

Santiago, trece de noviembre de dos mil diecinueve.

Vistos:

En estos autos Rol N° 4108-2018, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (en adelante, indistintamente, "la corporación" o "CONADECUS"), sometió a consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante "TDLC"), de conformidad con el artículo 31 del D.L. N° 211, las siguientes materias:

a) La adquisición existente o por celebrarse de CGE por parte Gas Natural Fenosa, en cuanto se pronuncie si ella se ajusta a las normas de Defensa de la Libre Competencia y si corresponde fije las condiciones que deberán ser cumplidas en tal adquisición.

b) Las actuales relaciones de propiedad existentes entre las diferentes empresas que operan en el mercado relevante del gas (gas licuado de petróleo y gas natural licuado), y que, en caso de que proceda, fije las condiciones necesarias para evitar que dichas integraciones verticales y horizontales continúen causando daño o poniendo en peligro la libre competencia.

c) Dicte instrucciones de carácter general para que sean consideradas por las empresas en los actos o contratos que ejecuten o celebren en el mercado relevante objeto de



esta presentación y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

d) De conformidad a lo previsto en el artículo 31 de Ley de Servicios de Gas (Decreto con Fuerza de Ley N° 323, de 1931) y atendido a que el Ministerio de Energía ha informado que la concesionaria Metrogas ha obtenido una tasa de rentabilidad económica superior a la tasa de costo anual de capital definida en el artículo 32 del referido texto legal, solicite a dicho Ministerio la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines respecto de todos los consumidores de las Regiones Metropolitana y del Libertador General Bernardo O'Higgins.

Por resolución de 30 de octubre de 2014, el TDL declaró inadmisibile la consulta, decisión que fue revocada por esta Corte Suprema el 29 de enero de 2016, en autos Rol N° 30.190-2014, ordenándose su continuación para *"conocer de las integraciones verticales y horizontales que existirían en el mercado conformado por los productos de gas licuado de petróleo y gas licuado natural, y de la operación de adquisición de la Compañía General de Electricidad S.A. (CGE) por Gas Natural Fenosa y su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia"*, delimitando, con claridad, el objeto del procedimiento.



I. Consulta.

El consultante explica, en síntesis y en el marco fáctico antes indicado, que el mercado consultado se compone de tres productos: El gas licuado de petróleo (en adelante "GLP"), el gas natural licuado (en adelante "GNL"), y el gas de ciudad, representando cada uno de ellos, a 2013, el 72,4%, 27,1% y 0,4% del consumo, respectivamente.

Luego, descompone la participación de los diversos agentes económicos presentes, en esa época, en el mercado del GLP y GNL, llegando a la conclusión que las decisiones sobre la producción, importación, almacenamiento y distribución de ambos productos se concentran en Abastible (Grupo Angelini - COPEC), Gasco (Grupo CGE) y Lipigas (Grupo Yaconi - Santa Cruz), con un 35,3%, 34,6% y 30,1% de participación total, respectivamente, situación que representa un índice de concentración de 3.300 puntos en el índice "*Herfindahl Hirschman*", debiendo calificarse este mercado como "altamente concentrado", teniendo en especial consideración que los dos mayores grupos empresariales poseen una participación cercana al 70% del total.

Refiere, en cuanto a la existencia de integración vertical en el mercado del gas, que su existencia "por todos conocida" parece ser eficiente pues reduce los costos de operación, pero a lo largo de todo Chile dicha



integración vertical podría conllevar riesgos para la libre competencia, por cuanto existen casos en que empresas proveedoras de GNL son además propietarias de compañías que compiten en el mercado de distribución de GNL residencial y comercial, sin especificar los pormenores de aquella imputación.

Argumenta, en lo que guarda relación con la integración horizontal en el mercado del gas, que empresas que se suponen competidoras, como Metrogas (GNL), Gasco (GLP) y Abastible (GLP), comparten directores, generando incentivos para que sus decisiones no sean del todo independientes, provocándose una situación de "interlocking". En el caso de Gasco, CGE posee participación en la distribución de energías de diversa naturaleza, a saber: El 39% de la distribución energía eléctrica en el país, y el 43% del consumo de energía eléctrica mediante diversas filiales. Por su parte, Metrogas (GNL) ha afirmado que mantendrá siempre un precio más bajo que el GLP, y lo ha logrado constantemente salvo periodos de excepción, no compitiendo con las empresas distribuidoras de este último producto (GLP), unidades que compiten captando clientes sólo donde Metrogas no provee GNL por ausencia de interés (sectores alejados o de bajos ingresos). Esta conducta, a entender de CONADECUS, disminuye la "presión competitiva" en el mercado influyendo



en los precios cobrados al consumidor final.

A su turno, respecto al segundo punto de la consulta admitido a tramitación, esto es la adquisición de la Compañía General de Electricidad (CGE) por Gas Natural Fenosa (GNF), el consultante expresa que el 6 de octubre de 2014 CGE informó a la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante "SVS") la existencia de una oferta no vinculante por el 54,19% de sus acciones formulada por GNF, celebrándose, el 11 de octubre de 2014, un contrato de promesa de compraventa a través de una empresa relacionada. Agrega, en este punto, que GNF pertenece a un grupo multinacional líder en el sector energético, pionero en la integración del gas y la electricidad, presente en más de 25 países, donde ofrece servicios energéticos a cerca de 20 millones de clientes, operando en toda la cadena de valor del gas, desde la exploración hasta la distribución y comercialización, pasando por la producción, licuefacción y transporte, contando, además, con instalaciones para el almacenamiento de gas y la regasificación.

Por ello, estima que la adquisición de Gasco (controlada por CGE) podría involucrar riesgos anticompetitivos como empaquetamientos, aumento de poderes de compra o venta y profundización de la integración vertical actualmente existente, pudiendo ser considerada, la operación, como más intensa que un simple reemplazo de



propietario de uno de los tres operadores del mercado del gas.

Cabe señalar, sobre este punto, que se acreditó que la operación consultada fue posteriormente concretada, adquiriendo GNF el 96,50% del capital accionario de CGE, en noviembre de 2014, según se detallará más adelante.

A modo de conclusión, CONADECUS arguye que no acusa la existencia de abuso de la posición dominante de alguno de los actores presentes en el mercado, sino que su pretensión se basa en el riesgo de que, en una industria concentrada como factor facilitador, llegasen a existir conductas anticompetitivas. En concreto, en el mercado del GNL se está en presencia de un monopolio natural (sólo Metrogas actúa como distribuidor en la Región Metropolitana), cuyo competidor es un sustituto imperfecto (GLP), mientras que sus operadores (Gasco, Abastible y Lipigas) son propietarios del primero.

Entonces existiría un "gran monopolio" en el mercado del gas, sin incentivo para bajar sus precios al incorporar la diferencia de precios entre competidores como externalidad negativa, agregando que idéntica situación pudiera estar ocurriendo en otras zonas del país.

Por lo anterior, solicitó al TDLC, respecto de la adquisición de CGE por Gas Natural Fenosa, que disponga las medidas y los remedios de comportamiento orientados a que



el ingreso de este nuevo operador permita efectivamente la presencia de otros actores distintos a los que actualmente existen, que, por lo demás, se encuentran ligados por relaciones de propiedad; y, en cuanto a eventuales integraciones verticales y horizontales, se disponga, ya sea que se concrete o no la compra de CGE por GNF, las medidas para desintegrar las propiedades con la finalidad de contar con un mercado competitivo.

II. Informantes, aportantes e intervinientes.

Comparecieron en tal calidad ante el TDLC las siguientes empresas, organizaciones y reparticiones públicas: GasAndes S.A., la Superintendencia de Valores y Seguros, Gasvalpo S.A., Intergas S.A., GNL Quintero S.A., Gas Natural Fenosa Chile SpA, la Asociación de Empresas de Gas Natural A.G., GNL Chile S.A., Gasco S.A., Metrogas S.A., Lipigas S.A., la Fiscalía Nacional Económica, Abastible S.A., COPEC S.A., la Comisión Nacional de Energía, Empresa Nacional de Electricidad S.A., Empresa Nacional del Petróleo, el Ministerio de Energía, el Servicio Nacional del Consumidor, GNL Mejillones S.A., Electrogas S.A., AES Gener S.A., Gaseoducto Nor Andino SpA, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Colbún S.A., Gaseoducto del Pacífico S.A., Innergy Transportes S.A., GasAtacama Chile S.A., Hualpén S.A., Innergy



Soluciones Energéticas S.A., la Sociedad Nacional de Oleoductos S.A., y Oxiquim S.A.

III. Dictamen.

El 17 de enero de 2018 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la Resolución N° 51 de 2018, que, detectando riesgos horizontales derivados de las relaciones de propiedad existentes en el mercado del gas, impuso las siguientes medidas:

Respecto de la participación de COPEC en Metrogas y Abastible:

i. El directorio de Copec sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible;

ii. Los directores y funcionarios de Copec deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Metrogas a personas que sean dependientes o relacionadas con Abastible. En el mismo sentido, los directores y funcionarios de Copec deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Abastible a personas que sean dependientes o relacionadas con Metrogas;

iii. Los auditores de Abastible deberán ser siempre distintos de los que auditen a Metrogas.

iv. Copec, Abastible y Metrogas, en caso de que no tuvieran, deberán elaborar un programa de *compliance*



siguiendo, al menos, lo dispuesto por la FNE en su guía sobre programas de cumplimiento.

□A su vez, respecto de la participación de Abastible y Gasco en Gasmar, ordenó:

i. Abastible y Gasco deberán enajenar, en el plazo de 18 meses, su propiedad en el terminal Gasmar. Para estos efectos, se entenderá que el objeto de la desinversión se compone del paquete de activos de Gasmar que sean suficientes para continuar con la normal operación productiva de éstos como unidad económica funcional.

ii. Esta enajenación deberá ser realizada a una persona natural o jurídica que cumpla los siguientes requisitos:

a. Ser independiente de Abastible, Gasco, Lipigas o de cualquier competidor en el mercado de distribución minorista de GLP y GN, no pudiendo ser, entre otros, considerado una persona o entidad relacionada a dichas empresas, conforme los términos señalados en el artículo 100 de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores;

b. Poseer capacidad financiera y comercial suficiente como para hacer de Gasmar una empresa viable y competitiva en el mercado.

Luego, detectando riesgos verticales derivados de las relaciones de propiedad existentes en el mercado, impuso



que los administradores de la capacidad de los terminales deberán publicar en sus sitios web, periódicamente y de manera estandarizada, la información que tengan disponible que diga relación con: i. Las capacidades del terminal de desembarque, de la planta de regasificación y de las instalaciones de almacenamiento, incluyendo la capacidad técnica máxima, la capacidad firme e interrumpible contratada y la capacidad disponible para el mercado primario; ii. La capacidad disponible de corto plazo y las capacidades disponibles en el mercado secundario, así como la periodicidad con la cual esta información es actualizada; y, iii. La capacidad contratada y disponible de las instalaciones, de forma cuantificada, periódica y continua, de manera estandarizada y fácilmente comprensible para el usuario.

Por último, en lo que dice relación con la adquisición de CGE por el grupo GNF, no adoptó medida alguna.

Contra la Resolución N° 51 de 2018 Gasco S.A., CONADECUS, Abastible S.A., Copec S.A. y Gasmar S.A. dedujeron, de manera independiente, recursos de reclamación.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- La Resolución N° 51 de 2018.



Primero: Que, previo a la exposición y análisis de las reclamaciones, resulta imprescindible exponer los principales razonamientos que determinaron la decisión que es impugnada en autos.

1.- Ámbito del proceso:

El TDLC constata que, si bien se está en presencia de un procedimiento no contencioso iniciado mediante una consulta, lo cierto es que el cumplimiento de la finalidad preventiva o correctiva establecida en la ley confiere al tribunal discrecionalidad en cuanto a las medidas y condiciones a imponer, no encontrándose limitado a lo solicitado por el consultante, intervinientes o aportantes, siendo el órgano jurisdiccional el encargado de estudiar el acto consultado y concluir cuáles pueden ser las mejores vías para evitar sus efectos negativos. Sin embargo, debe existir congruencia entre los hechos, actos o contratos que fueron objeto de consulta y la calificación jurídica de los mismos en el escrito que da a inicio la misma, no siendo posible modificarlos en la resolución final.

Por otro lado, expresa que en un procedimiento como el de autos no es posible reglar de manera general un mercado específico, función que pertenece al ámbito de otra potestad.

Así, el análisis a realizar se centra, en primer lugar, en las actuales relaciones de propiedad existentes



entre las distintas empresas que operan en el mercado del gas, entendiendo por "actuales" aquellas que existían a la fecha de la audiencia pública de 15 de noviembre de 2016. En segundo lugar, estima que corresponde al TDLC conocer la adquisición, existente o por celebrarse, de CGE por parte de GNF Chile, a fin de pronunciarse acerca de si ella se ajusta o no a la libre competencia y si corresponde fijar las condiciones que deben ser cumplidas en tal adquisición. Anuncia, finalmente, que todo otro asunto será excluido, al no guardar relación con el objeto delimitado por esta Corte Suprema.

2.- Análisis de las relaciones de propiedad existentes en la industria del gas:

La sentencia reclamada centra su estudio en los dos productos más relevantes presentes en este mercado: El gas natural (GNL) y el gas licuado de petróleo (GLP), teniendo presente □ que ambos operan como sustitutos imperfectos entre sí; productos que, por lo demás, encuentran cuatro etapas en su cadena de comercialización: Producción o importación, almacenamiento y entrega, transporte, y distribución.

En cuanto al gas natural, se trata de un combustible obtenido desde yacimientos, sin procesamiento, que luego es distribuido por cañerías o ductos. Fue introducido desde Argentina en la década de 1990, a través de gaseoductos



construidos por privados, siendo de público conocimiento que en la década de 2000 se registraron problemas de abastecimiento. Por ello, se encomendó a ENAP su importación en estado líquido (GNL) por vía marítima, para luego ser regasificado en plantas ubicadas en Chile, aptitud que actualmente poseen los terminales de GNL Mejillones (que tiene por destino del producto su transformación en calor y luego en electricidad que es aportada al Sistema Interconectado del Norte Grande) y GNL Chile (ubicado en Quintero). El GNL importado a través de GNL Chile proviene en un 91% de Trinidad y Tobago, siendo proveído por British Gas a través de un contrato de largo plazo (vigente hasta 2030). La participación de ambos terminales en la fase de importación, almacenamiento y entrega del mercado del GNL, corresponde en un 13% a GNL Mejillones y 84% a GNL Chile, siendo relevante destacar que el primero opera bajo un sistema de "acceso abierto", pudiendo utilizar el terminal cualquier operador que desee importar gas, previo pago de una tasa. Por el contrario, GNL Chile sólo permite el acceso directo a sus accionistas: ENAP, Endesa y Metrogas; y a los adjudicatarios en procedimientos *Open Season*: AES Gener y Colbún, sin perjuicio que otros interesados puedan acceder al mercado secundario comprando GN a alguna de aquellas empresas a través de un único intermediario: GNL Quintero.



Luego de descartar la relevancia de la etapa de transporte en el análisis competitivo del GNL, la resolución explica que este producto está presente en 70 de las 346 comunas del país, dos tercios de él se destina a "centros de transformación" y, de esa proporción, un 90% se ocupa en generación eléctrica. El tercio restante (no destinado a transformación) se destina a clientes industriales (42%), comerciales (14%) y residenciales (44%). En lo que importa a la controversia, en la Región Metropolitana el GN es distribuido exclusivamente por Metrogas.

□Dicho lo anterior, las relaciones propietarias en la fase de importación y almacenamiento del GNL se descomponen de la siguiente manera: GNL Quintero, propietaria del terminal Quintero, pertenece a ENAP (20%), Terminal de Valparaíso (40%) y Enagas (40%); en tanto que GNL Chile, operadora del mismo terminal, pertenece en partes iguales (33,3%) a ENAP, Endesa y Metrogas. A su turno, la única distribuidora en la Región Metropolitana, Metrogas, pertenece a GNF Chile (30,17% después de haber adquirido CGE) y COPEC (39,83%).

Por su parte, el gas licuado de petróleo (GLP) es un combustible derivado del refinamiento de aquella sustancia pétrea, siendo distribuido en cilindros o a granel. Su importación se produce principalmente vía marítima a través de tres terminales: Gasmar (ubicado en Quintero), Hualpén



(ubicado en la comuna de igual nombre) y Oxiquim (ubicado también en Quintero), siendo el más importante Gasmar (con 145.000 m³ de capacidad) debiendo considerarse que su controlador, además, ha contratado la totalidad de la capacidad de Hualpén (40.0000 m³). Así, Gasmar utiliza la capacidad de ambos terminales para proveer de GLP a Abastible y Gasco, en tanto que el terminal Oxiquim (con una capacidad de 50.000 m³) suministra este combustible importado a Lipigas. Siendo estas tres (Abastible, Gasco y Lipigas) las empresas relevantes en la fase de distribución del GLP, este servicio se realiza a través de balones (61%) y a granel (39%), en tanto que sus clientes son residenciales (50,5%), comerciales e industriales (49%) y transportistas (0,3%).

Acto seguido, se debe destacar que las relaciones propietarias en la fase de importación y almacenamiento del GLP se descomponen de la siguiente manera. El terminal Gasmar pertenece a Gasco (63,75%) y Abastible (36,25%); el terminal Oxiquim es arrendado a largo plazo y plena capacidad por Lipigas; y el terminal Hualpén pertenece a Gasmar y Abastible por partes iguales (50%). Por su parte, en el caso de las distribuidoras, Abastible es controlada por COPEC (99.07%); Gasco por el grupo "Pérez-Cruz" (94,3%); y Lipigas por el grupo "Yaconi-Santa Cruz" (72,3%).



3.- Riesgos horizontales derivados de las relaciones de propiedad identificadas en la industria del gas y medidas de mitigación adoptadas.

Del mérito de los antecedentes, el TDLC detectó dos situaciones donde la integración horizontal genera riesgos en relación con los potenciales intercambios de información comercial sensible que podrían producirse entre competidores en el mercado.

En primer lugar, tal riesgo se presentaría en la participación de COPEC en Metrogas (GNL) con un 39,83%, en circunstancias que COPEC es controlador de Abastible (GLP) en un 99,07%, debiendo Abastible actuar como competidor de Metrogas, al comercializar un sustituto imperfecto.

Explican, los sentenciadores, que si bien la participación de COPEC en Metrogas es importante pero minoritaria y que el riesgo de *interlocking* directo (que ambas empresas compartan ejecutivos o directores) ha sido atenuado con la inclusión de la letra d) al Art. 3° del DL N° 211 que ahora lo prohíbe, persiste, sin embargo, el riesgo de *interlocking* indirecto o bien de adopción de decisiones estratégicas que morigeren la competencia.

Indican que, por ejemplo, podría existir un incentivo para que Metrogas no expanda o limite la extensión de sus redes de GN porque los nuevos clientes dejarían de consumir GLP distribuido por Abastible. Por el contrario,



concurriría un desincentivo para que Abastible venda GLP en zonas donde opera Metrogas distribuyendo GN. En resumen, COPEC tendría un incentivo para adoptar decisiones comerciales buscando una utilidad conjunta entre ambos productos competidores, atenuando la presión competitiva.

□Por lo anterior, y dada la forma societaria de las empresas mencionadas, estiman que resulta necesario adoptar medidas de tipo conductual, imponiendo los siguientes "cortafuegos" entre los directores de Copec que tengan relación con Abastible y con Metrogas. En concreto, se ordenó que el directorio de Copec sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible; que los directores y funcionarios de Copec deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Metrogas a personas que sean dependientes o relacionadas con Abastible; que, en el mismo sentido, los directores y funcionarios de Copec deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Abastible a personas que sean dependientes o relacionadas con Metrogas; que los auditores de Abastible deberán ser siempre distintos de los que auditen a Metrogas; y, que Copec, Abastible y Metrogas, en caso que no lo tuvieran, deberán elaborar un programa de *compliance* siguiendo, al menos, lo dispuesto por la FNE en su guía sobre programas de cumplimiento.



En segundo lugar, el TDLC detecta riesgos horizontales en la participación de Abastible y Gasco en la propiedad de Gasmar, pues tanto el informe de la FNE como el acompañado por el propio Abastible, dan cuenta de riesgos de coordinación derivados de un eventual traspaso de información sensible entre funcionarios de Abastible y Gasco que participen en cargos ejecutivos o como directores de Gasmar. En efecto, si bien no existe en la actualidad una situación de *interlockin*, con ello no se elimina la posibilidad de traspaso de información, ya que Gasco y Abastible, por el sólo hecho de ser accionistas de Gasmar, pueden acceder a información comercial sensible de su rival a través de los diversos reportes que comúnmente efectúa cualquier sociedad a sus accionistas (por ejemplo, sus estados financieros). En concreto, por medio de Gasmar, Abastible y Gasco (competidoras en la distribución de GLP) podrían compartir información referida a cantidades, estrategias comerciales e inversiones futuras, riesgo que se agrava si se considera que de esta información es posible predecir comportamientos competitivos futuros en el mercado "aguas abajo", dado que se trata de un mercado maduro.

Los sentenciadores estiman que aquel riesgo debe ser mitigado por concurrir ciertas situaciones que conlleven que una eventual coordinación sea cierta y relevante. En



primer orden, el índice de concentración *Herfindahl-Hirschmann* (IHH) es de 3.423 puntos, lo que equivale a una alta concentración y riesgo de coordinación, dada la presencia de sólo tres distribuidores de GLP en el mercado, circunstancia que se agudiza si dos de ellos compran el GLP que distribuyen al mismo proveedor. Luego, se debe considerar que Gasmar importa el 71% del GLP que se consume en Chile, y ello implica que Gasco y Abastible pueden obtener datos tales como precio de compra de GLP por su competidor, los costos de transporte, los costos de operación del terminal y el volumen de GLP comprado, antecedentes que les permite estimar o proyectar, con un alto grado de certeza, el comportamiento futuro de su competidor. Se suma a lo anterior el hecho que, en el mercado del GLP y a diferencia del GN, el poder negociador de los consumidores es bajo, pues se trata de clientes residenciales y comerciales que, mayormente, adquieren balones de GLP, debiendo entenderse, además, que ciertas características del mercado del GLP facilitan que el intercambio de información conlleve coordinación, por cuanto se trata de un mercado homogéneo (mismo gas, mismos balones intercambiables) y transparente (precio de venta al consumidor de cada unidad es público). Finalmente, el riesgo también estaría dado por existir contactos multimercado que podrían fomentar la coordinación, pues si



Coppec (que participa en GN mediante Metrogas y en GNL mediante Abastible) quisiera maximizar su negocio de GN, una forma de hacerlo sería coordinar la respuesta competitiva de las otras empresas de GLP, entre ellas Gasco, utilizando las instancias de contacto para ello, tal como su participación conjunta en Gasmar.

Dicho lo anterior y siempre analizando el dilema anterior, el TDLC descarta que posibles eficiencias derivadas de la participación conjunta de Abastible y Gasco en Gasmar justifiquen el riesgo de coordinación, pues si bien la construcción de un terminal con gran capacidad de almacenamiento resulta menos costosa que construir dos puertos más pequeños que, en conjunto, alcancen igual capacidad, comparativamente los costos operacionales del terminal por tonelada de GLP no es menor en Gasmar que en Oxiquim (controlado por Lipigas) al volumen de operación actual, ni tampoco tal emprendimiento conjunto permite acceder a mejores precios en el mercado internacional, por cuanto se trata de una materia primera que se transa y que posee un solo precio internacional variable. Por otro lado, si bien se acreditó que Gasmar accede a mejores precios de transporte marítimo del GLP, no se pudo concluir que aquella ventaja se debe al mayor volumen, agregando que, cualquiera sea el caso, los interesados no demostraron que



eventuales eficiencias en la participación y operación conjunta se traspasen a los consumidores del producto.

Por todo lo dicho, y atendida la forma societaria de las empresas mencionadas, resultó necesario, a entender del TDLC, adoptar medidas de tipo estructural o de desinversión, considerando que los productos en cuestión son sustitutos perfectos, y se trata de empresas que están "aguas arriba", posición que implica que la simple proscripción de directores relacionados no impide el acceso a la información de su competidor. Además, estiman necesario imponer aquellas medidas estructurales a ambas empresas, atendido el riesgo exclusorio que implicaría exigir las sólo a una de ellas.

Tales medidas consisten en imponer a Abastible y Gasco el deber de enajenar, en el plazo de 18 meses, su propiedad en el terminal Gasmar. Para estos efectos, se entenderá que el objeto de la desinversión se compone del paquete de activos de Gasmar que sean suficientes para continuar con la normal operación productiva de éstos como unidad económica funcional. Además, el TDLC dispone que esta enajenación deberá ser realizada a una persona natural o jurídica que cumpla los siguientes requisitos: i. Ser independiente de Abastible, Gasco, Lipigas o de cualquier competidor en el mercado de distribución minorista de GLP y GN, no pudiendo ser, entre otros, considerada una persona o



entidad relacionada a dichas empresas, conforme los términos señalados en el artículo 100 de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores; y, ii. poseer capacidad financiera y comercial suficiente como para hacer de Gasmar una empresa viable y competitiva en el mercado.

4. Riesgos verticales derivados de las relaciones de propiedad identificadas en la industria del gas.

En un aspecto no reclamado de la decisión, el TDLC detectó que la operación del terminal GNL Quintero, debido a su acceso cerrado, genera ciertos riesgos verticales, motivando la preocupación del tribunal por fomentar y profundizar constantemente el mercado secundario con el fin de incentivar el uso más eficiente de los terminales de GNL y, de este modo, evitar que se materialicen eventuales situaciones de cierre de mercado.

Por ello ordenó a los administradores de la capacidad de los terminales de GNL publicar en sus sitios web, periódicamente y de manera estandarizada, la información que tengan disponible que diga relación con los siguientes aspectos: i. Las capacidades del terminal de desembarque, de la planta de regasificación y de las instalaciones de almacenamiento, incluyendo la capacidad técnica máxima, la capacidad firme e interrumpible contratada y la capacidad disponible para el mercado primario; ii. La capacidad



disponible de corto plazo y las capacidades disponibles en el mercado secundario, así como la periodicidad con la cual esta información es actualizada; y, iii. La capacidad contratada y disponible de las instalaciones, de forma cuantificada, periódica y continua, de manera estandarizada y fácilmente comprensible para el usuario.

5.- Adquisición de CGE por parte de GNF Chile.

□ Finalmente, el TDLC descartó la concurrencia de riesgos anticompetitivos en esta operación que, como se anunció, ya había sido concretada a la fecha de la audiencia pública. A tal conclusión se arribó luego de verificar, desde una perspectiva horizontal, que con anterioridad al acto que se analiza GNF Chile no participaba en el mercado nacional del gas, por lo que no puede ser calificada como una operación de concentración entre competidores, aunque tampoco es dable entender a GNF Chile como un agente disciplinador, pues la escasa demanda de GN y la existencia de otros competidores no justifican la inversión.

□ Por otro lado, también descarta la concurrencia de riesgo vertical, debido a que el gran tamaño del mercado internacional de GN y la existencia de otros actores multinacionales relevantes que han suscrito con operadores domésticos contratos de suministro a largo plazo (British Gas y GDF Suez) tornan altamente improbable el bloqueo del



insumo "aguas abajo", mientras que "aguas arriba" Metrogas (controlada ahora por GNF Chile) no posee la exclusividad en la demanda, pudiendo eventuales competidores alcanzar una escala suficiente para sustentar su operación. Por último, el TDLC estimó que no fue suficientemente acreditado el riesgo de que Metrogas, al ser controlado por GNF Chile, pueda acceder a un mejor precio de compra de GNL en comparación con eventuales competidores.

6.- Disidencia de la ministra María de la Luz Domper Rodríguez.

Cabe hacer presente que la jueza antes individualizada estuvo por no imponer a Abastible y Gasco la medida de desinversión respecto de Gasmar, así como tampoco determinar la obligación de Copec, Abastible y Metrogas de contar con un programa de cumplimiento, por las razones contenidas en su voto, que se dan por expresamente por reproducidas para estos efectos, y que son desarrolladas, en buena medida, en las reclamaciones que se expondrán en lo venidero.

II.- Marco jurídico aplicable.

Segundo: Que, antes de analizar las reclamaciones interpuestas, se hace imprescindible establecer el marco jurídico que rige el presente procedimiento, como también el concerniente al ejercicio de las atribuciones o



potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En esta labor es menester reproducir algunas disposiciones del Decreto Ley N° 211:

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia"*.

A su turno, el artículo 18 indica: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos"*.

Finalmente, el artículo 31 establece el procedimiento aplicable y el régimen recursivo, disponiendo en su inciso final: *"Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las*



resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1".

Tercero: Que el tenor de las normas transcritas en el considerando anterior deja en evidencia que el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta es de naturaleza jurídica no contenciosa, puesto que no cuenta con las características y principios que informan aquél previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211. La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido.

Cuarto: Que, además, cabe precisar cuáles son las facultades que ha ejercido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el presente caso. Desde luego no hay duda de que el Tribunal referido, a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de



mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta. Ello ocurre, entonces, en ejercicio de la denominada potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia. La potestad consultiva busca *“prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”* (Domingo Valdés Prieto, *“Libre Competencia y Monopolio”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. Página 612) o subsanar el daño que



pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, "Libre Competencia y retail un análisis crítico", Abelardo Perrot, Santiago, 2010. Página 315).

Quinto: Que, asentado lo anterior, como lo ha señalado antes esta Corte, resulta indudable que el 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, generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares, de protección de las garantías individuales (Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Segunda Parte Sección Quinta, Tomo LXXXIII, fallo 10 de marzo de 1983, pág. 57, Corte Suprema, considerando 17).

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 1°, 3°, 8°, 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 abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad.



En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte es un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la



economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad -públicos y privados- en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (Víctor Avilés Hernández, "Orden Público Económico y Derecho Penal", Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998. Página 218).

Sexto: Que, conforme a lo expuesto, resulta que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica, un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

La garantía consagrada en el artículo 19 N° 21 -a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa- es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según



consta de la historia fidedigna del precepto. Respecto de ésta garantía se ha dicho que *"si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad (...) la obligación de no atentarse en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país"*. (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales" Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. Página 318).

Es así como el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene



límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.

Lo anterior es trascendente, toda vez que la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto 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; sin embargo, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder indebido en el mercado, violentando así, no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Así, el sistema jurídico establecido en nuestro país corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, 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 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 menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como *"el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público"* (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2006). De este modo, *"el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante"* (Ibidem).

Séptimo: Que, en concordancia con lo expuesto, puede indicarse que *"el legislador al establecer un procedimiento*



de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares". En resumen, en el Estado Constitucional, el Juez tiene el deber de dar protección a los derechos "especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social... El magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos" ("Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación", Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, primera edición, 2010. Página 138).

Octavo: Que, finalmente, se debe precisar que esta Corte ha señalado que a través del artículo 18 número 2) del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo o, como en el presente caso, un tercero con interés legítimo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva



tiene por objeto entregar certeza jurídica, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado Decreto Ley N° 211, en su caso, y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad.

III.- En cuanto a los recursos de reclamación:

A. Reclamación de Gasco S.A. de fojas 3482 y siguientes del expediente electrónico.

Noveno: Que Gasco S.A. divide su reclamación entre alegaciones procesales y de fondo.

En lo que dice relación a los aspectos adjetivos, precisa que la medida de desinversión que le fue impuesta afecta su derecho de propiedad sobre el 63,75% de las acciones de Gasmar. Desde esa perspectiva, si se acepta que la sentencia judicial pueda afectar el derecho de propiedad de un particular (asunto que estima discutible) ello sólo procederá previa tramitación de un juicio, entendiéndose por tal un asunto contencioso reglado en los artículos 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211, careciendo de idoneidad un procedimiento no contencioso como el de marras, el que



está destinado a producir efectos sólo respecto del solicitante.

Agrega que de estimarse que se está en presencia de un verdadero asunto contencioso, tampoco resulta legítima la medida impuesta a Gasco por cuanto la empresa no fue emplazada en calidad de parte, recibiendo sólo tres oficios que requerían la entrega de información específica. Así, malamente Gasco pudo haber asumido que en la causa se hacía valer una pretensión sancionatoria en su contra, Debiendo entenderse que sin emplazamiento previo se le ha privado de su derecho a defenderse y rendir prueba, garantías mínimas de un procedimiento acusatorio.

Acto seguido, la reclamante desarrolla sus alegaciones sustantivas, que pueden ser divididas en cinco capítulos tal como, en síntesis, se expone a continuación.

En primer lugar, afirma que la sentencia erradamente ha concluido la existencia de riesgo de *interlocking* indirecto o vertical en la participación conjunta de Gasco y Abastible en Gasmar, ante la eventualidad de producirse intercambio de información comercial sensible, consistente, específicamente, en "*cantidades, estrategias comerciales e inversiones futuras*". Estima que el riesgo no es tal, pues se trata de información pública o fácil de obtener. En efecto, las "*cantidades*" son obtenibles gratuitamente a través del Servicio Nacional de Aduanas o mediante empresas



que se dedican a ello previo pago; la "estrategia" de Gasmar es única, y consiste en la venta de gas a precio paridad de importación; en tanto que, en el caso de las "inversiones", estas requerirían siempre su sometimiento a evaluación de impacto ambiental, procedimiento que es eminentemente público. En cualquier caso, afirma contar con un programa de *compliance* adecuado, y se ha convenido en el pacto de accionistas la prohibición de discusión, en las sesiones de directorio, de negocios propios de los accionistas o asuntos ajenos a la sociedad.

En segundo orden, postula como incorrecto suponer que Gasmar podría carecer de incentivos para utilizar al máximo su capacidad, si se considera que la incidencia de los costos de operación de la planta en el precio de venta del GLP al consumidor no supera el 10%, en tanto que, al dedicarse Gasmar a la venta de gas a precio paridad de importación, la mayor ocupación del terminal trae como consecuencia su mayor rédito. En el mismo sentido, estima necesario tener en cuenta que Gasmar sólo importa el 45,4% del total de GLP que ingresa a Chile, en tanto que el 60,4% del GLP es importado por vía marítima, posición que deja en evidencia que existen otros operadores y fuentes de abastecimiento, tornando inexistente el riesgo que se pretende prevenir.



En un tercer apartado, expresa que incorrectamente el TDLC ha concluido que Gasco y Abastible podrían intercambiar información relacionada con la operación de Gasmar y, con ello, potencialmente coordinar su comportamiento para afectar la competencia en la etapa de distribución y venta de GLP, yerro que queda en evidencia al haberse acreditado que se trata de un mercado altamente competitivo, con tres actores relevantes: Abastible (38%), Lipigas (37%) y Gasco (25%). Frente a este escenario resulta imposible suponer incentivos para que dos operadores ejecuten acciones de coordinación, pues si así lo hicieran Gasco y Abastible, Lipigas actuaría como agente disciplinador respecto del precio de venta del producto al consumidor. Abona a lo anterior, que el GLP representa sólo el 5% del consumo energético del país, por lo que Gasmar incide únicamente en el 1,86% del total, cantidad que resulta irrelevante. Por último, alega que contrario a lo sostenido en el fallo reclamado, los clientes de GLP gozan de poder negociador, independientemente de su tamaño, poder que se deriva de la intercambiabilidad de los cilindros y la homogeneidad del producto.

En la cuarta sección sustancial de la reclamación, Gasco aduce que se ha errado al afirmar que no existen eficiencias derivadas de la propiedad conjunta de Gasmar, o que dichas eficiencias no son suficientes para



contrarrestar el riesgo de coordinación, por cuanto tales ventajas son evidentes si se entiende que en el transporte marítimo puede contratar embarcaciones más grandes a un menor costo que varias más pequeñas; que puede almacenar y operar GLP en un único terminal administrando inventarios con mayor eficacia; que maximiza la seguridad en el suministro ante eventuales interrupciones temporales de aprovisionamiento; y, que un único operador puede prever y evitar de mejor manera los riesgos derivados del transporte, almacenamiento y operación del GLP.

En quinto lugar, la reclamante denuncia que la medida de desinversión es manifiestamente desproporcionada, esgrimiendo que, en caso de concurrir riesgo de coordinación, bastaba con la adopción de medidas conductuales como las impuestas a COPEC. Por ello, no existiendo, a su entender, diferencia alguna entre la situación que afecta a Gasco y Abastible en comparación con COPEC, la adopción, aquí, de una medida estructural y no conductual es, también, arbitraria.

Por todo lo anterior, Gasco S.A. solicita a esta Corte que se anule la resolución impugnada al haberse adoptado en un procedimiento legalmente improcedente; en subsidio, se anule la resolución impugnada al no haberse otorgado a Gasco el derecho a conocer la petición formulada en su contra ni habersele otorgado plazos para presentar pruebas,



dejándola en la indefensión frente a la pretensión de CONADECUS; en subsidio, para el caso de estimar que la sanción fue impuesta en ejercicio del *jus puniendi* estatal, se anule la resolución por haberse omitido todas las garantías de un procedimiento justo y racional; en subsidio, se revoque la resolución impugnada pues la conducta que se sanciona no afecta ni pone en peligro la libre competencia. En todos los casos anteriores, pide que se acoja la impugnación con costas.

Décimo: Que, analizando las alegaciones formales desarrolladas por Gasco, es preciso comenzar diciendo que es el propio legislador, a través del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, quien se ha encargado de facultar al TDLC para, de manera amplia, "fijar las condiciones que deben ser cumplidas" por los ejecutores de "hechos, actos o contratos, existentes o por celebrarse", permitiendo expresamente que sean terceros interesados quienes puedan instar por su adopción.

Como se aprecia, en virtud de este especial procedimiento, destinado a conocer "asuntos de carácter no contencioso" en contraposición a la competencia sancionadora establecida en el numeral anterior del mismo artículo, se confiere amplia habilitación al juzgador para imponer medidas de cualquier especie a ser cumplidas, eventualmente y como en el caso de marras, por individuos



diversos a los consultantes, quienes, desde el momento que son llamados a aportar antecedentes, se encuentran en pleno conocimiento del tenor de la consulta y pueden prever la eventual afectación de sus intereses. Por lo demás, no se vislumbra que en el procedimiento en análisis se haya privado al reclamante de la posibilidad de formular alguna alegación concreta, o se le haya privado de rendir una prueba específica, que derive en su indefensión.

En lo relacionado con los argumentos de fondo de esta reclamación, es dable precisar que el riesgo horizontal detectado por el TDLC no se agota en la mera obtención de cierta información comercial específica, sea ésta pública o confidencial. Por el contrario, lo que se pretende prevenir a través de la medida cuestionada es, fundamentalmente, la eventual ejecución de maniobras de coordinación entre dos de los tres competidores en el mercado del GLP, aprovechándose para ello de su participación conjunta en Gasmar, sea cual fuere la manera en que tales acuerdos se concreten. Esta situación de riesgo, atendidas las características propias del mercado, la existencia de sólo tres distribuidores relevantes a nivel nacional, y el alto índice de concentración (IHH) técnicamente establecido, sólo puede ser razonablemente minimizado mediante la supresión de todo elemento estructural que la fomente o promueva, debiendo tenerse en consideración que la conducta



indeseada no consiste en supuestos accidentales o fortuitos, sino se teme de la generación de verdaderos acuerdos de voluntad anticompetitivos, que cortafuegos, barreras, orientaciones o medidas conductuales como las invocadas por la reclamante naturalmente no permiten inhibir.

En el mismo sentido, un eventual desincentivo a la utilización de la capacidad del terminal es sólo una de las múltiples hipótesis negativas que se busca evitar, siendo pertinente expresar que, contrario a lo sostenido por la reclamante, la competitividad actual del mercado no ha sido puesta en entredicho, sino que el razonamiento contenido en la sentencia reclamada responde a un análisis prospectivo en el contexto de un mercado altamente concentrado. En cualquier caso, la existencia de un tercer distribuidor no asegura, necesariamente, que éste actúe como un agente disciplinador, pues siguiendo la línea argumental de Gasco y dando, para este efecto, por ciertas las eficiencias alegadas por la empresa, se ha asentado que el precio de venta del GLP es homogéneo, fenómeno que denotaría cierta estandarización en la conducta comercial de los agentes del mercado, inhibiendo, así, el aprovechamiento del "poder negociador" que se pretende atribuir a los consumidores quienes carecen de opciones verdaderamente ventajosas a las que acudir.



Tal homogeneidad en el precio de venta del producto en análisis trasunta en que, de existir ventajas económicas en la propiedad conjunta de Gasmar, ellas son irrelevantes en la práctica competitiva; en tanto que los atributos técnicos del emprendimiento conjunto, como la eficiencia en la administración del terminal y del stock, y el aseguramiento del suministro, no desaparecerán por la simple modificación de dominio de la empresa, máxime si se considera que la instrucción impartida por el TDLC tiende a garantizar la continuidad de la empresa.

Undécimo: Que, de esta forma, descartados cada uno de los argumentos de Gasco S.A., su reclamación deberá ser rechazada.

B. Reclamación de CONADECUS de fojas 3551 y siguientes del expediente electrónico

Duodécimo: Que la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile recuerda que el objeto del asunto era concreto y específico: Conocer todos los eventuales riesgos que la integración vertical y horizontal pudiese acarrear para la competencia del mercado del gas, incluyendo los efectos "en el mercado de la generación eléctrica".

Tal riesgo en el mercado de la generación eléctrica deviene, en particular, de la adquisición de CGE por GNF Chile, pues dicha operación no sólo afecta al mercado



específico del gas, sino también produce efectos y genera riesgos a la competencia en el mercado de generación eléctrica chileno, situación respecto de la cual el TDLC no emitió pronunciamiento, a pesar de que los antecedentes aportados por la consultante, por las empresas de gas y de generación eléctrica consultadas, así como por organismos regulatorios y sectoriales, daban cuenta de eventuales efectos en este mercado.

En efecto, GNF compró una compañía de electricidad: CGE, que tiene a su cargo el 39% de la distribución y el 43% de la demanda nacional, siendo el gas un insumo esencial para aquel mercado, al haberse establecido que dos tercios de ese combustible es destinado al mercado de generación eléctrica. A su turno, de las generadoras de electricidad sólo AES Gener y Colbún tienen acceso al mercado secundario de GN importado por GNL Quintero, negándose tal posibilidad al resto de los operadores.

Destaca, en este punto, que se dio por establecido que GNF es una empresa multinacional líder en el sector energético y pionera en la integración del gas y la electricidad.

De esta manera, no obstante que la consulta se refirió específicamente al estudio de la integración en el mercado del gas y la adquisición de CGE por GNF, existiendo integración horizontal entre el mercado del gas y la



generación eléctrica, siendo el gas un insumo de éste último, y siendo GNF una empresa que se dedica a la producción, comercialización y distribución de GN y de generación eléctrica a nivel mundial, estima que el TDLC debió pronunciarse ordenando la adopción de medidas preventivas para evitar riesgos a la competencia también en el mercado de generación eléctrica.

Por lo antedicho, CONADECUS pide a esta Corte Suprema complementar la resolución reclamada emitiendo pronunciamiento sobre los siguientes puntos no resueltos por el TDLC: a) Los efectos anticompetitivos en el mercado de la generación eléctrica de las integraciones verticales y horizontales que existirían en el mercado del gas, así como los efectos en dicho mercado de generación eléctrica de la compra de CGE por parte de GNF; y, b) la conformidad o no con las normas de defensa de la libre competencia de la operación de adquisición de la CGE por GNF.

Décimo tercero: Que, basta para descartar la pertinencia de los argumentos de CONADECUS, recordar que esta Corte, en sentencia de 29 de enero de 2016 pronunciada en autos Rol N° 30.190-2014, ordenó al TDLC tramitar la consulta en los siguientes términos, claros y precisos: *"Conocer de las integraciones verticales y horizontales que existirían en el mercado conformado por los productos de gas licuado de petróleo y gas licuado natural, y de la*



operación de adquisición de la Compañía General de Electricidad S.A. -CGE- por Gas Natural Fenosa y su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia".

De esta manera, resulta manifiesto que el mercado consultado, desde el origen del procedimiento, era el del gas y, en específico, dos de sus productos: GLP y GNL; careciendo el TDLC de competencia para extender su análisis a otros productos o mercados.

C. Reclamación de Abastible S.A. de fojas 3570 y siguientes del expediente electrónico.

Décimo cuarto: Que, luego de narrar la historia de la participación de Abastible en Gasmar y postular la existencia de importantes ahorros y economías de escala en la operación de un terminal en conjunto con Gasco, esgrime que la medida de desinversión que le fue impuesta es antijurídica y desproporcionada por las siete razones o motivos que se resumen a continuación:

En primer orden, denuncia que el TDLC ha infringido el principio de congruencia, debido a que ni el consultante ni ningún otro aportante cuestionó la estructura de propiedad de Gasmar o la participación de Abastible en la misma, siendo factible constatar que la mención a Gasmar en la consulta es única y meramente descriptiva. A su vez, en su



informe la FNE hizo referencia a Gasmar cuestionando dos aspectos concretos: La composición de su directorio y el posible cierre de mercado a Lipigas, pero no su estructura. Por lo demás, la competencia del TDLC no pudo entenderse extensiva a conocer todas las relaciones de propiedad en el mercado del gas, sino sólo a aquellas objeto de la consulta.

En un segundo apartado, Abastible refiere que el TDLC no contaba con facultades para obligar a la empresa a enajenar su participación en Gasmar, ya que el artículo 18 N°2 del Decreto Ley N° 211 faculta al tribunal para fijar las "condiciones" que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos consultados, no pudiendo ser considerada, la desinversión, como una "condición" para la ejecución de un hecho, acto o contrato futuro, pues versa sobre la modificación de una relación de propiedad existente hace más de 10 años.

En la tercera sección de la reclamación, la empresa alega que la medida de desinversión excede con creces el ámbito de un procedimiento no contencioso, coincidiendo, en lo sustantivo, con los argumentos desarrollados en el primero de los arbitrios aquí analizados.

En el cuarto capítulo, la reclamante esgrime que la resolución no satisface el estándar mínimo exigible para los efectos de aplicar una medida tan sensible y gravosa,



en especial si se considera que la desinversión constituye una medida de ultima ratio que sólo puede ser adoptada cuando existan antecedentes graves, concretos y fehacientes que evidencien su necesidad, pues, en general las decisiones administrativas que afectan derechos de los administrados deben ser fundadas y basarse en hechos comprobados. Sin embargo, si se considera que la estructura de propiedad de Gasmar se ha mantenido inalterable durante más de 10 años sin que exista antecedente alguno que de cuenta de haberse atentado en contra de la libre competencia en ese período, queda de manifiesto la ausencia de fundamento de la medida cuestionada.

En quinto lugar, Abastible plantea que el supuesto riesgo en que se sustenta la medida de desinversión no es real ni consta del mérito del proceso. Ello, por cuanto Gasmar es una empresa en extremo independiente, en su directorio no participa ningún ejecutivo o funcionario de Abastible, y su administración corresponde a su directorio y no a sus accionistas. De esta manera, Abastible no tiene acceso a información sensible de su competidor, coincidiendo con los argumentos desarrollados por Gasco.

En un sexto capítulo, la reclamante esgrime que la medida decretada es desproporcionada, pudiendo haberse acudido a medidas conductuales o "de cortafuego" como las propuestas en el voto disidente de la resolución reclamada.



Por último, Abastible expresa que la medida de desinversión es dañina para la libre competencia al privar al mercado de importantes ahorros y economías de escala que no se podrían obtener, o serían sustancialmente menores, en caso de que Abastible no fuera accionista de Gasmar, tal como fue reconocido en el informe económico de Jorge Tarziján, en el informe de la FNE, y en el voto disidente de la Ministra María de la Luz Domper.

Por los argumentos expuestos, la reclamante solicita a esta Corte Suprema, de manera principal, que se deje sin efecto la obligación de desinversión, sin establecer medidas alternativas en relación con la propiedad de Gasmar.

En subsidio, pide que se deje sin efecto la obligación de desinversión, estableciendo una o más de las siguientes medidas, o bien las que se estimen pertinentes: i. Que el directorio de Gasmar sólo pueda estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Abastible o Gasco; ii. Que el gerente general de Gasmar no sea, ni haya sido durante los últimos dos años, director, ejecutivo o funcionario de Abastible o Gasco; iii. Que los directores y funcionarios de Gasmar deberán continuar absteniéndose de entregar cualquier información relacionada con las actividades o negocios de dicha compañía a los directores o funcionarios de Abastible



o de Gasco, salvo aquella que pueda ser necesario entregar a los accionistas de conformidad a las leyes N° 18.045 y 18.406; iv. Que Gasmar continúe operando bajo principios de apertura comercial y no discriminación arbitraria, y ofrezca siempre precios y condiciones comerciales que sean objetivos y no arbitrariamente discriminatorios; v. Que Gasmar tenga un programa de cumplimiento de libre competencia que cumpla a lo menos con lo indicado en el material de promoción N°3 de la FNE; vi. Que Gasmar contrate un consultor independiente, experto en libre competencia, que no haya prestado servicios para Gasmar, Gasco o Abastible en los últimos dos años, con el objeto de que realice una revisión acerca del cumplimiento de las medidas anteriormente señaladas, debiendo emitir un informe en relación con dicha materia.

En subsidio de todo lo anterior y para el caso que se disponga la mantención de la obligación de enajenación, pide que ésta se complemente de la siguiente forma: i. Que el plazo para completar la enajenación se cuente desde que la resolución se encuentre firme o ejecutoriada; ii. Que, en lo sucesivo, Gasmar preste exclusivamente servicios de almacenamiento de GLP, sin intervenir en la compra e importación de dicho producto desde el extranjero.

Décimo quinto: Que, comenzando el análisis de los argumentos propuestos por Abastible, es menester reiterar



que la competencia del TDLC quedó determinada por la sentencia dictada por esta Corte en causa Rol N° 30.190-2014, resolución que estableció con claridad el mercado que debía ser objeto de escrutinio, ordenando "conocer de las integraciones verticales y horizontales" que allí pudieren existir, sin especificar situaciones o relaciones de propiedad concretas. Por lo demás, y tal como se dejó constancia en el fallo reclamado, la potestad que el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211 confiere al TDLC, no está limitada por lo solicitado por el consultante, los intervinientes o los organismos aportantes de información, siendo el órgano jurisdiccional el encargado de estudiar el asunto y concluir cuáles pueden ser las mejores vías para evitar los efectos negativos. Por lo demás, la misma regla citada faculta para imponer "condiciones" respecto de hechos, actos o contratos "existentes o por celebrarse", tenor literal que no permite restringir la aplicación de "condiciones" sólo a hechos futuros. En este mismo orden de ideas, si durante los más de 10 años en que se ha mantenido la estructura de propiedad de Gasmar se hubiese producido un hecho concreto anticompetitivo, sería otro el camino y las consecuencias que se producirían en contra de él o los responsables, no siendo pertinente asimilar el riesgo de ilicitud con la inexistencia de infracción.



Continuando con los cuestionamientos expresados por Abastible, y con la finalidad de no incurrir en estériles reiteraciones, en lo que dice relación con la improcedencia de adoptar una medida de desinversión en un procedimiento no contencioso, la inexistencia de antecedentes que ameriten su imposición, la conducta e independencia de Gasmar respecto de sus propietarios, la suficiencia de medidas conductuales para suprimir el riesgo que se pretende evitar, y la pérdida de ahorros y economías de escala, cabe dar por expresamente reproducidas las explicaciones detalladas *supra* para desechar similares alegaciones propuestas, en su reclamación, por Gasco.

Finalmente, resulta evidente que la medida de desinversión debe concretarse dentro de 18 meses contados desde la ejecutoria de la decisión, no divisándose motivos plausibles para establecer restricciones iniciales al giro de la persona natural o jurídica adquirente de Gasmar, más allá de la exigencia ya formulada por el TDLC, en el sentido de "poseer capacidad financiera y comercial suficiente para hacer de Gasmar una empresa viable y competitiva en el mercado", y sin perjuicio de posteriores pronunciamientos que puedan emitirse en caso de no satisfacerse tales expectativas.



Décimo sexto: Que, como se desprende de lo reseñado, no configurándose los yerros denunciados por Abastible, su reclamación no podrá prosperar.

D. Reclamación de COPEC S.A. de fojas 3610 y siguientes del expediente electrónico.

Décimo séptimo: Que, en su reclamación, COPEC cuestiona dos aspectos de la resolución N° 51/18 del TDLC, a saber: a) La prohibición de que el directorio de Empresas Copec S.A. esté integrado por personas que sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Abastible S.A.; y, b) La medida de desinversión impuesta a su filial Abastible S.A. respecto de Gasmar.

En cuanto al primer asunto, la reclamación se divide en dos capítulos: La improcedencia de la medida, y su ausencia de justificación.

Refiere que la prohibición es improcedente por cuanto Abastible es una filial de COPEC al pertenecerle un 99,2% de sus acciones, de manera tal que la relación entre COPEC y Abastible responde al concepto de "grupo empresarial" que entrega el artículo 96 de la Ley N° 18.045. Por ello, es natural que COPEC se interese y participe de la actuación económica de su filial, objetivo que se logra, entre otras maneras, a través de la designación de los miembros de su directorio, pudiendo serlo también de COPEC. Desde otra



perspectiva, los directores de COPEC tienen el derecho y deber de informarse a cabalidad sobre los negocios de su filial, con la suficiente diligencia exigida por los artículos 39, 41 y 92 de la Ley N° 18.046.

Agrega que la prohibición es, también, injustificada, al no concurrir riesgo de *interlocking*. A tal conclusión arriba luego de verificar que en más de 20 años en que se ha mantenido la situación de hecho que motiva la decisión, no se ha generado ninguna circunstancia atentatoria contra la libre competencia, realidad que permite inferir que el TDLC se fundó en meras conjeturas. A su turno, Metrogas es, hoy, controlada por GNF, y la empresa posee un "*plan de crecimiento*" con una inversión proyectada de más de US\$ 700.000.000 en cinco años, pretendiendo acceder a siete nuevas regiones del país.

Insiste que, en cualquier caso, el riesgo temido fue desvirtuado a través del informe del académico y economista Jorge Tarziján, quien concluyó su inexistencia a partir de los siguientes presupuestos: i. COPEC tiene una participación minoritaria en Metrogas, situación que no le permite dictar las decisiones comerciales de dicha empresa; ii. El controlador de Metrogas, Gas Natural Fenosa, no tiene participación en el mercado del GLP, por lo que su interés se radica exclusivamente en el negocio del GN: iii. Existen otros competidores en el mercado del GLP que no



tienen participación en Metrogas y que frustrarían cualquier intento de coordinación entre Abastible y Metrogas; y, iv. Tanto el GLP como el GN compiten con otros energéticos quienes también desincentivarían la coordinación.

Ahonda en que no existe actualmente una situación de *interlocking* pues ningún director de Metrogas es ejecutivo o director de COPEC ni tampoco de su filial Abastible. Pero incluso de producirse aquella situación ello no generaría riesgos para la libre competencia, según los cuatro puntos del informe económico antes reseñado, a lo que se suma que los directores de las sociedades anónimas tienen deber de lealtad a la sociedad y no a los accionistas que los nombraron, sin que corresponda al TDLC presumir una intención contraria, estimando que las restantes medidas impuestas a COPEC en la resolución son suficientes para suprimir el riesgo que se pretende evitar.

En lo que guarda relación con el segundo aspecto cuestionado, se opone a la medida de desinversión ordenada a su filial Abastible respecto del terminal Gasmar, reiterando los argumentos desarrollados por Abastible en su reclamación autónoma.

Por lo expuesto, solicitó a esta Corte que se disponga la modificación de la medida establecida en el numeral 1, letra A, románico i, de la parte resolutive de la



resolución reclamada, reemplazándose por: *"El directorio de COPEC sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas"*, o por lo que esta Corte estime conveniente, además de dejarse sin efecto la obligación que establece la resolución para Abastible en el numeral 1, letra B, de la parte resolutive.

Décimo octavo: Que, recapitulando, en virtud del riesgo horizontal que significa que Copec sea propietaria del 39,83% de Metrogas (distribuidora de GN) y del 99,07% de Abastible (distribuidora de GLP), empresas que deben actuar como competidoras, el TDLC dispuso, en lo reclamado, que *"el directorio de Copec sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible"*.

Ahora bien, llevando la razón la recurrente cuando afirma que Abastible ha de entenderse como una filial de Copec, y que la empresa controladora que tiene el derecho y deber de mantenerse informada del quehacer de la unidad controlada, tal finalidad puede cumplirse a través de diversos mecanismos, no limitados a la designación de iguales personas como directores de ambas. En efecto, la instrucción impartida por el TDLC no limita el derecho de Copec a designar a quien estime pertinente como director de Abastible, ni restringe, de manera alguna, el flujo de información entre ambas empresas, limitándose a proscribir



la dualidad de funciones y prohibir el traspaso de información entre Metrogas y Abastible, ateniendo a un fin superior, de orden público económico.

Dicho lo anterior, es menester insistir en que el riesgo cuya concreción se pretende evitar (*interlocking* indirecto entre Metrogas y Abastible a través de Copec) no desaparece por la mera constatación de no haberse concretado situaciones anticompetitivas durante los 20 años en que se mantenido la estructura de propiedad controvertida, pues la existencia de tal clase irregularidades hubiese dado lugar al ejercicio de otro tipo de potestades.

Acto seguido, habiéndose descartado previamente la relevancia de la existencia de otros competidores en el mercado del GLP y de otros productos en el mercado energético, debe expresarse que el riesgo horizontal trasciende a la posición de control que ha asumido GNF respecto de Metrogas, por cuanto a Copec podría bastarle con ejercer su poder de dirección en Abastible, para que, en legítimo conocimiento de la estrategia comercial de Metrogas, busque maximizar la utilidad conjunta, ralentizando el impulso competitivo entre ambas empresas, consecuencia que es, precisamente, aquella que se pretende evitar.



Por último, atendida la coincidencia entre el ejercicio argumental realizado por Copec y las alegaciones de Abastible a la hora de instar por la supresión de la medida de desinversión dispuesta respecto de Gasmar, valga reiterar aquí todo lo dicho precedentemente, al momento de descartar la reclamación de la filial.

Décimo noveno: Que, como se puede prever, el recurso de reclamación de Copec seguirá el mismo destino de las impugnaciones anteriores, siendo necesario su rechazo.

E. Reclamación de Gasmar S.A. de fojas 3684 y siguientes del expediente electrónico.

Vigésimo: Que, luego de argumentar en favor de su legitimación activa para reclamar y describir la estructura de Gasmar, su política comercial, y su política de cumplimiento de la normativa en materia de libre competencia, la reclamante divide sus alegaciones en los cinco apartados que se resumen a continuación.

En primer lugar, denuncia la existencia de una serie de infracciones a las garantías constitucionales y procedimentales de Gasmar, así como la improcedencia jurídica de la medida de desinversión, afirmaciones que sustenta, primeramente, en la contradicción en que se incurre en la resolución reclamada, cuando en su párrafo 49 se acusa que la consulta es "amplia e imprecisa", mientras



que, en su párrafo 154, se afirma que los riesgos a la libre competencia han sido "alegados de modo preciso en el proceso", a pesar que en la consulta no se menciona el riesgo de intercambio de información a propósito de la operación de Gasmar. Acto seguido, expresa que la potestad consultiva del TDLC y el procedimiento no contencioso que se ha seguido, tienen un rol preventivo y no correctivo, omitiéndose, en la especie, el contencioso administrativo necesario para la imposición de la medida cuestionada. Así, a entender del reclamante, cuando se trata de estructuras ya consolidadas sólo se pueden revisar sus condiciones de desempeño.

En segundo orden, Gasmar refiere que la metodología utilizada por el TDLC es improcedente y errada, pues se ha realizado un examen de riesgos versus eficiencias, análisis propio de un examen prospectivo de una operación de concentración futura, que no resulta aplicable al caso concreto, ya que no puede hablarse de "riesgo" cuando la estructura de propiedad se ha mantenido desde 2004 y no existe antecedente alguno de haberse atentado contra la libre competencia.

En un tercer capítulo, se asegura que el riesgo de coordinación entre los propietarios de Gasmar es inexistente, al no presentarse una situación de *interlocking* indirecto, precisando que desde abril de 2017



Abastible ya no comparte directores con Gasmar. En cualquier caso, tratándose de un *joint venture*, el riesgo de *interlocking* es de menor interés para la libre competencia y amerita medidas de menor entidad, debido a que en estos casos se tolera cierto grado de coordinación en función de los beneficios derivados de la conjunción. En este sentido, si bien la FNE detectó la presencia de riesgo, señaló la necesidad de adoptar medidas de tipo conductual y no estructural. A lo anterior debe agregarse que la información que el TDLC teme sea compartida no puede ser considerada como sensible al ser pública.

Una cuarta línea argumentativa de la reclamante se centra en que la operación de Gasmar es eficiente y beneficia tanto a clientes como a consumidores, no debiendo entenderse restringido, tal beneficio, sólo a una eventual economía de escala, pues como *joint venture*, Gasmar tiene ventajas en la seguridad y continuidad en el suministro; en la capacidad y experiencia para manejar inventarios; en el volumen y plazo de compra; en el transporte; en el almacenamiento y la disminución del riesgo de "descalce" entre el precio de compra y el precio de venta del gas; en el menor costo ante una eventual ampliación; y, en el uso más eficiente del terminal al tener asegurada la demanda. En cualquier caso, expone que los antecedentes sobre este aspecto fueron requeridos recién después de la audiencia



pública, por lo que difícilmente pudo haber acreditado fehacientemente los hechos en que sustenta su posición, sobre todo en el marco de un procedimiento no contencioso.

En quinto orden, explica que la medida de desinversión es una verdadera sanción, debiendo ser considerada como desproporcionada y arbitrariamente discriminadora respecto de Gasmar. Es desproporcionada, según la reclamante, ya que se ha aplicado la medida más gravosa existente en el derecho de la libre competencia, siendo dable analizar si otras instrucciones menos intensas eran o no eficientes, no habiéndose justificado su exclusión, sin que sea suficiente para ello la detección de un simple riesgo potencial que, por lo demás, no concurre. Luego, la orden de desinversión es también discriminadora si se compara la similitud entre la posición de Gasmar y aquella que presentan GNL Quintero y sus accionistas, u Oxiquim y Lipigas.

Por último, Gasmar alega que la medida es injusta pues no se permitió discutir sobre la prescripción de pretensiones relacionadas con su estructura de propiedad conjunta, discusión que sí era posible en el contexto de un procedimiento contencioso.

Por tales razones, Gasmar solicita a esta Corte Suprema dejar sin efecto íntegramente la medida impuesta en el literal B, del resuelvo primero, de la resolución reclamada.



Vigésimo primero: Que, primeramente, es indispensable hacer notar la evidente contradicción que surge entre los presupuestos de hecho de la legitimación activa de Gasmar para impugnar la medida de desinversión, y la pretendida independencia y disociación entre los intereses de ésta y sus propietarios. En efecto, considerando que la instrucción del TDLC se limita a la sustitución de quienes la dominan, garantizando su continuidad y competitividad, no se vislumbra de qué manera pueda Gasmar verse afectada por una instrucción impartida a terceros, especialmente suponiendo que es cierta la irrestricta independencia que se enarbola.

De esta manera, surgen dos escenarios alternativos: (1) Gasmar posee legitimación activa entendiendo que la instrucción impartida a sus propietarios afecta también a sus intereses económicos, develándose que la pretendida independencia no es tal y que la modificación estructural es pertinente y necesaria; o, (2) Gasmar carece de legitimación activa. Como se aprecia, ambos supuestos desembocan en el inevitable rechazo de la pretensión impugnatoria.

A mayor abundamiento, debe tenerse por reiteradas, aquí, cada una de las argumentaciones de fondo desarrolladas para rechazar las reclamaciones de Gasco y Abastible, agregándose que la situación de GNL Quintero es



diversa, por cuanto, más allá de servir a sus accionistas, dicho terminal ha abierto procedimientos *open season* permitiendo la adquisición de gas por terceros, existiendo, además, un dinámico mercado secundario de GN. En cuanto a la relación entre Oxiquim y Lipigas, es dable destacar que tal alusión resulta manifiestamente impertinente, pues el riesgo actual detectado en Gasmar consiste en la eventual coordinación entre sus dos propietarios, que deben actuar como competidores, situación de hecho que no es extrapolable a Lipigas, empresa que no participa en emprendimiento conjunto alguno que facilite tal conducta indeseada.

Vigésimo segundo: Que, por todo lo dicho, la reclamación de Gasmar ha de ser, también, rechazada.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 31 del D.L. N° 211, **se rechazan** las reclamaciones deducidas por Gasco S.A., CONADECUS, Abastible S.A., COPEC S.A. y Gasmar S.A. en contra de la Resolución N° 51 de diecisiete de enero de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Acordado **con el voto en contra** del Ministro Sr. Arturo Prado Puga, quien estuvo por acoger las reclamaciones de Gasco S.A., Abastible S.A. y Copec S.A., dejando sin efecto tanto la medida de desinversión impuesta a Gasco y



Abastible respecto de Gasmar, así como la orden de que el directorio de Copec esté integrado sólo por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible, en virtud de los siguientes fundamentos:

1.- Que, desde una perspectiva procesal, la medida de desinversión no fue solicitada por el consultante ni propuesta por la Fiscalía Nacional Económica, situación que naturalmente limitó el derecho a defensa de los afectados.

2.- Que, por lo demás, una instrucción de tal naturaleza, impartida respecto de una estructura ya consolidada, denota que se pretende ejercer un control ex post, de carácter correctivo y contencioso, que debe ser desarrollado en un procedimiento de igual naturaleza, y no mediante una gestión de consulta.

3.- Que, en cuanto al fondo, la medida estructural reclamada aparece como desproporcionada e innecesaria, al haberse acreditado que la información que Gasco y Abastible podrían compartir es predominantemente pública (precio de compra de GLP, costos de transporte, costos de operación del terminal y volumen de GLP comprado), mientras que el objetivo que se pretende obtener resulta alcanzable mediante la imposición de medidas conductuales, tales como la obligación de contar con directores y ejecutivos independientes, y la eliminación de la posibilidad de veto



de los accionistas en ciertas materias especialmente sensibles para la optimización competitiva.

4.- Que, incluso más, coincidiendo con lo desarrollado en la disidencia del fallo reclamado ha de concluirse que la concreción de la medida de desinversión pondría a Gasmar, en cuanto empresa autónoma, en una posición dominante y riesgosa para la competitividad en el mercado relevante, ello si se considera el alto nivel de participación del terminal en la importación de GLP, y la relevancia del GLP importado por vía marítima respecto del total de dicho combustible comercializado en Chile.

5.- Que, en lo atinente a la situación de Copec y su relación de propiedad en Abastible y Metrogas, este disidente es de parecer que el control que ha asumido GNF en Metrogas, unido a la ausencia de participación de GNF en el mercado del GLP, tornan en innecesaria la prohibición reclamada, especialmente si se agrega que se trata, el GN distribuido por Metrogas y el GLP distribuido por Abastible, de meros sustitutos imperfectos, existiendo otros dos distribuidores relevantes -Gasco y Lipigas- al que podrían acudir eventuales consumidores afectados, convirtiéndose, éstos, en agentes disciplinadores frente a conductas anticompetitivas de Copec y las empresas en las que participa.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.



Redacción del fallo a cargo del Ministro Suplente Sr. Mario Gómez Montoya, y de la disidencia su autor.

Rol N° 4108-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y Sr. Arturo Prado P. y el Ministro Suplente Sr. Mario Gómez M. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Prado por estar en comisión de servicios y el Ministro señor Gómez por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 13 de noviembre de 2019.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Maria Eugenia Sandoval G., Juan Eduardo Fuentes B. Santiago, trece de noviembre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a trece de noviembre de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

