STC, Rol 11963-2021, C. 27.

pueden incluso, a veces, ser incommensurables (como ejemplo clásico, libertad reproductiva de la mujer vs. vida del *nasciturus*)<sup>167</sup>.

147. No obstante la claridad de la ponderación en los términos antes indicados, corresponde en esta etapa del test de proporcionalidad revisar el impacto en el derecho constitucional protegido. El Informe Lipigas considera que la medida propuesta afectaría la esencia del derecho establecido en el artículo 19 N° 21 de la CPR por tratarse de una prohibición “absoluta, general, total y permanente”. Se impactaría así, según dicho Informe, la libertad de acceso al mercado de distribución minorista, la libertad de organización del empresario, la libertad de dirección de empresa y la libertad de la actividad en el mercado. La desinversión y pérdida de un mercado le exigiría reformular su modelo de negocio. Según el Informe Lipigas, “la conveniencia, desde el punto de vista de la libre competencia, tiene que ser contrastada con los términos en que está concebido el derecho a desarrollar cualquier actividad económica”.

148. No compartimos la conclusión de que la incidencia en el derecho de Lipigas sea de tal envergadura que permita modificar la conclusión de que la medida es proporcional en sentido estricto. Primero, la prohibición en cuestión no es “absoluta, general, total y permanente” ni afecta la esencia del derecho<sup>168</sup>. Se trata más bien de una *incompatibilidad* por el riesgo o daño competitivo que Lipigas puede causar en el mercado minorista del GLP. Así como el juez no puede ejercer profesionalmente como abogado por el daño a diversos bienes jurídicos que de ello se seguiría, la persona afectada por dicha prohibición puede siempre dejar de ser juez para dedicarse al ejercicio de la profesión (artículo 316 del Código Orgánico de Tribunales). El ejercicio de la abogacía no está prohibido de manera “absoluta, general, total y permanente” ni tampoco afectado en su esencia, sino solo sujeto a una incompatibilidad –prohibición por la condición de ser juez– fundada en varios intereses públicos (fe publica, reputación y credibilidad del Poder Judicial, justicia procesal –*fairness*– para las partes, etc.).

149. Segundo, la prohibición-incompatibilidad no es una afectación sistemática a la preferencia del artículo 19 N° 21 de la CPR por soluciones basadas en la libertad económica (*institutsgarantie*, en la jerga alemana) ni una prohibición o afectación a la esencia del derecho. Es una *limitación* al derecho a desarrollar actividades económicas

<sup>167</sup> Para una discusión de balanceo de incommensurables en sentido fuerte y en sentido débil, ver Moller, *supra* nota 85, 719-721.

<sup>168</sup> Como ha señalado el Tribunal Constitucional, STC, Rol 2693-2014, C. 10, el contenido esencial de un derecho subjetivo “lo constituyen aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose... [E]l núcleo y medida de los derechos esenciales lo constituye aquella parte del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Se desconoce el contenido cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

que sólo aplica a los mayoristas con poder de mercado a efectos de neutralizar dicho poder, a nadie más. No destruye o imposibilita la viabilidad de Lipigas en el mercado mayorista, y el proceso de desinversión será en cualquier caso a título oneroso. Como ya hemos visto, en el peor de los escenarios, de sobrepassar el marco de una limitación regulatoria –estimación que no compartimos–, se trataría de una incompatibilidad amparada en el orden público económico y validada bajo el principio de proporcionalidad.

150. Tercero, ya señalamos que el Informe Lipigas no ha alegado vulneración al artículo 19 N° 24 de la CPR, pues, conforme al remedio propuesto por la FNE, venderá y obtendrá un justo precio por su negocio minorista. No hay *privación* al dominio en los términos exigidos por la norma (tampoco una privación sin indemnización). También indicamos que Lipigas no puede alegar derechos adquiridos sobre rentas económicas derivadas de fallas de mercado que conllevan precios supracompetitivos persistentes en el sector energético. Esta mirada más amplia, comprensiva del derecho de propiedad, confirma que la Constitución no protege a actores económicos que se benefician del “problema del oligopolio” en perjuicio de los consumidores de un *commodity* esencial.

151. Cuarto, los argumentos esgrimidos por el Informe Lipigas no permitirían establecer los remedios de desinversión y desintegración en la regulación económica o en el Derecho de la Competencia bajo ningún supuesto o circunstancia, lo que es contrario a la práctica legal y judicial de nuestro país y del Derecho comparado.

152. Lo anterior no significa que un remedio estructural de desintegración no imponga una carga significativa a las empresas afectadas. Sólo que dicha carga no tiene el peso o gravedad suficiente para impactar la esencia del derecho en términos absolutos, ni el peso o gravedad para vencer a los distintos fines perseguidos por la FNE en este caso, incluyendo: la eficiencia económica, el bienestar general, el derecho constitucional de empresas y personas a desarrollar actividades económicas, el interés de los consumidores a acceder a precios razonables y justos, o más próximos al costo marginal que sea posible, y, no menos importante, el interés de las familias de menos recursos a tener acceso a un *commodity* esencial en términos no menos favorable al de las familias acomodadas.

#### **g. Conclusiones**

153. En resumen, las restricciones impuestas a Lipigas son idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto en consideración a los fines perseguidos por la FNE.

- a. Los fines perseguidos –eliminación de poder de mercado, conseguir precios competitivos, acceso justo y asequible a un *commodity* esencial, reducción de brechas de justicia social, etc.– son constitucionalmente legítimos.

- b. El remedio –desintegración– es idóneo. Se trata de una herramienta ampliamente conocida y reconocida en la regulación económica y el Derecho de la Competencia, en Chile y en el Derecho comparado.
  - c. Se trata de un remedio necesario. La sola liberalización del mercado de los minoristas no es suficiente para lograr los fines perseguidos por la autoridad. La integración vertical subsecuente a dicha liberación en ausencia del remedio estructural de desintegración constituye un riesgo a la competencia que queda sin atender; de este modo, el remedio alternativo –mera liberalización– carece de “idoneidad equivalente”. Además, no es posible identificar remedios conductuales que de manera *evidente y segura* sean igualmente eficaces y al mismo tiempo menos lesivos que el remedio estructural propuesto por la FNE.
  - d. El remedio es proporcional en sentido estricto. Los fines perseguidos por la autoridad justifican el impacto en la libertad económica de Lipigas.
154. Por último, es fundamental distinguir entre un estudio de la FNE que propone medidas y el acto de autoridad que en definitiva imponga medidas. La sede en la que se discutan las medidas –autoridades políticas o TDLC– dará la oportunidad a Lipigas de argumentar y presentar evidencia sobre los riesgos competitivos y la proporcionalidad de las medidas sin las restricciones que operan en sede constitucional. En ningún caso puede señalarse que el Estudio de la FNE en cuanto tal es inconstitucional por proponer medidas intrusivas que serán objeto de discusión posterior. Las potestades de estudio son, por definición, poco intrusivas respecto de los derechos constitucionales afectados. Son por ello generalmente incapaces de vulnerar el principio de la proporcionalidad.

#### **V. Otros Argumentos: Discriminación y Confianza Legítima**

155. Lipigas esboza dos argumentos adicionales: (a) discriminación arbitraria y (b) violación del principio de la confianza legítima. Ninguno tiene fundamento.

156. El principio de proporcionalidad estructura y da forma al análisis de la relación medios-fin en los actos y actuaciones públicas. Es la herramienta jurídica más completa y estructurada con que cuenta el Derecho Constitucional para revisar y controlar racionalidad y razonabilidad desde una perspectiva relacional medios-fin<sup>169</sup>, *incluyendo* su uso como “criterio de racionalidad de la diferenciación”<sup>170</sup> en igualdad ante la ley<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Ver Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law* (Hart 2000) 77 (“Proportionality concerns the relationship between the ends of public action and the means used to attain them... Proportionality is therefore a key tool of modern administrative law to ensure the purposive rationality of public action”).

<sup>170</sup> STC, Rol 2922-2015, C. 20.

<sup>171</sup> Hay amplia jurisprudencia respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad como técnica de control en materia de igualdad ante la ley. Ver STC Rol 784-2007, C. 20 (“Que, en fecha reciente, y sin perjuicio de lo recordado, esta Magistratura ha indicado que la exigencia constitucional de la igualdad ante la ley supone

157. Por ello, como punto de partida, un determinado acto o actuación pública que cumple con el test de proporcionalidad en relación con el derecho contemplado en el artículo 19 N° 21 de la CPR, difícilmente podrá dar lugar a una discriminación que pueda ser caracterizada de “arbitraria”, “sin fundamento plausible o razonable” o “que no tenga justificación razonable” (entre otras formulaciones relativas a falta de objetividad, racionalidad y razonabilidad)<sup>172</sup>. Tampoco vulnerar expectativas legítimas. Pasado el test

---

también que la diferencia de trato introducida sea proporcionada a la diferencia de hecho existente, teniendo particularmente en cuenta el propósito o finalidad perseguida por el legislador. (Sentencia de 11 de diciembre de 2007, Rol N° 790). Como ha razonado el Tribunal Constitucional de España, *‘para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos’*. (Sentencias 76/1990 y 253/2004<sup>173</sup>). Ver también, STC, Rol 1170-2008, C. 13; STC, Rol 1448-2009, C. 37; STC, Rol 1584-2009, CC. 19 y 20; STC, Rol 2365-2012, C. 36; STC, Rol 2437-2013, CC. 34 y 35; STC, Rol 2673-2014, C. 70; STC, Rol 2922-2015, C. 20; STC, Rol 5884-2018, C. 15; STC, Rol 7641-2019, CC. 14 y 15; STC, Rol 7972-2019, C. 45.

<sup>172</sup> Ver STC, Rol 1295-2009, C. 87. Ver también, Id. 89 (“[L]a discriminación que se aplique no puede ser arbitraria. Es decir, debe ser ‘lógica, razonable, justificada’; la ‘discriminación arbitraria es aquella injusta, irracional, que niega beneficios a quienes legítimamente tienen derecho a ellos o impone gravámenes a quienes no merecen soportarlos’”) (citas internas omitidas); STC, Rol, 467-2006, C. 54 (“[L]a norma constitucional contenida en el artículo 19 N° 22 tiene por objeto “establecer perentoriamente el principio de igualdad ante la ley en materias económicas, evitándose que se produzcan discriminaciones o diferencias arbitrarias o injustas, es decir, que carezcan de justificación racional o sean producto de un mero capricho” (Rol 249, 4 de noviembre de 1996)); *Id.*, C. 56 (“A su vez, como ha consignado la Corte Suprema, “por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública que aparece como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias” (Rol 16.227, 12 de julio de 1991)); *Id.*, C. 57 (“Que así las cosas, la discriminación o diferenciación per se no necesariamente es contraria al texto fundamental, sino en la medida que ella no obedeza a parámetros de razonabilidad o justificación suficiente. Como lo ha precisado la doctrina, *‘la clave de la distinción entre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad prohibida está, pues, en la motivación, entendida no como puro requisito formal, sino como justificación, esto es, como razón o conjunto de razones susceptibles de dar soporte a la elección realizada en ausencia de las cuales dicha elección sería sólo la expresión del puro capricho, de la voluntad desnuda del órgano o autoridad que la realiza’*”); STC, Rol 1153-2008, C. 62 (“Se traduce, fundamentalmente, en la prohibición que se impone al Estado y sus organismos de discriminar arbitrariamente en el trato que deben dar en materia económica, esto es, de efectuar diferenciaciones o distinciones, realizadas ya por el legislador, ya por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos o agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable... [E]ste derecho limita la intervención del Estado en la vida económica nacional, pues la Constitución prohíbe otorgar privilegios o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no tenga como sustento intelectual una clara connotación de razonabilidad”); STC, Rol 5835-2018, C. 18 (“[U]na discriminación arbitraria es aquella que carece de razonabilidad en términos de introducir una diferencia de trato entre quienes se encuentran en la misma situación, sin que ello obedeza a parámetros objetivos y ajustados a la razón”); *Id.*, C. 19 (“[L]a idea de trato desigual... exige... que además tal trato sea arbitrario, no tenga un fundamento razonable. La norma jurídica objetada responde a un criterio prudente hilvanado con una reacción lógica y plausible del Estado en cumplimiento de una obligación constitucional de cuidar los bienes jurídicos en cumplimiento de una obligación constitucional de cuidar los bienes jurídicos reconocidos a toda persona, entre los cuales se encuentran la integridad física y síquica de todas ellas, y su derecho de propiedad”) (sentencias idénticas STC, Rol 4592-2018, CC. 18 y 19; STC, Rol 4735, CC. 18 y 19). Un completo análisis en STC, Rol 2841, CC. 14 ss.

de proporcionalidad, no es mucho el residuo de razonabilidad que puede ser controlado en sede de discriminación o confianza legítima<sup>173</sup>.

158. Lipigas acusa discriminación porque la medida propuesta por la FNE “no distingue entre las empresas”. A diferencia de Gasco y Abastible, Lipigas realiza más del █% de sus ventas de manera directa, lo que conllevaría un mayor impacto de las medidas en su caso que en el de sus competidores mayoristas.

159. Por una parte, todas las intervenciones estatales definidas en términos generales afectan de manera diferente a los distintos actores económicos, por la evidente razón de que rara vez estos últimos son iguales o siquiera parecidos (incluyendo organización, estructura de costos, distintos productos, ámbito geográfico, etc.). En principio la ley y las políticas públicas son dictadas para la generalidad de los casos e impactan por ello a los agentes económicos en distinto grado e intensidad. Y si bien no puede negarse la posibilidad de que existan casos excepcionales que se ubiquen fuera de lo previsto de manera general, abstracta e igualitaria por el legislador o regulador, la discriminación en tales casos requerirá de un esfuerzo argumentativo y probatorio significativo de quien esgrime una discriminación<sup>174</sup>.

160. Cualquier argumento residual de discriminación debe sin embargo sin rechazado. En opinión experta de la FNE, la integración vertical es un problema en el mercado del GLP y debe ser prohibida (prohibición propuesta en términos generales e igualitarios a todos los mayoristas de GLP). Lipigas presenta el problema que se persigue solucionar en un grado mayor al de sus competidores. Frente a los fines perseguidos por la FNE, el

<sup>173</sup> Ver Barnes, *supra* nota 81, 37, realiza un esfuerzo por determinar el “residuo” de razonabilidad que queda fuera de la proporcionalidad: “Si admitimos que la razonabilidad de la intervención pública es susceptible de albergar en su interior otras perspectivas o consideraciones que la estrictamente relacional, o de medio a fin, que importa a la proporcionalidad, cabría advertir, a nuestro limitado propósito, una nota diferenciadora, con apoyo en la propia jurisprudencia, y en virtud de la cual, la razonabilidad se predicaría de la medida en sí, esto es, de su justificación racional, con carácter absoluto, al margen y con independencia de cualquier otro factor o circunstancia concurrente, por contraste con la proporcionalidad que, según sabemos, no existe en abstracto: algo es o no proporcionado siempre por relación. Ahí agota toda su virtualidad. Una norma o un acto de aplicación podrían resultar manifiestamente irrazonables, carentes de toda explicación racional, y, por tanto, arbitrarios, pero no necesariamente desproporcionados. Y, al revés: una restricción determinada puede ser razonable o no arbitraria y, en cambio, resultar excesiva o innecesaria en el caso. La irrazonabilidad lo es *per se*, en tanto que la desproporción lo es *per relationem*”.

<sup>174</sup> Es particularmente difícil argumentar discriminación arbitraria frente a regímenes generales que dan trato igualitario. Ver STC, Rol 467-2006, C. 58 (“Que en el caso de autos no se divise la infracción por parte del legislador a la igualdad ante la ley y a la prohibición de discriminar arbitrariamente, desde el momento que el inciso 2º del artículo 23 de la Ley 19.542 señala normas de general aplicación para todos aquellos que estén interesados de concurrir a la licitación de la actividad de muellaje, sin que pueda advertirse tratamiento distínil para los diversos oferentes. Así las cosas, la igualdad de estos últimos (incluyendo naturalmente la propia requirente) no se ha visto en modo alguno alterada en el caso de autos. Se trata de un idéntico régimen jurídico para todos los que se encuentren interesados en llevar a cabo la referida actividad económica, sin que pueda apreciarse el establecimiento de parámetros contrarios a la razón o que den cuenta que la disposición pudiera estar gobernada por falta de motivación. Es la misma norma que resulta aplicable para todos los que se encuentran en similar situación que la requirente o cualquier otro interesado en adjudicarse la licitación bajo la modalidad monooperador”) (énfasis agregado).

remedio tiene mayor justificación en el caso de Lipigas, no menor. El impacto en distinto grado e intensidad para Lipigas no es arbitrario ni discriminatorio, sino todo lo contrario, es especialmente necesario. Siguiendo criterios previos del Tribunal Constitucional, tiene un “fundamento atendible” al regular una “situación valedera”<sup>175</sup>; se trata de un impacto diferenciado que, definitiva, “no entraña una discriminación arbitraria pues responde a consideraciones de política pública perfectamente entendibles”<sup>176</sup>.

161. Por último, Lipigas argumenta que la medida propuesta vulneraría la confianza legítima. La confianza legítima es un principio fundamental del Derecho Público contemporáneo, pero bajo la exigencia general de que dicha confianza se haya formado a partir de actos o declaraciones expresas e individualizadas de parte la autoridad (confianza legítima “concreta” o “puntual”, en la nomenclatura de García<sup>177</sup>). Como explica Mashaw, “las leyes siempre están modificando los derechos y las expectativas”<sup>178</sup>, por lo que la legalidad general no genera confianza legítima, salvo circunstancias extraordinarias<sup>179</sup>.

162. Como explica Thomas para el contexto europeo, incluso en caso de actos individualizados inductores de la confianza, el estándar es alto y de difícil cumplimiento para el administrado:

Si bien el principio de la confianza legítima tiene un ámbito de aplicación potencialmente amplio, la Corte Europea, en la práctica, ha impuesto un alto nivel a los solicitantes. Un reclamante exitoso debe basarse en alguna actuación de la Administración de la cual era razonable formarse expectativas. Una vez inducidas, las expectativas pueden estar sujetas a cambios. La Corte Europea ha mantenido sistemáticamente que protegerá las expectativas solo cuando el cambio no sea razonablemente previsible. Incluso si el reclamante tiene una expectativa razonable, la Administración puede argumentar que dicha expectativa debe ser anulada por el interés público. Esto requiere que la Corte determine hasta qué punto una expectativa es digna de protección frente a un cambio de política. Relativamente pocos argumentos basados en expectativas legítimas han tenido éxito<sup>180</sup>.

---

<sup>175</sup> STC, Rol 3896-2017, C. 24 (“[L]a disposición legal que se objeta tiene un fundamento atendible, regulando una situación valedera, estableciendo una diferencia de trato, la cual resulta legítima”).

<sup>176</sup> STC, Rol 2430-2013, C. 2.

<sup>177</sup> Ver Javier García Luengo, *El Principio de Protección de la Confianza Legítima en el Derecho Administrativo* (Civitas 2002) 203 (“[L]a protección de la confianza puede darse, teóricamente, respecto a dos situaciones: bien cuando en el seno de una relación Administración-ciudadano, aquélla ha definido la situación jurídica que ahora pretender desconocer (lo que podemos calificar convencionalmente de protección de la confianza concreta o puntual); o bien cuando la Administración no ha producido declaración alguna respecto al ciudadano, pero existe una regulación o un comportamiento precedente del Poder Público que puede constituir una base para la generación de confianza (lo que, a su vez, llamaremos, protección de la confianza en abstracto)”).

<sup>178</sup> Jerry L Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law* (Yale 1997) 34 (“Statutes always shift rights or expectations”).

<sup>179</sup> Ver García, *supra* nota 177, 203-241.

<sup>180</sup> Thomas, *supra* nota 169, 46 (“While the principle of legitimate expectations has a potentially wide scope of application, the European Court has, in practice, imposed a high standard on applicants. A successful claimant must point to some conduct by the administrative from which it was reasonable to hold certain expectations.”).

163. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha calificado el estándar de la confianza legítima, en ausencia de actos individualizados, como “extremadamente alto”:

[T]al alegato [de confianza legítima] exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N° 21); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC 370/2003)<sup>181</sup>.

164. Por lo demás, el argumento de confianza legítima difícilmente puede prosperar si el derecho constitucional reconocido en el artículo 19 N° 21 de la CPR no consiguió sobrevivir el control de proporcionalidad. Si el derecho cedió, la expectativa con mayor razón. Más aún si tampoco hay derechos de propiedad vulnerados en el caso concreto<sup>182</sup>.

165. En cualquier caso, las tres razones que el Informe Lipigas esgrime para sustentar la “inducción” de la confianza “en abstracto” no son procedentes: (i) la pasividad de la autoridad por décadas; (ii) la necesidad de evitar cambios abruptos; y (iii) la existencia de una red de contratos privados con los minoristas<sup>183</sup>.

166. La pasividad de la autoridad no da lugar a expectativas legítimas, menos aún tratándose de un oligopolista que se beneficia persistentemente de una falla de mercado. Como señalamos, salvo circunstancias excepcionalísimas, no hay confianza legítima en “abstracto” (desvinculada de actuaciones públicas concretas)<sup>184</sup>. Menos aún tratándose de un mercado históricamente regulado, sometido a un conocido y permanente “trilema”, como lo es la energía (“dinamicidad de los mercados regulados”, en palabras del Tribunal Constitucional). Como explica García:

[E]l mantenimiento de una normativa en el futuro supone una paralización de la posibilidad de desarrollar con efectividad nuevas políticas, limitación que atenta contra una concepción democrática y dinámica de los poderes públicos...<sup>185</sup>.

---

Once induced, expectations may be subject to change. The European Court has consistently maintained that it will protect expectations only where the change was not reasonably foreseeable. Even if the claimant has a reasonable expectation, the administration may argue that it is overridden by the public interest. This requires the court to determine how far an expectation is worthy of protection in the face of a change of policy. Relatively few arguments based on legitimate expectations have succeeded”.

<sup>181</sup> STC, Rol 1863-2012, C. 32.

<sup>182</sup> Sobre confianza legítima en general, ver Viviana Ponce de León Solís, “La Problemática Invocación a la Confianza Legítima como Límite a la Potestad Legislativa”, 12(1) *Estudios Constitucionales* 429 (2014).

<sup>183</sup> La buena fe no es argumento inductor de confianza legítima. Eso sí, la mala fe puede destruir una expectativa en principio legítima.

<sup>184</sup> Como ya hemos observado anteriormente desde una perspectiva de derecho comparado en Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration* (Hart 2009) 224, “sólo en circunstancias extremas, como cambios legislativos abruptos sin medidas transitorias o regulaciones previas que claramente fomentaron ciertos cursos de acción, pueden los ciudadanos o los inversores invocar legítimas expectativas a falta de una relación específica con la Administración” (énfasis agregado).

<sup>185</sup> García, *supra* nota 177, 228.

167. Ni siquiera el Derecho Internacional de la Protección de la Inversión Extranjera – por lo general más favorable a los inversionistas que el Derecho nacional – da cuenta de una regla de protección de las expectativas legítimas tan amplia y abierta como la que reclama el Informe Lipigas<sup>186</sup>. Como explica el Tribunal Arbitral en el caso *Parkerings*, “no toda esperanza da lugar a expectativas legítimas”<sup>187</sup>. El ordenamiento jurídico cambia y todo inversionista debe saberlo:

Es innegable el derecho y el privilegio de cada Estado a ejercer su poder legislativo soberano. Un Estado tiene el derecho de promulgar, modificar o cancelar una ley a su propia discreción. Salvo la existencia de un acuerdo, en forma de cláusula de estabilización o de otro tipo, no hay nada objetable sobre la modificación introducida al marco regulatorio existente al momento en que un inversor realizó su inversión. *De hecho, cualquier empresario o inversor sabe que las leyes evolucionarán con el tiempo.* Sin embargo, lo que está prohibido es que un Estado actúe de manera injusta o irrazonable en el ejercicio de su poder legislativo. En principio, un inversor tiene derecho a una cierta estabilidad y previsibilidad del entorno legal de la inversión. *El inversor tendrá derecho a la protección de sus expectativas legítimas siempre que haya ejercido la debida diligencia y que sus expectativas legítimas fueran razonables a la luz de las circunstancias. En consecuencia, un inversor debe anticipar que las circunstancias podrían cambiar, y así estructurar su inversión para adecuarla a los potenciales cambios del entorno legal*<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> En el contexto NAFTA, ver Patrick Dumberry, “The Protection of Investor’s Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105”, 31(1) *Journal of International Arbitration* 48, 49 (2014) (“[T]ribunals have repeatedly narrowly qualified the concept of legitimate expectations by requiring, for instance, that the investor’s expectations be based on specific commitments made by the host state to have purposely induced its investment. Tribunals have denied that such expectations can be solely based on the host state’s existing domestic legislation at the time of the investment”). En general, ver Montt, *supra* nota 184, 359-366 y, más recientemente, Michele Potestà, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept”, 28 *ICSID Review* 88 (2013).

<sup>187</sup> *Parkerings–Compagniet v. Lithuania*, ICSID Case No ARB/05/08, Award (11 September 2007), para. 344.

<sup>188</sup> *Id.*, paras. 332-333 (“It is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power. In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment”). Ver también, *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 217 (“The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State’s normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. *Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State’s legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable*” (énfasis agregado); *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 368 (“FET cannot be designed to ensure the immutability of the legal order, the economic world and the social universe and play the role assumed by stabilisation clauses specifically granted to foreign investors with whom the State has signed investment agreements”); *Micula v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award of 11 December 2013, para.

168. Enseguida, no estamos frente a cambios abruptos. La FNE ha elaborado un estudio que fue iniciado en noviembre de 2020. Se espera que ese estudio sea base de acción de las autoridades políticas y/o del TDLC, lo que dará oportunidad a los mayoristas a ser oídos, de prepararse para el cambio y de persuadir sobre la necesidad de establecer alguna forma de transición que no exponga a los consumidores a continuar pagando precios supracompetitivos.

169. Por último, se arguye también como fundamento de la confianza legítima la red de contratos que Lipigas habría firmado con los minoristas. Una especie de argumento de “intangibilidad de los contratos” en versión limitada o reducida.

170. En primer término, este argumento no es útil para contradecir el remedio de desintegración o prohibición de integración vertical. La integración vertical es por definición una ausencia de contratos de distribución con los minoristas, porque esa función es realizada directamente por el oligopolista integrado. Como explicara celebradamente Ronald Coase, es el reemplazo del mercado por la firma<sup>189</sup>. Por el contrario, la medida objetada aumentará el número de contratos que Lipigas deba establecer con los minoristas.

171. Ahora bien, la idea de que los derechos personales emanados de los contratos serían una súper-propiedad, no sujeta a limitación constitucional en los términos del artículo 19 N° 24 de la CPR, ha dado excesivas vueltas en Chile. En Estados Unidos –país que tiene cláusula constitucional de protección expresa de contratos– esta idea ya era rechazada en

---

<sup>188</sup> (“In the Tribunal’s view, the fair and equitable treatment standard does not give a right to regulatory stability per se. The state has a right to regulate, and investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise to a legitimate expectation of stability. Thus, the Claimants’ ‘regulatory stability’ argument must be analyzed in the context of the protection of an investor’s legitimate expectations”). En circunstancias excepcionales, sí puede haber protección de la confianza legítima contra un “cambio [del sistema regulatorio] total y no razonable”, ver *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v Spain*, ICSID case No. ARB/13/36, award of 4 May 2017, para. 363.

<sup>189</sup> Ver Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm”, 4 *Economica* 386 (1937).

el *peak* de la era del *laissez-faire*, en 1908 y 1920<sup>190</sup>. Acá tomó hasta el año 2007, cuando finalmente el Tribunal Constitucional terminó por desestimarla<sup>191</sup>.

172. En cualquier caso, frente a *limitaciones* al dominio, la protección de la propiedad real o contractual y la confianza legítima, deben ser objeto de balanceo o ponderación<sup>192</sup>. La existencia de una determinada confianza legítima no implica que la misma deba prevalecer frente al interés público, solo que dicha posición no puede ser sacrificada ante un fin público sin pasar el test de proporcionalidad como el que se aplica tratándose de un derecho propiamente tal. Sería absurdo pensar que la confianza legítima tenga una protección superior a la de un derecho propiamente tal.

173. En Estados Unidos, tratándose de la afectación de contratos, la Corte Suprema utiliza un test de balanceo para revisar constitucionalidad. Revisamos aquí este test con mayor detalle como complemento al test de proporcionalidad ya discutido más arriba. Este test especial en materia de afectación de contratos vigentes evalúa la relación medios-fines, tomando en cuenta, por una parte, la existencia de un “deterioro sustancial de una relación contractual” (*substantial impairment of a contractual relationship*) y por la otra la existencia de un “propósito público legítimo”<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> Ver *Hudson Water Co. v. McCarter*, 209 U.S. 349, 357 (1908) (“One whose rights, such as they are, are subject to state restriction, cannot remove them from the power of the State by making a contract about them”) y *Producers Transportation Co. v. Railroad Comm'n of California*, 251 U.S. 228, 232 (1920) (“That some of the contracts... were entered into before the statute was adopted or the order made is not material. A common carrier cannot, by making contracts for future transportation or by mortgaging its property or pledging its income, prevent or postpone the exertion by the State of the power to regulate the carrier's rates and practices. Nor does the contract clause of the Constitution interpose any obstacle to the exertion of that power”). Más recientemente, ver *Exxon Corp. v. Eagerton*, 462 U.S. 176, 194 (1983) (“If a party that has entered into a contract to transport oil is not immune from subsequently enacted state regulation of the rates that may be charged for such transportation, parties that have entered into contracts to sell oil and gas likewise are not immune from state regulation of the prices that may be charged for those commodities. And if the Contract Clause does not prevent a State from dictating the price that sellers may charge their customers, plainly it does not prevent a State from requiring that sellers absorb a tax increase themselves, rather than pass it through to their customers. If one form of state regulation is permissible under the Contract Clause notwithstanding its incidental effect on preexisting contracts, the other form of regulation must be permissible as well”).

<sup>191</sup> Ver STC, Rol 505-2007 y STC, Rol 506-2007.

<sup>192</sup> Lamentablemente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema tienden a excluir las limitaciones al dominio de un adecuado control conforme al test de proporcionalidad. En nuestra opinión, se confunde la existencia de una regla categórica o sin ponderación basada en la *privación* de la propiedad con otra regla complementaria (no excluyente) que somete las *limitaciones* a control conforme al principio de proporcionalidad. Si bien hay lenguaje que parece favorecer la aplicación de la proporcionalidad en las *limitaciones* –por ejemplo, STC, Rol 1863/2012, C. 35– en el estado actual de la jurisprudencia resulta difícil –por no decir prácticamente imposible– obtener indemnización o protección del *statu quo* en ausencia de una *privación*. Cabe contrastar, por ejemplo con el Derecho norteamericano, en el que el test *Penn Central* regula el balanceo que determina el derecho a indemnización en casos de –en nuestra jerga– *limitaciones* (ver *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978)).

<sup>193</sup> Uno de los leading cases en esta materia es *Energy Resources Group v. Kansas Power & Light Co.*, 459 U.S. 400 (1983). Más recientemente, ver *Sween v. Melin*, 138 S.Ct. 1815, 1821-1822 (2018) (“[N]ot all laws affecting pre-existing contracts violate the Clause. To determine when such a law crosses the constitutional line, this Court has long applied a two-step test. The threshold issue is whether the state law has ‘operated as a substantial impairment of a contractual relationship.’ In answering that question, the Court has considered the extent to

174. Luego compara ambas magnitudes y lo hace considerando, entre otros, los siguientes elementos. Primero, no es necesario probar la total destrucción de un contrato; como contrapunto, “la regulación estatal que limita a una parte [contratante] de las ganancias que razonablemente espera del contrato, no constituye necesariamente un deterioro sustancial”<sup>194</sup>. Segundo, los sectores regulados de la economía reconocen menos protección de expectativas que otros sectores. “Para determinar el alcance del deterioro, debemos considerar si la industria en la que ingresó la parte reclamante ha sido regulada en el pasado”<sup>195</sup>. Tercero, la eliminación de ganancias inesperadas o excepcionales (*windfall profits*) constituye un objetivo público legítimo. “La eliminación de ganancias inesperadas es un interés estatal legítimo”<sup>196</sup>. Cuarto, salvo en casos de contratos públicos con el Estado, el Derecho reconoce un amplio espacio de discreción en cuanto a lo que en la tradición continental se denomina *necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*:

Una vez que se ha identificado un propósito público legítimo, la siguiente pregunta es si el ajuste de “los derechos y responsabilidades de las partes contratantes [se basa] en condiciones razonables y [es] de un carácter apropiado para el propósito público que justifica la adopción [de la legislación]”. A menos que el propio Estado sea una parte contratante, “[como] es costumbre en la revisión de la regulación económica y social, ... los tribunales se remiten debidamente al juicio legislativo en cuanto a la necesidad y la razonabilidad de una medida en particular”<sup>197</sup>.

175. Por todas las razones expuestas anteriormente al discutir proporcionalidad – aplicadas aquí *mutatis mutandi*–, el remedio propuesto por la FNE pasa este test deferente de impacto en contratos vigentes.

---

which the law undermines the contractual bargain, interferes with a party's reasonable expectations, and prevents the party from safeguarding or reinstating his rights. If such factors show a substantial impairment, the inquiry turns to the means and ends of the legislation. In particular, the Court has asked whether the state law is drawn in an ‘appropriate’ and ‘reasonable’ way to advance ‘a significant and legitimate public purpose’”) (citas internas omitidas, incluyendo las referidas al caso *Energy Resources Group*). Algunas Cortes de Apelaciones usan un test de tres partes; ver por ejemplo, *UAW Int'l Union v. Fortuño*, 633 F.3d 37, 41, (1st Cir. 2011) (“This two-pronged test is often framed as a three-part analysis: '(1) whether the contractual impairment is in fact substantial; if so, (2) whether the law serves a significant public purpose, ... (3) whether the means chosen to accomplish this purpose are reasonable and appropriate.' We find no substantive difference between these differing characterizations of the Contract Clause analysis”) (citas internas omitidas).

<sup>194</sup> *Energy Reserves Group*, 459 U.S. 411 (“[S]tate regulation that restricts a party to gains it reasonably expected from the contract does not necessarily constitute a substantial impairment”).

<sup>195</sup> *Energy Reserves Group*, 459 U.S. 411 (“In determining the extent of the impairment, we are to consider whether the industry the complaining party has entered has been regulated in the past”). Ver también, *Veix v. Sixth Ward Bldg. & Loan Assn.*, 310 U. S. 32, 38 (1940) (“When he purchased into an enterprise already regulated in the particular to which he now objects, he purchased subject to further legislation upon the same topic”).

<sup>196</sup> *United States Trust Co.*, 431 U.S. at 431 U. S. 31, n. 30. Ver también, *Energy Resources Group*, 459 U.S. 412.

<sup>197</sup> *Energy Resources Group*, 459 U.S. 412-413 (“Once a legitimate public purpose has been identified, the next inquiry is whether the adjustment of ‘the rights and responsibilities of contracting parties [is based] upon reasonable conditions and [is] of a character appropriate to the public purpose justifying [the legislation's] adoption.’ Unless the State itself is a contracting party, [a]s is customary in reviewing economic and social regulation, ... courts properly defer to legislative judgment as to the necessity and reasonableness of a particular measure”’) (énfasis agregado).

176. Por último, cabe mencionar que el Informe Lipigas tampoco objeta el remedio de liberalización del mercado minorista. La red de contratos con exclusividad y otras rigideces que da forma al sistema de “clubes” de minoristas es parte del problema que demanda solución. En tal circunstancia, dicha red no puede dar lugar a legitimidad en las expectativas.

## VI. Conclusiones

177. En nuestra opinión, las medidas propuestas por la FNE son constitucionales. No se vulneran los derechos reconocidos por el artículo 19 N°21 y 22 de la CPR a Lipigas. La FNE persigue fines constitucionalmente protegidos por y ante el artículo 19 N° 21 de la CPR –eliminación de poder de mercado, conseguir precios competitivos, acceso justo y asequible a un *commodity* esencial, reducción de brechas de justicia social, entre otros– y propone el uso de un remedio estructural que es, desde una perspectiva constitucional, necesario, adecuado y proporcional en sentido estricto a dichos fines.

178. El Informe Lipigas busca constitucionalizar una discusión que debe darse en sede regulatoria o de libre competencia. Discusiones a nivel regulatorio y de política pública en torno a qué remedios son los más pertinentes, eficaces y necesarios podrán y deberán darse en la sede regulatoria que corresponda. En ausencia de argumentos y prueba de carácter *manifiesto, evidente y seguro*, el Derecho constitucional no puede pronunciarse en contra del remedio estructural de desintegración propuesto por la FNE en el caso concreto.

179. En cualquier caso, la posición de Lipigas ante el Derecho Constitucional es feble. Un oligopolista que se beneficia de una falla de mercado, obteniendo precios supracompetitivos de manera persistente, no goza de una posición constitucional robusta. No hay derechos de propiedad vulnerados; cualquier desinversión será a título oneroso y si algún diferencial se produce entre la valuación actual del *statu quo* para Lipigas y el precio venta, no puede alegarse vulneración constitucional: no hay derechos adquiridos sobre flujos futuros derivados de precios supracompetitivos persistentes consecuencia de una falla de mercado. Menos aún hay vulneración al artículo 19 N° 21 de la CPR que permite y exige en estas circunstancias una actuación estatal proactiva para corregir una situación ineficiente e injusta en un *commodity* esencial en la economía nacional.

JOSE  
SANTIAGO  
MONTT  
OYARZUN

Digitally signed  
by JOSE  
SANTIAGO  
MONTT  
OYARZUN  
Date: 2021.12.24  
13:21:58 -03'00'

Santiago Montt Oyarzún

Profesor Asistente  
Facultad de Derecho, Universidad de Chile  
LLM, JSD Yale University – MPP Princeton University

## Anexo E

### **Respuesta a Comentarios Técnicos**

## Anexo E: Respuesta a Comentarios Técnicos

### I. Respuesta a la Crítica sobre Cálculo de Impacto en la Distribución Mayorista de GLP

En el resumen ejecutivo, el aportante indica:

*“Las magnitudes del sobreprecio estimado por la FNE para el período 2015-2020 están basadas en una interpretación incorrecta e incompleta de los datos, lo que conlleva conclusiones incoherentes. De ser correctos los cálculos de la FNE, la reducción en los ingresos por ventas de GLP (que implicaría la eliminación del sobreprecio alegado), llevaría a algunos mayoristas a sufrir pérdidas operativas y comprometería sustancialmente su viabilidad en el mercado. De esta manera, las estimaciones de la autoridad se alejan del sentido común.”*

A continuación, resumimos la argumentación con que el aportante sustenta esta afirmación en el cuerpo del informe:

Las magnitudes del sobreprecio estimado por la FNE son desproporcionadas al tamaño de la industria, e ignoran la evolución de los costos totales de la empresa. Si bien el margen bruto aumento en aproximadamente un X<sup>45%</sup> (entre 2014 y 2015), el impacto en la medida relevante de rentabilidad de la empresa (el margen operativo o EBIT) fue mucho menor. Una reducción de ingresos de un X<sup>46%</sup> llevaría a la empresa a reportar pérdidas operativas, asumiendo una estructura de costos constante. En su análisis, la FNE ignora la evolución de costos distintos a la materia prima, los que han crecido de forma importante en los últimos años, siendo los principales causantes de este incremento los costos asociados a la nómina (que incluye remuneraciones, gasto en personal externo y honorarios), los fletes a minoristas y venta directa, servicios tercerizados relacionas con el proceso de venta, y el marketing. La evolución de costos es consistente con un cambio en la forma en la que se comercializa el producto: existen herramientas digitales para hacer pedidos, se puede pagar con diversos medios de pago, tiempos de entrega y servicio al cliente han mejorado, y existen una oferta diferente de beneficios. Todos estos servicios adicionales originan mayores costos y son casi imposibles de revertir en el corto plazo.

En esta crítica, el argumento central del aportante es que la FNE habría realizado un cálculo de sobreprecio y que este sería desproporcionado. Esto pues al contrastarlo con el EBITDA y EBIT actuales de la empresa implicaría magras utilidades, o bien que tuviese pérdidas. La

<sup>45</sup> Esta cifra no es de carácter público por petición expresa de la empresa aportante.

<sup>46</sup> Esta cifra no es de carácter público por petición expresa de la empresa aportante.

explicación residiría en que la evolución de costos considerada por la FNE no contempló la evolución de todos los costos contables, algunos de los cuales habrían aumentado en el tiempo.

Estimamos que la argumentación del aportante no se sostiene en fundamentos sólidos. Realiza una serie de afirmaciones que ignoran observaciones y avances metodológicos importantes que ha realizado la ciencia económica, específicamente en el campo de la organización industrial, en los últimos 40 años. A continuación, revisamos en detalle esta argumentación, sustentando de esta forma nuestra posición.

Comenzamos observando que sugerir que una estimación de sobreprecio es incorrecta a partir del contraste de la misma con un margen contable, como el EBITDA o el margen operacional, como lo indica el aportante, es un enfoque que no tiene asidero en la literatura de organización industrial contemporánea.

Hacer un cálculo de sobreprecio o daño de manera correcta, como observa, por ejemplo, Zona (2011), requiere generar un escenario contrafactual donde el equilibrio es uno en que las empresas compiten intensamente. Una vez que éste se construye, el impacto es simplemente la diferencia de precios entre el régimen observado (de baja intensidad competitiva) y el contrafactual multiplicado por la cantidad vendida en el periodo de estudio. Para construir un contrafactual razonable, básicamente, existen dos alternativas. Una consiste en considerar como referencia o bien el mismo mercado en un periodo de tiempo distinto, o un mercado similar en el mismo u otro periodo. En ambos casos, la referencia debe cumplir con estar (o haber estado) en un régimen de competencia intensa. Por otra parte, una segunda alternativa consiste en utilizar un modelo estructural, siguiendo un procedimiento similar al utilizado en la simulación de fusiones. En este caso, el investigador asume un régimen de conducta en el mercado en evaluación y ajusta parámetros estructurales de un modelo que se especifica en base al supuesto conductual. Por ejemplo, en el caso de un régimen cooperativo, se puede presumir que los precios y cantidades que se observan son racionalizados por compañías que maximizan de manera conjunta su utilidad. En este caso, los parámetros estructurales estimados son los que mejor explican los resultados del mercado, dado que las compañías maximizan como si fueran una sola. Una vez estimados los parámetros estructurales, el investigador construye el contrafactual asumiendo una conducta de interacción estratégica o competitiva.

Para probar que el cálculo de la FNE es abultado, lejos de realizar un ejercicio siguiendo alguno de los enfoques metodológicos descritos, el aportante observa que una reducción en los ingresos en la magnitud estimada por la Fiscalía haría que la compañía fuese inviable, dado los márgenes contables actuales. En la argumentación del aportante no existe discusión

alguna respecto de cuál debiese ser el escenario contrafactual que se debiese considerar, o cómo éste debiese construirse; tampoco hace referencia a los regímenes de competencia adecuados a contrastarse para calcular el sobreprecio. Todos estos elementos son esenciales para articular una crítica a un cálculo de esta naturaleza. Por el contrario, la cuestión medular para el aportante es el cálculo del cambio en el costo marginal, el que —señala— habría sido sobreestimado por la FNE. Esto pues la autoridad no habría considerado todos los costos que se incluyen en el EBITDA o en el margen operativo, algunos de los cuales, muestra el aportante, han aumentado en el tiempo.

Aun dejando de lado la omisión de elementos centrales para criticar una estimación de sobreprecio, la objeción del aportante tiene una importante falencia: asume que los costos marginales son observables en datos contables. Como nota De Loecker et al. (2020), esto implica realizar supuestos fuertes y poco realistas, incluyendo que: (i) los costos marginales son iguales a los promedios, lo que en general no es cierto salvo que no existan economías de escala (no haya costos fijos) y existan retornos constantes a la escala de producción; (ii) todos los factores de producción sean sustitutos perfectos; y, por último (iii) que todos los ítems de costo deban variar con la cantidad producida. Todos estos supuestos claramente no aplican al caso de la distribución mayorista del GLP, menos en una extensión de tiempo de un mes, que es la unidad de observación que consideró la FNE en su análisis.

Estimar costos marginales es una tarea difícil en general (Syverson, 2019). Requiere un trabajo mucho más elaborado que el realizado por el aportante (a no ser que se esté dispuesto a hacer todos los supuestos descritos en el párrafo precedente). De Loecker et al. (2020) describe dos enfoques que, si bien pueden criticarse, descansan en menos supuestos, que a la vez son más razonables en comparación a los que implícitamente hace el enfoque utilizado por el aportante. Uno es el que desarrollan Bresnahan (1989) y Berry et al. (1995), donde se estima márgenes (precio menos costo marginal) y elasticidades a partir de la especificación de un sistema de demanda, un supuesto de conducta y las condiciones de equilibrio de mercado dado este supuesto. Una segunda alternativa es la que desarrolla De Loecker y Warzynski (2012), el que deriva una expresión para el margen que depende de la elasticidad de producción de un insumo variable y de la fracción que representa el gasto en tal insumo respecto del ingreso por venta del producto. En este enfoque, el desafío estadístico reside en estimar la elasticidad de producción respecto del insumo, así como la producción esperada del producto, trabajo que los autores realizan estimando una función de producción, siguiendo una variante de la técnica que introduce Ackerberg et al. (2006). En la objeción del aportante, sorprendentemente, no existe alusión alguna a estos trabajos, a pesar del tono categórico de la misma.

Por último, observamos que los cálculos que realiza la FNE en la sub sección III.B.v del IP buscan de manera simple proveer una idea del orden de magnitud del impacto que podría tener en los precios la dinámica de competencia que se observa en el segmento mayorista del GLP. Este ejercicio no tiene la finalidad de establecer posibles responsabilidades indemnizatorias de los incumbentes, ni el nivel de éstas, por ser un asunto que escapa de la finalidad de un estudio de mercado. En definitiva, es un cálculo que permite afirmar que el impacto de una modificación al funcionamiento del mercado sería relevante y que por lo tanto una intervención regulatoria se justificaría. Sin perjuicio de lo anterior, en la sección que sigue, discutimos la razonabilidad del enfoque que usó la FNE.

Observamos, asimismo, que los resultados sustanciales de esta sección demuestran que la intensidad competitiva del segmento mayorista de distribución de GLP es baja, y que la evidencia sugiere una dinámica de competencia consistente con cooperación tácita -lo que no necesariamente implica la existencia de un cartel-. Estas conclusiones no pueden ser refutadas mediante críticas al ejercicio que se lleva a cabo en la siguiente sección, puesto que tales conclusiones no se sustentan en el mismo.

En síntesis, dadas estas observaciones, la FNE desestima la crítica que realiza el aportante. Primero, pues objeta latamente un cálculo sencillo que busca dar una idea de un posible impacto, con la finalidad de evaluar la pertinencia de una modificación regulatoria, no hacer un cálculo de una indemnización de perjuicios. Segundo, incluso si se buscase establecer un daño, la crítica del aportante no aborda los elementos centrales de un cálculo de esta naturaleza, limitándose a criticar el proxy de costo marginal que utiliza la FNE. Tercero, y si se aceptase que el elemento central del cálculo de daños es el costo marginal, el aportante señala de manera categórica que el que debiese considerarse es el total con el que se calculan el EBITDA o EBIT, lo que conlleva realizar una serie de supuestos que no son razonables en general, y tampoco en el segmento de distribución mayorista de GLP.

## **II. Sobre la Razonabilidad del Cálculo que Realizó la FNE**

Si bien en la conclusión de la sección III.B del Informe Preliminar no entregamos mayor detalle respecto del cálculo del posible impacto que puede tener la dinámica de competencia en el segmento mayorista del GLP, éste sí tiene un fundamento teórico, como describimos a continuación.

Idealmente, se debiese comparar el equilibrio observado con uno en el cual las empresas compiten, por ejemplo, a la Bertrand con productos diferenciados. Así, en un mes representativo, debiésemos comparar  $p_t^o$ , el precio observado, con  $p_t^c$ , el precio en el régimen

competitivo, y el sobre precio sería la diferencia entre ambas magnitudes. En cambio, lo que hicimos fue sustraer los márgenes en dos períodos de tiempo distintos:

$$m_t - m_0 = (p_t^o - a_t) - (p_0^o - a_0) = p_t^o - (p_0^o + \Delta a_t) \leq p_t^o - (p_0^c + \Delta a_t), \quad (1)$$

donde el subíndice 0 denota el período de referencia,  $a_t$  el costo de adquisición del GLP (el que no asumimos necesariamente igual al costo marginal), y  $\Delta a_t = a_t - a_0$ . Además, para construir la última desigualdad, hemos ocupado que  $p_0^c \leq p_0^o$ .

A continuación, argumentamos informalmente que, dadas las características de la industria,  $\Delta a_t \approx \Delta p_t^c$  es una aproximación razonable y, por lo tanto, resulta razonable que

$$m_t - m_0 \leq p_t^o - p_t^c. \quad (2)$$

Partimos reformulando la evaluación de la aproximación  $\Delta a_t \approx \Delta p_t^c$  como la evaluación del pass-through que habría en el segmento mayorista del GLP en un régimen de competencia imperfecta. En otras palabras, evaluamos qué tan válido resultaría suponer  $dp/da \geq 1$  en un contrafactual de competencia imperfecta en el segmento mayorista del GLP.

Luego, observamos que, en el caso de esta industria, donde los distribuidores de GLP seguramente tienen costos marginales similares y enfrentan demandas parecidas en el grueso de sus ventas, resulta razonable usar el resultado en Weyl y Fabinger (2013) para el caso de empresas simétricas que compiten de manera imperfecta. En el trabajo, los autores derivan una expresión para el pass-through de un impuesto al precio de equilibrio. Notando que el costo de adquisición del GLP puede considerarse un impuesto, por cuanto mueve la curva de oferta inversa paralelamente, al no depender de la cantidad demanda, podemos escribir:

$$\frac{dp}{da} = \frac{1}{1 + \frac{\theta}{\epsilon_\theta} + \frac{\epsilon_D - \theta}{\epsilon_s} + \frac{\theta}{\epsilon_{ms}}}, \quad (3)$$

donde  $\theta = \epsilon_D [p - mc]/p$ , es el índice de Lerner ajustado por la elasticidad de la demanda del mercado  $\epsilon_D = -D'p/Q$ ,  $\epsilon_s = S'p/Q$  es la elasticidad de la oferta,  $\epsilon_{ms} = ms/ms'Q$  es la elasticidad del excedente marginal de los consumidores  $ms = -p'Q$  y, por último,  $\epsilon_\theta \equiv \theta/[Q(d\theta/dQ)]$ .

Por último, mostramos que, dadas las características de la industria, para un conjunto importante de modelos de competencia y especificaciones de demanda, el denominador de

lado derecho de (3) será menor o igual a 1. Para ver esto, primero, observamos que en el segmento de distribución mayorista del GLP es razonable suponer que la elasticidad de la oferta sea muy grande, ya que no hay motivo para pensar que el costo marginal varíe de manera significativa con la cantidad. Por otra parte, la elasticidad de la demanda estará acotada, especialmente, en un periodo de tiempo de un mes, pues cambiar de insumo energético requiere la compra de equipamiento para consumir una alternativa. Así, resulta probable que  $[\epsilon_D - \theta]/\epsilon_s \approx 0$ .

Segundo, notamos que para un conjunto importante de modelos de competencia y especificaciones de demanda,  $1/\epsilon_\theta \leq 0$ . Como lo señalan Weyl y Fabinger (2013),  $\theta$  no varía con la cantidad, y por lo tanto  $1/\epsilon_\theta = 0$ , en modelos de competencia de oligopolios con productos homogéneos, específicamente, en los casos de Cournot, Bertrand o modelos de conjeturas como en Delipalla and Keen (1992); en modelos de productos simétricamente diferenciados donde se compite en precios y los sistemas de demanda son lineales; y, en modelos de competencia monopolística de una industria, específicamente, la versión cuasi-lineal del modelo de Dixit y Stiglitz (1977). Adicionalmente, Weyl y Fabinger (2013) muestran  $1/\epsilon_\theta < 0$  para modelos de competencia con productos simétricamente diferenciados donde se compite en precios y la demanda se modela con elecciones discretas. En todos estos modelos, los autores muestran, además, que  $\theta < 1$  cuando los productos son sustitutos.

Tercero, en el denominador del lado derecho de (3), el término  $1/\epsilon_{ms}$  caracteriza la curvatura de la curva de demanda, la que en general será una magnitud acotada, menor que 1 si la demanda es convexa y negativa si la demanda es log convexa (Weyl y Fabinger 2013). Así, para un conjunto importante de demandas tendremos que  $\theta/\epsilon_{ms} \leq 0$ .

Considerando estas tres observaciones en su conjunto, concluimos que  $dp/da \geq 1$  es una expresión válida para un conjunto relevante de modelos de competencia y sistemas de demanda, dadas las características de la industria. Adicionalmente, notamos que, para el caso de competencia monopolística, y una demanda residual suficientemente convexa, se puede relajar el supuesto de simetría y el resultado aún se cumple (Mrázová y Neary, 2017). Por lo tanto, la expresión (2) no es arbitraria en absoluto, como lo sugiere el aportante.

### **III. Respuesta a crítica sobre la caracterización de la dinámica competitiva en el segmento mayorista del GLP**

En esta crítica el aportante objeta la caracterización de la dinámica competitiva que realiza la Fiscalía, rechazando los tres argumentos que entrega la FNE para sustentar su conclusión. En primer lugar, el aportante indica que la caracterización de los factores estructurales o bien

sería incorrecta, o bien el factor estructural considerado no sería relevante. En cuanto a esto último, observamos que todos los factores que la FNE distingue son destacados en textos elementales de organización industrial como elementos que aumentan los riesgos de coordinación; la Fiscalía simplemente realiza una exploración básica, guiándose por lo que sugieren tales referencias. Objeto esto es, simplemente, objetar el conocimiento que la disciplina ha aquilatado.

Adicionalmente, el aportante señala que las empresas no serían simétricas. Para sustentar esta afirmación el aportante muestra cómo las participaciones de mercado de la empresa que representa varían geográficamente, a través de las distintas regiones del país, y a nivel de canales, distinguiendo el canal envasado y granel. Dado que hay variación, el aportante concluye, las empresas no son simétricas y, por lo tanto, este no es un factor que aumente el riesgo de coordinación. La FNE observa que el aportante se desvía del punto central. Lo importante no es que las participaciones sean perfectamente simétricas, si no que exista la amenaza creíble que un rival pueda contestar en caso de que otro se desvíe. Para esto más que simetría perfecta, se necesita que en una parte importante de los mercados todos los competidores tengan participaciones relevantes. Esto es lo que observamos en los datos. Si bien no lo hacemos explícito en el informe, analizamos la distribución del IHH anual para mercados definidos como la combinación de un canal con una región. Nos enfocamos en aquellos mercados que concentraban más del 80% del volumen de ventas en un año, y nos centramos en el periodo comprendido por los años 2017 a 2020, periodo para el que teníamos los datos de todas las empresas. En un 25% de estos mercados, los IHH fueron inferiores a 4000; para un 50% el IHH fue inferior a 4500, salvo en 2019 donde un 50% de los mercados tuvo IHH menor que 500; y, para un 75%, el IHH fue inferior a 5500, salvo en 2019, donde el percentil 75 fue cercano a 6000. Si bien concordamos con que la simetría dista de ser perfecta, estos números sugieren que las empresas sí tendrían la capacidad de contestar si una de ellas se desviase de un régimen coordinado.

Continuando con su crítica, el aportante cuestiona la medición de trasmisión asimétrica de precios realizada por la Fiscalía. Su crítica se fundamenta en los resultados de un estudio que desarrollan Fernando Díaz y Marco Morales, los que replican el ejercicio de la FNE con datos de la empresa que representa el aportante. En base a este estudio, el aportante indica que el ejercicio que realizó la FNE sería incorrecto, y por consiguiente sus resultados inválidos, por los siguientes motivos: (i) la FNE no utiliza el costo del GLP para realizar su medición, sino que lo instrumentaliza con los precios internacionales del petróleo; (ii) la Fiscalía utiliza un modelo de ajuste asimétrico de largo plazo para concluir, siendo que los efectos en éste son bastante más pronunciados que un modelo sin ajuste asimétrico de largo plazo como el que la entidad estima pero no comenta; y (iii) la FNE no parece haber usado efectos fijos.

Respecto del punto (i), observamos que el precio del petróleo es un buen predictor del precio adquisición del GLP a nivel de la industria, lo que se aprecia a nivel intuitivo en la Figura 26 del IP. En todo caso, la FNE realizó el ejercicio sin instrumentos y los resultados no cambian de manera significativa. De todas formas, se aclara esto en el IF. Respecto del punto (ii), observamos que la principal conclusión se este apartado del informe es que la intensidad competitiva del sector es baja. Esta conclusión se fundamenta en los resultados de la estimación del modelo sin asimetría de largo plazo, tal y como se indica en los párrafos 266 a 269 del IP. Por último, en cuanto al punto (iii), aclaramos que todas las regresiones que se presentan en la sección se realizan con efectos fijos. Agregamos esta observación al IF.

Terminamos sopesando la última objeción del aportante. Ésta se refiere al test basado en el trabajo en Borenstein y Shepard (1996). En la objeción, el aportante indica que (i) la FNE instrumentaliza nuevamente con el precio internacional del petróleo el costo de adquisición del GLP; y (ii) no reporta la magnitud del efecto que encuentra.

En cuanto al punto (i), no se entiende la crítica del aportante por cuanto los efectos se encuentran por el lado de la demanda. Además, la FNE realiza el ejercicio con y sin instrumentos, y los resultados se mantienen, lo que nota en el párrafo 284 del IP. En cuanto al segundo punto, éste resulta aún más sorpresivo. En su respuesta, el aportante cita un párrafo en Borenstein y Shepard (1996) para concluir a continuación, en el numeral 68, que “*(...) no es posible saber en qué medida los resultados que obtuvo la Fiscalía respaldan sus conclusiones, porque no reporta la magnitud de los efectos que encuentra*”. Lo sorprendente es que esta conclusión la derive del párrafo que cita, el que en su última oración establece, textualmente, “*So a finding of any effect of expected future conditions on current margins supports the claim that firms are not in a noncooperative equilibrium*”. Precisamente, la Fiscalía encuentra este efecto y, tal como indica el trabajo que el mismo aportante cita, concluye lo mismo.

En resumen, la FNE mantiene su posición en cuanto a que la dinámica de competencia el segmento mayorista del GLP es débil y que los riesgos de coordinación posiblemente sean elevados. Los argumentos esgrimidos por el aportante resultan insuficientes para persuadir a esta entidad de lo contrario.

#### **IV. Respuesta a crítica sobre las implicancias de las restricciones verticales**

En su análisis de las relaciones verticales entre mayoristas y minoristas de GLP, para arribar a una conclusión respecto de sus efectos en la competencia, la FNE examina once argumentos que han sido postulados en la literatura de organización industrial a favor y en

contra de estas estructuras, como lo indicó el párrafo 319 del IP. Para criticar tal conclusión, el aportante se enfoca en objetar dos de los argumentos anti competencia examinados: (i) la delegación estratégica de precios, y (ii) el riesgo de cierre de mercado. Adicionalmente, profundiza su crítica argumentando que en el segmento mayorista del GLP se competiría intensamente. El aportante no se refiere al resto de los argumentos revisados por la Fiscalía, destacándose el que haya ignorado completamente la discusión de las implicancias que tiene la estructura vertical en estabilizar un equilibrio de cooperación para no rivalizar. Esta es una cuestión relevante a discutir, dados los resultados de los análisis realizados en la sección III.B del IP. Es por esto que, aún si se concordase con las objeciones que formula el aportante, faltarían antecedentes para persuadir a la FNE de su opinión en cuanto al efecto de las restricciones verticales en el sector.

En cualquier caso, la FNE no comparte plenamente las objeciones del aportante. Exponemos brevemente el por qué. En primer lugar, el aportante establece que la delegación estratégica de precios no sería una consecuencia plausible en este mercado. Esto, pues: (i) los minoristas no tienen poder de mercado; (ii) los distribuidores mayoristas pagan comisiones e incentivos para aumentar el volumen de ventas de los minoristas, intensificando de esta manera la competencia aguas abajo; y (iii) los mayoristas tienen un incentivo a eliminar el problema de doble marginalización. La FNE no concuerda con el primer pilar de la argumentación, dado que, en última instancia, el poder de mercado del minorista puede ser influenciado por el mayorista, debido a su poder de negociación. No resulta razonable pensar que la red de distribución de un mayorista sea exógena para este agente. Por el contrario, seguramente, la puede configurar definiendo con qué minoristas asociarse. Así, si en equilibrio fuese conveniente para los mayoristas otorgar poder de mercado a minoristas, podrían hacerlo mediante la limitación de su número.

Sin perjuicio de lo anterior, reconocemos que el hecho que los mayoristas paguen comisiones por cumplimiento de metas le resta plausibilidad al argumento de delegación estratégica de precios. Esto por cuanto el minorista no decide libremente la cantidad a vender y, por consiguiente, el precio a cobrar. Agregamos esta observación al Informe Final.

En segundo lugar, en cuanto al riesgo de cierre de mercado que generan los contratos de exclusividad, el aportante indica que éste no sería el caso, pues, por una parte, estos contratos tienen otra finalidad. La exclusividad entre mayoristas y minoristas permiten que la distribución del GLP envasado se realice de manera eficiente. En contraposición, una distribución multi-marca no sería eficiente por dos motivos. Primero, los mayoristas no tendrían incentivos a invertir para mejorar la infraestructura (tanto física como tecnológica) que ocupan los minoristas para distribuir, pues el beneficio de este esfuerzo no sería

capturado completamente por la marca. Además, pese a que un minorista puede tener incentivos más fuertes a proveer calidad cuando no es parte de una marca, no puede hacerlo mejor -y aquí citamos al aportante- “*por una mera cuestión estadística*”, que interpretamos como: un minorista por sí solo no puede hacer balanceo de inventario y de camiones repartidores con la misma eficiencia que sí lo puede hacer un coordinador centralizado. Adicionalmente, el aportante indica que no es correcto afirmar que sea imposible encontrar nuevos distribuidores minoristas. Esto, pues la empresa del aportante se ha asociado a cerca de X<sup>47</sup> nuevos distribuidores en los últimos 8 años, aunque el número operando en la actualidad se ha reducido a poco más X<sup>48%</sup> respecto de los activos en 2012. Por último, el aportante indica que el volumen distribuido ha crecido lentamente y las utilidades han sido moderadas, lo que, en última instancia, explica que no haya habido más entrada en el segmento mayorista de GLP.

La FNE no está de acuerdo con el aportante en ninguna de sus fundamentaciones sobre este punto. En primer lugar, respecto de que en ausencia de las relaciones de exclusividad no sería factible proveer la calidad de servicio actuales, notamos que la ausencia de marcas aguas abajo proveería incentivos más fuertes a los distribuidores minoristas para proveer un buen servicio. Y, si bien concordamos con que la logística de distribución de última milla de un conjunto de minoristas coordinados puede ser superior a la de estos operando sin una coordinación centralizada, no entendemos por qué este negocio debe aparejarse al de distribución mayorista de GLP. Existen hoy múltiples compañías cuyo negocio principal es la logística de última milla, las que, seguramente, estarían en una posición mucho más ventajosa para realizar esta labor que los mayoristas de GLP.

Asimismo, no entendemos el sustento que da el aportante respecto a la disponibilidad de distribuidores minoristas. Centra su atención en los minoristas potenciales, como si éste fuese el último determinante del número de activos en un mercado. Claramente tal no es el caso. Independiente de cuántos minoristas potenciales existan, su número finalmente estará determinado por lo que pueda sostener un mercado, que a su vez dependerá del tamaño de la demanda y de las condiciones tecnológicas. En una industria madura, es esperable que el número que puede sostener el mercado haya sido alcanzado y que, por lo tanto, independientemente de que existan muchos individuos que quieran dedicarse a esta labor, no puedan abrirse nuevas plazas de manera rentable. El mismo aportante entrega cifras que apuntan en esta dirección, las que indican una reducción sistemática del número de minoristas asociados, una demanda que ha crecido en el tiempo, y una participación que se ha mantenido constante. En otras palabras, el volumen que distribuye un minorista ha

---

<sup>47</sup> Esta cifra no es de carácter público por petición expresa de la empresa aportante.

<sup>48</sup> Esta cifra no es de carácter público por petición expresa de la empresa aportante.

aumentado en el tiempo, y por lo tanto se ha disminuido el número de plazas que puede sostener un mercado. Esto sólo refuerza el punto que hace la Fiscalía. Los contratos de exclusividad posiblemente limiten la entrada de nuevos mayoristas al mercado, a pesar de que exista un libre acceso al suministro de gas.

Por último, la Fiscalía tampoco entiende el tercer sustento que entrega el aportante. Indica que el hecho fundamental que explica la inexistente entrada al segmento mayorista de GLP son los márgenes moderados y una demanda que crece de manera débil. En primer lugar, los márgenes contables poco y nada tienen que ver con los márgenes económicos (Fisher y MacGowan, 1983). Negar esto sería negar la manera que tienen los mercados de avanzar la frontera de posibilidades productivas. Si emerge una nueva tecnología que puede disminuir considerablemente los costos marginales, por mucho que existan magras o nulas utilidades contables, existirá entrada. En segundo lugar, plausiblemente, la productividad de una empresa depende de las condiciones de competencia en la cuales se desenvuelve (Backus, 2020). En otras palabras, los costos contables, plausiblemente, dependen del régimen de competencia. Así, tal variable resulta de poca utilidad para explicar el nivel de entrada en un mercado.

El aportante, además de criticar las observaciones de la Fiscalía en cuanto a la delegación estratégica de precios y los riesgos de cierre de mercado asociados a la integración vertical, argumenta que en el segmento mayorista se compite fuertemente. Para realizar esta afirmación, considera un modelo teórico en el cual el índice de Lerner es igual a un parámetro que determina el nivel de competencia dividido por el número de competidores y la elasticidad de la demanda de mercado. El aportante calibra su modelo con una elasticidad que estima es apropiada y con un índice del Lerner que, según indica, sería igual al margen EBIT porcentual. Concluye que, si las empresas compitiesen a la Cournot, existirían 18 empresas, y considerando que hoy existen tres entonces el parámetro de competencia sería muy similar al de competencia perfecta.

La FNE no considera que el ejercicio realizado por el aportante sustente la afirmación que realiza. En primer lugar, su medición de grado de competencia se aleja de la práctica contemporánea, la que requiere de análisis bastante más exhaustivos para hacer afirmaciones categóricas respecto del nivel de competencia en un mercado particular. Así, incluso si no hubiese más reparos que éste, de ninguna manera podría considerarse el ejercicio como evidencia concluyente respecto de la intensidad de competencia en el segmento mayorista del GLP.

En segundo lugar, la FNE tiene importantes objeciones en cuanto a los valores utilizados por el aportante para calibrar su modelo. Para empezar, notamos que respecto de la elasticidad

de mercado del GLP, el autor afirma que ésta es más bien baja, basándose en trabajos que no han sido revisados por pares, por lo que no podemos dar fe de la calidad de los mismos. Peor aún, la elasticidad que utiliza para proveer referencia es la de la demanda por calor, la que difícilmente es extrapolable a la de la demanda de GLP, por ser éste sólo uno de los múltiples combustibles que pueden utilizarse para calefacción. De hecho, aportantes de empresas competidoras han remarcado el hecho de que mayoristas de GLP enfrentan fuertes presiones competitivas en invierno, y que debido a esto realizan campañas de descuento y esfuerzos publicitarios. Pero, además, el aportante calibra de manera incorrecta el índice de Lerner, para el que utiliza el margen EBIT porcentual promedio en el periodo de estudio. Aunque ya lo hemos observado en varias oportunidades en este documento, lo volvemos a señalar: los márgenes contables no son iguales a los márgenes económicos, algo sobre lo que existe consenso hace bastante tiempo, cuando menos, en la disciplina de organización industrial.

Luego, no es extraño observar que las conclusiones del ejercicio no se condigan con lo que se observa en los datos. Por ejemplo, si como dice el aportante, la intensidad observada en el mercado fuese la de 18 empresas compitiendo a la Cournot, el pass-through que debería observarse sería cercano a la unidad, 18/19 para ser precisos. Por el contrario, esto no es lo que se observó a finales de 2014, donde los costos de adquisición cayeron bruscamente, pero los precios de venta no, apreciándose un pass-through más parecido al que se observaría en un monopolio.

En síntesis, la FNE mantienen su posición en cuanto a los posibles efectos de las restricciones verticales entre mayoristas y minoristas de GLP. Estimamos que la argumentación del aportante es incompleta, y, adicionalmente, la mayor parte de las afirmaciones realizadas carecen de un sustento que resulte meritorio para esta Fiscalía.

**REFERENCIAS:**

- Ackerberg, D., Caves, K., & Frazer, G. (2006). Structural Identification of Production Functions. Disponible en [https://mpra.ub.uni-muenchen.de/38349/1/MPRA\\_paper\\_38349.pdf](https://mpra.ub.uni-muenchen.de/38349/1/MPRA_paper_38349.pdf).
- Backus, M. (2020). Why Is Productivity Correlated With Competition? *Econometrica*, 88(6), 2415–2444.
- Berry, S., Gaynor, M., & Scott Morton, F. (2019). Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization. *Journal of Economic Perspectives*, 33(3), 44–68.
- Berry, S., Levinsohn, J., & Pakes, A. (1995). Automobile Prices in Market Equilibrium. *Econometrica*, 63(4), 841–890.
- Bresnahan, T. F. (1989). Capítulo 17 Empirical Studies of Industries with Market Power. En *Handbook of Industrial Organization* (Vol. 2, pp. 1011–1057). Elsevier.
- Delipalla, S., & Keen, M. (1992). The comparison between ad valorem and specific taxation under imperfect competition. *Journal of Public Economics*, 49(3), 351–367.
- De Loecker, J., Eeckhout, J., & Unger, G. (2020). The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications. *The Quarterly Journal of Economics*, 135(2), 561–644.
- De Loecker, J., & Warzynski, F. (2012). Markups and Firm-Level Export Status. *American Economic Review*, 102(6), 2437–2471.
- Dixit, A. K., & Stiglitz, J. E. (1977). Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity. *The American Economic Review*, 67(3), 297–308.
- Fisher, F. M., & McGowan, J. J. (1983). On the Misuse of Accounting Rates of Return to Infer Monopoly Profits. *The American Economic Review*, 73(1), 82–97.
- Mrázová, M., & Neary, J. P. (2017). Not So Demanding: Demand Structure and Firm Behavior. *American Economic Review*, 107(12), 3835–3874.
- Syverson, C. (2019). Macroeconomics and Market Power: Context, Implications, and Open Questions. *Journal of Economic Perspectives*, 33(3), 23–43.
- Weyl, E. G., & Fabinger, M. (2013). Pass-Through as an Economic Tool: Principles of Incidence under Imperfect Competition. *Journal of Political Economy*, 121(3), 528–583.
- Zona, J. D. (2011). Structural Aproaches to Estimating Overcharges in Price-Fixing Cases. *Antitrust Law Journal*, 77(2), 473–494.