



009

FNE
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

ANT.: Denuncia contra Abastible S.A., por provisión de gas granel. Rol N° 1747-10 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 09 FEB 2011

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES (S)

Por la presente vía, esta División informa al Sr. Fiscal acerca de la denuncia del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que a continuación se expresan:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 17 de agosto de 2010, fue interpuesta denuncia ante esta Fiscalía por don [REDACTED] (en lo sucesivo, aludido también, en forma indistinta, como 'el denunciante') en contra de la empresa Abastecedora de Combustibles S.A. ('Abastible' o 'la denunciada'). En ella, aquél imputa a ésta haber incurrido en una serie de actos presuntamente contrarios a la libre competencia.
2. Según el texto de la denuncia y de acuerdo con la declaración prestada por el denunciante ante esta Fiscalía, el Sr. [REDACTED] contaría en su domicilio con un 'Superbalón', estanque que permite almacenar 300 litros de gas licuado de petróleo (GLP). Éste, alojado junto a su casa y conectado a la red interior de gas mediante cañerías, le permitiría proveerse de gas para cocinar y para calentar agua.
3. El estanque se encontraba ya instalado en el inmueble que habita, al momento en que lo adquirieron de manos de una empresa inmobiliaria. La casa es de propiedad del hijo de su cónyuge, quien les cedió su uso a cambio del pago del dividendo.
4. Los hechos denunciados pueden sistematizarse del modo siguiente:

- a) Señala enfrentar problemas con el servicio de abastecimiento de gas granel prestado por la empresa denunciada. En particular, declara que Abastible incumple los plazos pactados para el suministro. Así, cada vez que requiere cargar gas, contacta a Abastible y acuerda una fecha para el llenado del estanco, plazo que no es respetado por la denunciada. Ello -declara- le acarrea serios perjuicios, pues le resulta imposible prever con certeza cuándo han de prestarle el servicio, cuestión que resulta especialmente gravosa si se tiene en cuenta que su trabajo le impide esperar la provisión en un horario no pactado con anterioridad.
 - b) En segundo lugar, acusa a la empresa denunciada de cobrar el precio del gas correspondiente al día en que la carga se hace efectiva, y no el del día pactado para la entrega. Como el día de la entrega efectiva es - en los hechos- determinado en forma unilateral y arbitraria por la denunciada, ésta puede entregar discrecionalmente el gas el día en que el precio de lista del bien esté más alto.
 - c) En tercer y último lugar, la denunciante alega que las señaladas conductas no revestirían mayor gravedad si pudiese abastecerse indistintamente con la empresa de su elección. Ello le permitiría, señala, acudir a la empresa proveedora que no presente las negligencias que a la denunciada imputa, cuestión que -agrega- obligaría a su vez a Abastible a prestar un buen servicio. Declara, sin embargo, que lo anterior no le resulta posible, pues, por razones que desconoce, está atado a Abastible como proveedor exclusivo de su estanco.
5. Por las razones que serán expresadas al analizar la denuncia, la exploración preliminar de esta Fiscalía no se limitó sólo a indagar respecto de los hechos denunciados, sino que abordó además aspectos más generales del ámbito de la distribución de gas granel residencial a estancos.

II. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO

II.1 El Gas Licuado de Petróleo (GLP)

6. El GLP es una mezcla de hidrógeno, carbono e hidrocarburos ligeros, principalmente butano (C₄H₁₀) y propano (C₃H₈), combinados en diversas proporciones o puros¹.
7. El GLP puede ser obtenido del petróleo, a través de un proceso de destilación, conocido como "cracking del petróleo", que consiste en someter al petróleo crudo a altas presiones y temperaturas, permitiendo así separar, conforme a sus distintas densidades y puntos de ebullición, los siguientes componentes: gasolinas, kerosenos, butano, propano, *gas oil*, *fuel oil* y aceites pesados. La denominación GLP hace referencia a éste origen. La otra fuente de la que es posible obtener el GLP es a partir del gas natural (GN) de pozos, del que el GLP es separado previo a su distribución.
8. El GLP presenta gran cantidad de usos diversos, en los distintos ámbitos a los que es destinado. A continuación se listan algunos de los más importantes:
 - a) *Gas Domiciliario*: cocción de alimentos, calefacción y calentamiento de agua son los tres principales. Además se destina a refrigeración y secado de ropa.
 - b) *Gas Industrial*: producción de vapor/agua caliente para procesos industriales, incluyendo plantas de alimentos y lavanderías; calefacción de galpones industriales y criaderos; refrigeración, hornos; tratamiento térmico de aceros, cerámicas y porcelanas; equipos generadores de electricidad y motobombas; soldaduras en terreno; combate de niebla en aeropuertos; materia prima para fabricar plásticos, hule sintético, productos químicos, etc.
 - c) *Gas Vehicular*: combustible utilizado para vehículos particulares, taxis, buses, camiones y grúas horquilla.
 - d) *Gas Agrícola*: desecado de frutas, verduras y legumbres, destilación, viveros, combate de heladas, quema de malezas e incineración de desechos.
 - e) *Gas Naval*: propulsión de embarcaciones, faros, boyas y criaderos de salmones.

¹ La definición del GLP, sus fuentes y sus principales usos han sido tomados de la página de la Asociación Chilena de Gas Licuado A.G., www.glpchile.cl, visitada el 17 de diciembre de 2010.

9. Se consume al año entre 1,1 y 1,3 millones de toneladas de GLP en Chile, aproximadamente². Éste proviene tanto de producción local como de importaciones. La única empresa productora en el plano local es ENAP y aporta cerca del 20% del total del GLP consumido. A su vez, se importan más de 900 mil toneladas anuales. El gas importado llega principalmente a través de terminales marítimos al que el GLP es transportado por medio de barcos. En dichos terminales es descargado, almacenado y distribuido a través de diversos canales. Los principales países desde los que es importado el GLP son Argentina, Perú, Guinea Ecuatorial, Nigeria y EEUU.
10. Existen diferentes formas de realizar la distribución de gas:
- Gas de Red*: también denominado gas de cañería o gas de ciudad, comprende el transporte o distribución a través de redes de tubería, las cuales unen centros de producción o almacenamiento con redes de distribución de gas u otros centros de producción, almacenamiento o consumo³.
 - Gas Envasado*: que supone su embotellamiento en cilindros de 5, 11, 15 y 45 kg., que llevan a cabo empresas de gas y luego distribuyen a través de sus propios canales, repartiendo a domicilio, o a través de sub distribuidores. Hay 2 variedades, normal y catalítico.
 - Gas a Granel*: se distribuye en dos modalidades, estanque⁴ y medidor. La primera de ellas comprende la instalación de un estanque de almacenamiento de gas en el domicilio del cliente, quien paga el gas con que es provisto el tanque al momento de su llenado; y la modalidad medidor, en que una serie de clientes son abastecidos por

² Estas cifras, así como las que son ofrecidas a continuación, han sido obtenidas de la información estadística publicada en los sitios web de la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) y, en menor medida, de la Asociación Chilena de Gas Licuado A.G.

³ Ver artículo 2° del DFL N° 323, del Ministerio del Interior, promulgado y publicado el año 1931, Ley de Servicios de Gas. Su operación es efectuada a través de una concesión de servicio público. Esta forma de distribución se encuentra en franco declive, pues las empresas que lo proveían han adecuado las instalaciones para proveer a través de ellas gas natural (GN). El artículo 43 del mencionado DFL establece que si las empresas concesionarias de distribución de gas cambiaran las especificaciones del suministro por su propia iniciativa, deberán adaptar -por su cuenta- a las nuevas condiciones, las instalaciones interiores y artefactos a gas que estuvieren utilizando sus consumidores para hacer uso del suministro.

⁴ El Decreto Supremo N° 29, de 1985 del Ministerio de Economía, define estanque, en su capítulo II, como "cualquier recipiente ya sea portátil o estacionario usado para el almacenamiento o transporte de G.L. Se excluyen de esta denominación los cilindros...". los estanques referidos en el cuerpo de este informe, salvo mención expresa en contrario, son aquellos estacionarios para almacenamiento, no los portátiles para transporte.

una pequeña red local, con origen en un estanque o una central de GLP (conjunto de estanques) que el distribuidor llena en forma periódica. En esta modalidad el gas es cobrado conforme al nivel de consumo, que es registrado por un medidor instalado en el acceso a la red interior de cada unidad habitacional.

11. Del GLP consumido el año 2008, un 57% fue distribuido a través de cilindros y el 43% como gas granel. Por otra parte, aproximadamente un 0,2% es utilizado como combustible para transportes, un 21% y fracción es destinado a los sectores industrial y minero, poco más del 14% a los centros de transformación y el 63% y fracción restante a los sectores comercial, público y residencial. Del total de esta última categoría, poco más del 10,4% es consumido por el sector comercial, poco menos del 1,9% por el público y cerca del 87,7% por el residencial.
12. En el sector residencial abastecido a granel, se contaban, al año 2008, 90.603 clientes abastecidos por medio de estanques, y 297.457 a través de medidor. Se estima que hay en Chile alrededor de 14 millones de cilindros y cerca de 130 mil estanques.
13. El almacenamiento, distribución y comercialización de GLP no es propiamente un mercado o industria regulada, los precios son fijados por las fuerzas del mercado y, salvo el excepcional y menguante caso del gas ciudad, no requieren de concesión para su explotación⁵. Sin perjuicio de ello, existe una profusa legislación sectorial destinada a cautelar la seguridad en la operación de este giro, parte de la cual será analizada a lo largo de esta minuta.

II.2 El Gas Natural (GN)

⁵ El Decreto con Fuerza de Ley N° 1, promulgado el año 1978 por el Ministerio de Minería (DFL N° 1/78), establece quiénes pueden producir, distribuir y comercializar gas, instituyendo al efecto un registro en que deben inscribirse las personas que importen, refinen, distribuyan, transporten o expendan directamente al público petróleo, combustibles derivados de éste, gas natural y gas licuado (art. 2). El mismo cuerpo legal faculta al Presidente de la República a imponer a quienes integren el registro, mediante decreto supremo, las obligaciones que hagan necesarias la seguridad de las personas y de la propiedad. A su vez, el art. 9 del Decreto Supremo N° 132 del mismo Ministerio, promulgado el año 1979 (DS N° 132/79), señala que cualquier persona, natural o jurídica, puede comercializar los combustibles del artículo 1 de ese cuerpo, entre los que se cuenta el GLP. En fin, el artículo 15 del DFL 1/78 señala que las empresas de distribución de gas licuado y sus sistemas de operación comercial se rigen, en cuanto a dicha distribución se refiere, por las disposiciones de ese decreto ley, sin que le sea aplicable el régimen de concesiones.

14. Por la cercanía en los usos a que es destinado, y sin perjuicio de lo que se dirá luego respecto de los sustitutos del GLP, cabe hacer una somera descripción de la industria del GN en Chile.
15. Fuera de una porción menor producida en nuestro país por ENAP, el GN que se consume en Chile es importado. Los mecanismos de importación son básicamente dos, a través de gasoductos que traen gas desde Argentina⁶, y a través de puertos, a los que es transportado gas natural licuado (GNL) en barcos, para su posterior distribución⁷.
16. Luego, el gas es distribuido por redes de cañerías. Se distingue una red primaria, que permite trasladar el producto desde el gasoducto a la red secundaria; una red secundaria, que traslada gas desde la red primaria a los puntos locales de distribución; y una red terciaria, que lleva el gas desde los puntos referidos hacia los consumidores finales. Como es obvio, las cañerías de cada red, en el orden presentado, cuentan con un menor diámetro, están construida por materiales menos resistentes y enfrentan una menor presión interna.
17. Fuera del caso de Magallanes, en que las tarifas son reguladas, las empresas pueden fijar libremente el precio del GN⁸, sin perjuicio de estar obligadas a dar acceso a los gasoductos (no así a sus propias redes), a dar igual precio a todo cliente que consuma la misma cantidad y a observar estrictas condiciones de seguridad.
18. Se distribuyeron el año 2008 alrededor de 3 mil 100 millones de metros cúbicos de GN en Chile. Sin embargo, las cifras de consumo previas a ese año muestran que la intermitencia y ocasional interrupción del suministro por parte de Argentina han afectado el consumo. Pocos años atrás las cifras de consumo alcanzaron más del doble del nivel descrito. Se espera que las cantidades consumidas recuperen sus niveles históricos, luego que fuera

⁶ Hay dos gasoductos en el norte, uno en el centro, otro en el sur y un último en Magallanes. Esto hace que la industria del GN sea normalmente dividida en esas 4 zonas.

⁷ En Chile hay 2 puertos que cuentan con las instalaciones necesarias para desembarcar, procesar y almacenar GNL, en las localidades de Mejillones y Quintero.

⁸ Con todo, la Ley de Gas establece la posibilidad que el TDLC solicite al Ministerio de Economía la fijación de tarifas, para el caso que se cumplan ciertos presupuestos ahí establecidos.

asegurado el abastecimiento gracias a la importación de GNL desde otros países⁹.

19. De acuerdo con las cifras de la CNE, casi un 80% del GN consumido el año 2007 fue destinado a electricidad y centros de transformación y energía; poco menos de un 23% se destinó al sector comercial, público y residencial; poco más del 6% a los sectores industrial y minero; y el porcentaje restante a transportes. Sin embargo, la mayoría de clientes de GN es aportado por el sector residencial.

II.3 Empresas Participantes

20. En cuanto a las compañías participantes, cabe señalar que la distribución de GLP es normalmente descrita como un oligopolio, donde tres empresas dominan el cien por cien del mercado nacional. Estas son:
 - a) **Empresas Lipigas S.A. (Lipigas)** es una sociedad anónima cerrada, creada a partir de la reunión de 4 empresas del rubro: Lipigas, Codigas, Agrogas y Enagas. Abastece de GLP a cerca del 38% del mercado nacional y distribuye a lo largo de todo su territorio por medio de una red que incluye 13 plantas de almacenamiento y envasado, 16 centrales de distribución y ventas, 33 cajas de pago, 965 distribuidores, 31 dispensadores de automoción y sistemas de pago mediante internet; alcanzando a más de un millón de hogares y cientos de empresas e industrias del país. Es de propiedad del conglomerado Repsol, multinacional española, y del grupo local Santa Cruz- Yaconi, conformado por los empresarios Jaime Santa Cruz y Hugo Yaconi. Entre sus empresas relacionadas en giros cercanos, pueden mencionarse: Trigás S.A., que participa a través de Metrogas S.A. de la distribución de GN y de la importación de GNL; Norgas, que se dedica a la importación y distribución mayorista de GLP en la zona norte; y, Cerro, empresa dueña de los camiones transportadores de GLP en la ciudad de Santiago.

⁹ Con todo, cabe hacer presente que el suministro de GN a nivel residencial casi no se ha visto alterado producto de los problemas de suministro desde Argentina, pues las empresas han establecido sistemas de respaldo para proveer a este tipo de clientes. La baja en el suministro (y con ella en el consumo) ha afectado más bien a los demás sectores, de manera que muchos clientes no residenciales se vieron obligados a reemplazar el GN por otras fuentes de energía.

- b) **Gasco S.A. (Gasco)** es una sociedad anónima abierta, que a través de su filial Gasco GLP y su unidad de negocios Gasco Magallanes, distribuye GLP a clientes residenciales, comerciales e industriales entre Antofagasta y Magallanes. Al año 2009, sus ventas totales de gas licuado a nivel nacional alcanzaron las 362.175 toneladas, lo que le otorgó una participación de mercado de cerca del 28% a nivel nacional. Sin embargo, su posición en la Región Metropolitana es aún mayor. Gasco es controlada por la Compañía General de Electricidad S.A. (CGE), sociedad anónima abierta que posee un 56,62% de su capital accionario. A su vez, esta última es controlada –a través de un pacto de actuación conjunta- por los grupos Familia Marín, Almería y Familia Pérez Cruz, quienes reunidos acumulan, directamente, el 54,6 % de su propiedad e, indirectamente, a través de de Indiver S.A., un 11,28% más. Varias filiales y relacionadas de Gasco actúan en el mismo mercado o en otros cercanos. Así, a través de su participación en Gasmar S.A. (28,88%) se desempeña en la importación de GLP y en el negocio de respaldo con propano al suministro de GN; a través de Gas Sur, Innergy Holdings y Metrogas, participa en el mercado de distribución de GN; por medio de la participación que a esta última empresa le corresponde en GNL Quinteros, participa además de la importación de gas natural licuado; en fin, entre varias otras, cabe mencionar que a través de Gasoducto del Pacífico y Gasoducto Gasandes, participa en el mercado del transporte e importación de GN.
- c) **Abastecedora de Combustibles S.A. (Abastible)**, como sus competidoras, explota el giro del almacenamiento, distribución y comercialización de GLP para uso doméstico, comercial e industrial. Cuenta con una red de distribución nacional compuesta por un terminal marítimo de carga y descarga de combustibles líquidos, 7 plantas de llenado de cilindros, 15 oficinas de venta y distribución, más de 40 mil estanques y varios millones de cilindros. Durante el año 2009 vendió cerca de 400 mil toneladas de gas licuado, lo que le supone una participación de mercado de un 33% a nivel nacional, aproximadamente. Es una filial de Empresas Copec S.A., la que, a su vez, tiene participación en una serie de empresas ligadas a la industria, como la precitada Gasmar S.A., en la que es dueña de un 28,74%; la

Empresa Chilena de Gas Natural S.A.: Metrogas S.A., en la que Copec es dueña del 29,83 % de las acciones; y, de GNL Chile S.A. y GNL Quinetro S.A., en la que cuenta con un 13,3 % y un 8% del total de acciones, respectivamente. Empresas Copec S.A., por su parte, es controlada por Antar Chile, del Grupo Angelini.

21. Tal y como ha sido anticipado, además de competir en el mercado del GLP, las aludidas empresas operan en el mercado de distribución de GN, a través de empresas relacionadas. Así, Trigas S.A., empresa relacionada de Lipigas, es dueña del 8,33 % de la propiedad de Metrogas S.A., única empresa proveedora de GN por redes en la Región Metropolitana y en la ciudad de Rancagua. El resto de la propiedad de Metrogas corresponde a Gasco S.A., dueña del 51,84%, y a Empresas Copec S.A. (controladora de Abastible), dueña del 39,83% restante. Gasco es, además, dueña del 70% de Gassur, que provee de GN al Gran Concepción y Los Ángeles; y del 100% de Gasco Magallanes, proveedora de Punta Arenas y Puerto Natales, única zona geográfica en la que el GN está sujeto a la fijación de tarifas¹⁰.
22. Fuera del mercado de gas natural, y tal como se señaló precedentemente, las tres empresas participan del mercado de importación de gas, a través de sus empresas relacionadas Gasmar y Norgas.

II.4 Mercado Relevante

23. La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado¹¹.
24. En relación al mercado del producto, el análisis de la presente denuncia estará centrado en el gas licuado de petróleo de uso residencial comercializado a granel para estanques que alimentan una sola red interior.

¹⁰ En las otras dos zonas, que corresponden a la Región de Valparaíso y a las dos redes de la zona norte, la distribución está a cargo de empresas filiales de compañías eléctricas.

¹¹ Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>

25. Para establecer la conclusión anterior, es necesario tener presente una serie de posibles sustitutos –algunos bastante próximos– que huelgan por un análisis. Como se señaló en un comienzo, los destinos que se da al GLP a nivel residencial son básicamente tres, a saber, cocina, calentamiento de agua y calefacción.
26. Como es de público conocimiento, estas mismas necesidades pueden ser cubiertas por otras fuentes de energía, como la electricidad, el GLP distribuido en cilindros o a granel mediante medidores, el GN e, incluso, el petróleo¹².
27. Al efecto, puede resultar útil citar la descripción que dos autores hacen para caracterizar las decisiones de consumo en este ámbito:

“... es posible distinguir dos niveles de decisión. En un primer nivel (...), el consumidor elige entre: i) Gas distribuido por red o cañería (puede ser GN, Gas Ciudad e incluso GLP a Granel) y ii) Gas envasado (GLP envasado). Esto se debe al hecho que, además del tipo de artefacto, las instalaciones son distintas. En un segundo nivel de decisión, el consumidor que ya ha elegido, decide entre gas, electricidad, parafina y leña”¹³.

28. En la primera etapa de decisión reseñada, la elección está altamente determinada por los niveles de consumo calórico de cada unidad habitacional. En tal sentido, vale la pena citar lo señalado por un estudio de la industria del GN, que detecta distintos sustitutos para dicho combustible a cada nivel de consumo:

“En términos gruesos, entre 0 y 5 m³ el sustituto del gas natural es la energía eléctrica –hogares que cocinan con gas natural y tienen un califón (sic) pero que también pueden usar un horno o calentador de agua eléctricos. Entre 5 y 30 m³ más o menos, un fuerte sustituto es el gas licuado por medidor. De ahí en adelante y hasta alrededor de 150 m³/mes, el sustituto más relevante es el gas licuado en balones de 45 kg. Para consumos más grandes hay clientes que optan por un

¹² Se ha omitido el gas ciudad, por ir su distribución en franco declive.

¹³ Constanza Fosco y Eduardo Saavedra, en *Sustituibilidad de Energéticos y la Política (Des)Regulatoria del Gas Natural en Chile*, septiembre de 2003, p. 9. énfasis en el original. Lo que esta descripción supone es que, hecha la elección en un primer nivel, el consumidor es sensible al cambio de precio de otras fuentes de energía, de modo que sin alterar la decisión primaria, puede decidir, en el uso particular de un artefacto o en la satisfacción de alguna necesidad, utilizar alguna otra fuente. Así, por ejemplo, un usuario podría optar en la elección primaria por GN de red y, dados los precios relativos que exhibe en un momento determinado, digamos, la electricidad, recurrir a ésta para hervir agua, sin que ello altere su decisión primaria de abastecerse por medio de GN.

estanque de gas licuado. Finalmente, a partir de más o menos 700 m³/mes el gas natural compete con el diesel que se usa para hacer funcionar a las centrales térmicas"¹⁴

29. Para un usuario con un nivel de consumo superior a 150 m³/mes de GN, lo que equivale a 117 kg/mes de GLP envasado y a 222 litros de GLP granel, lo más rentable, en ese primer momento de decisión, es contar con un estanque de GLP o con provisión de GN a través de redes. Lo anterior fue ratificado por las declaraciones prestadas ante esta Fiscalía por representantes de las empresas distribuidoras, quienes señalaron que el cliente de gas granel a través de estanques es uno de alta demanda, justificándose la decisión de instalar un estanque a partir de un consumo de alrededor de 500 kg/año. Esa cantidad es consistente con las señaladas poco más arriba, pues un usuario que consume 117 kg. de GLP el mes de junio, es probable que tenga una demanda anual de 500 o más kg. al año¹⁵.
30. Uno de los representantes de las empresas proveedoras declaró: *"cuando tú tienes una potencia instalada baja, es decir, una cocina y un calefón, tú puedes poner cilindros; pero cuando tú pones una cocina, con una secadora de ropa, con una caldera de 60 megas, tienes que poner un estanque. Tendrías sino que poner 10 cilindros de 45 kg. o el sistema no te funciona"*.
31. Todo lo dicho redundo en que un usuario de un consumo como el señalado no encuentre un sustituto suficientemente cercano en el GLP envasado o en el gas granel distribuido a través de medidor, su volumen de demanda por GLP no lo hace rentable; pues, adquiriendo esas cantidades y asegurando al proveedor contratos de largo plazo consigue normalmente mejores precios. La situación inversa sucede respecto del petróleo, pues se requieren niveles de demanda bastante mayores para resulte una decisión eficiente sustituir el

¹⁴ Alexander Galeovic, *Un análisis económico de la industria de la distribución de gas natural en Chile*, 2007. Cabe mencionar que el cálculo de los sustitutos es construido a partir de los precios marginales que cada distribuidora cobra a sus clientes residenciales y comerciales al mes de junio de 2006, mes de consumo especialmente alto, dada la obvia estacionalidad de la demanda.

¹⁵ Adicionalmente, puede mencionarse que el contrato tipo de Comodato y Suministro Superbalón Abastible (que, de entre los estanques residenciales ofrecidos por esa compañía, es el más pequeño) exige, en su cláusula tercera, una carga mínima de 100 litros para cada oportunidad en que es solicitado suministro, cobrándose un sobreprecio para cargas inferiores. A lo anterior se añade, en la misma cláusula, que durante toda la vigencia del contrato el cliente debe mantener un consumo mínimo promedio mensual de 45 kg. de gas licuado, promedio que se calcula considerando 12 meses. Habida consideración de la estacionalidad en el consumo, puede concluirse que el usuario residencial con el estanque de menor capacidad ofrecido debe consumir una cantidad considerablemente mayor a 45 kg. en los meses en que el consumo es crítico.

GLP de estanques por el petróleo. Adicionalmente, el abastecimiento mediante estanques representa otra serie de ventajas para el consumidor, pues da acceso a mejores condiciones para el pago (plazos, medios de pago, posibilidad de crédito, etc.), aminora los costos de transacción –se reducen los costos de transporte y reduce la frecuencia de las transacciones– y, finalmente, permite un suministro continuo y con una autonomía mucho mayor que los cilindros de 45 kg¹⁶.

32. Resta analizar el GN, que aparece como el sustituto más cercano. La sustitución entre el GN y el GLP ha sido abordada por abundante literatura, pero toda ella enfocada desde el GN; preguntándose si se cumplen o no los supuestos para mantener la distribución de GN como un mercado desregulado¹⁷. Lo anterior redundaría en que la presión competitiva entre ambos bienes, en el contexto de discusión aludido, sea siempre considerada en lugares que están al alcance de las redes por las que es provisto el GN, o, a lo sumo, en aquellas a las que podría ser económicamente rentable extenderlas. Sin embargo, como ha concluido la *Competition Commission* (CC) inglesa -analizando la sustituibilidad de estos bienes desde la perspectiva del GLP- aún cuando el GN sea el sustituto más próximo, las redes de cañerías por las que es distribuido no alcanzan a todos los usuarios¹⁸. Como se observa en la tabla ofrecida a continuación, muchos de los usuarios residenciales de GLP no cuentan con acceso a GN, especialmente en regiones sin grandes urbes¹⁹. Las (entonces) regiones I, III, IV, VI, VII, X y XI,

¹⁶ Como reconoció ante esta Fiscalía [redacted] de Gasco, en declaración prestada ante esta Fiscalía con fecha 21 de octubre de 2010: “el formato de granel estanco, instalado en residencia, por exigencias de calidad de servicio, tiene para nosotros un carácter premium, está enfocado para clientes de altos consumos y que elige el formato sobre todo por calidad de servicio”.

¹⁷ Puede consultarse el texto de A. Galetovic citado en la nota 14, quien, como se señaló, estima que el GN enfrenta sustitutos distintos para cada uno de los tramos de consumo, por lo que su distribución no debe tratarse como un monopolio, ni las redes por las que es transportado como una instalación esencial; a su vez, Constanza Fosco y Eduardo Saavedra, en op. cit. nota 13, también concluyen que hay sustituibilidad entre el GN y el GLP, sin embargo, estiman que la estructura oligopólica de distribución de éste último hace que se trate de un mercado no competitivo, impidiéndole disciplinar al mercado del GN, por lo que cuestionan la conveniencia de mantener la distribución de éste como un mercado desregulado.

¹⁸ Competition Commission, *Market investigation into supply of bulk liquified petroleum gas for domestic use*, Appendix E *Market definition*, p. 1, de junio de 2006. La misma realidad fue reconocida por uno de los representantes de las empresas de gas que prestó declaración ante esta Fiscalía, quien señaló “nuestro crecimiento [en clientes de GLP granel abastecidos a través de estanques] lo tenemos en la periferia de las ciudades con GN”.

¹⁹ Un análisis de riesgo de Empresas Lipigas S.A., realizado Fitch Ratings el año 2006 señala “Considerando las regiones donde opera la empresa aproximadamente un tercio de sus ventas se realizan en zonas donde no es económicamente sustentable vender gas natural”.

hasta el año 2007, no contaban con clientes de Gas Natural, exhibiendo al mismo tiempo, en conjunto, un total de casi 100 mil usuarios de gas granel. Ello, sin considerar que buena parte de los clientes de GN de la II Región son industriales, y que hay una gran cantidad de usuarios que, a pesar de residir en regiones en que existe GN, no son alcanzados por sus redes de distribución.

Cuadro N° 1:
Número de clientes de distribuidoras por Región al año 2007 (datos gas de ciudad del año 2004).

REGIÓN	GAS NATURAL	GAS DE CIUDAD	GAS LICUADO GRANEL ⁽¹⁾
I	0	0	14,622
II	2,816	0	19,097
III	0	0	3,185
IV	0	0	13,517
V	76,928	0	48,309
VI	0	0	16,340
VII	0	0	11,581
VIII	15,509	17,201	43,206
IX	6,324	0	23,731
X	0	0	34,500
XI	0	0	1,026
XII	47,068	0	337
R.M.	370,898	40,677	160,184
TOTAL	519,543	57,878	389,635

(1) Estadística Gas Licuado incluye fase líquida, distribuido en estancques y en fase gaseosa distribuido a través de medidores.

Fuente: Empresas Distribuidoras de Gas
Elaboración: CNE, septiembre de 2008

33. Cabe añadir que aún cuando los cortes de suministro de GN desde Argentina no han afectado al mercado residencial, es dable presumir que muchos consumidores estimen que la continuidad del suministro es menos segura que la de GLP, cuya provisión no enfrenta ni ha enfrentado restricciones.
34. Además de lo hasta aquí señalado, debe tenerse en cuenta que, salvo para el caso de clientes nuevos, optar por un sustituto tiene normalmente asociados costos de cambio, los que para los clientes de GLP a través de estancques son especialmente relevantes, encareciendo y alejando los

posibles sustitutos. Estos costos, para el mercado en análisis, tienen dos fuentes, una es el costo de instalación y desinstalación del estanque, que son normalmente traspasados al consumidor. Aún cuando el costo de instalación debiese considerarse como costo hundido al momento de decidir sustituir el estanque por otra fuente, no es menos cierto que los costos de desinstalación operarán como un costo de salida para el usuario. La otra fuente es el costo de convertir el acceso a la red interior de gas a una nueva forma de provisión, así como el costo de adaptar a ella los artefactos²⁰.

35. Lo recién señalado es especialmente relevante si se tiene en cuenta que la cantidad de clientes residenciales abastecidos por este medio ha sido relativamente estable en el tiempo, como se observa en el cuadro que sigue:

Cuadro N° 2:
N° de clientes anuales de GLP abastecidos mediante estanques residenciales

Año	2004	2005	2006	2007	2008
N° de clientes	74.310	75.371	78.007	83.741	93.603

Fuente: CNE

36. El número de clientes con tanques residenciales tuvo un aumento exponencial a fines de los años 90, y hoy se encuentra relativamente estabilizado²¹. De esta suerte, puede observarse que el número de clientes nuevos, que opta por una u otra forma de provisión sin enfrentar los costos de salida que tienen aquellos que cuentan con un estanque ya instalado, son una porción reducida del total de usuarios. Lo anterior se agrava si se tiene en cuenta que muchas veces la decisión de instalar estanques y la elección de la compañía no son tomadas por el usuario, sino por empresas inmobiliarias o dueños anteriores de la propiedad.
37. Desde el punto de vista de la oferta, por su parte, aún cuando el tipo de gas con que se abastecen estanques y se rellanan cilindros sea el mismo, y aún

²⁰ Tal como resalta la *Competition Commission* inglesa, estos pueden ser especialmente altos. Si se tiene en mente el petróleo como sustituto, el cambio va a suponer sustituir, por ejemplo, la caldera de calefacción, un costo que el consumidor va a rehuir considerar antes de que la caldera necesite ser cambiada, lo que ocurre cada 15 o 20 años, si se observa la vida útil que estas normalmente tienen. *Competition Commission*, op. cit nota 12, Appendix E *Market definition*, p. 2.

²¹ Algunos representantes de las empresas afirmaron que la distribución por este medio estaba en decadencia, y que pocos de los clientes a los que se había instalado estanques en el boom de los años 90 alcanzaban hoy los consumos mínimos, de modo que desde comienzos de la década del 2000 comenzaron a desinstalarse estanques. Las cifras no reflejan aquello.

cuando, por ejemplo, las plantas de almacenamiento de gas sean las mismas para ambos canales de distribución, para las empresas no resulta igual proveer por cualquiera de los canales, pues los clientes de granel por estancos firman contratos de provisión de gas de largo plazo, durante el cual aquellas mantienen la exclusividad del abastecimiento²². Lo anterior no es predicable respecto del abastecimiento por cilindros, en que el cliente tiene oportunidad de cambiar de compañía cada vez que demanda gas.

38. En términos geográficos, estimamos que se trata de un mercado de alcance nacional, pues las empresas distribuidoras de gas licuado compiten entre ellas a lo largo de todo el territorio nacional.

Concentración y Umbrales

39. Aún cuando no hay datos disponibles respecto de las cantidades de GLP vendidos por cada empresa en el mercado relevante descrito, hay varias otras cifras relativamente próximas que permiten afirmar que se trata de un mercado altamente concentrado. Así, en el cuadro que sigue se señala la participación de mercado de cada una de las empresas que operan en el mercado de GLP granel, medido por cantidad de clientes, para el año 2008, así como el Índice Herfindhal Hirschman (HHI, por su sigla en inglés).

²² Como se verá latamente al analizar la denuncia, las empresa proveedoras de gas a través de estanco se aseguran la exclusividad en la provisión por dos vías: en primer lugar, los contratos tipo establecen cláusulas de exclusividad; y, por otro, las empresas entregan los estancos en comodato, reteniendo su propiedad, lo que los establece como responsables de la seguridad del estanco; circunstancia –esta última– que permite prohibir a terceros manipularlos o abastecerlos.

Cuadro N° 3:
 Porcentaje de participación las empresas al año 2008, medido por número de clientes, en el mercado de gas licuado a granel y HHI.

Empresa	Participación	HHI
Abastible	42%	3608
Lipigas	38%	
Gasco	20%	

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la SEC

40. En cualquier caso, aún en ausencia de datos y sabiendo exclusivamente que tres empresas dominan la totalidad de la distribución de gas granel residencial por estanques, podemos afirmar que se trata de un mercado altamente concentrado, pues, aún en el mejor de los escenarios posibles, el HHI superará ampliamente los umbrales requeridos por esta Fiscalía para hacer tal consideración²³.

Barreras a la entrada

41. Hay numerosas barreras de entrada al mercado relevante descrito, pues existe una profusa y exigente legislación que le es aplicable; el ingreso demanda ingentes inversiones, muchas de las cuales constituyen costos hundidos; las empresas actualmente en operación se encuentran verticalmente integradas, y cuentan con marcas altamente reconocidas. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la dificultad de disputar a cada empresa los consumidores con que ya cuenta, por las razones que más abajo se indicarán.
42. Tal y como se señaló, el acceso a la distribución de GLP no está legalmente limitado; no se requiere concesión y cualquier persona natural o jurídica puede distribuir gas, con el solo requisito de ingresar a un registro establecido al efecto. Quienes integren tal registro, sin embargo, quedan

²³ La Guía Interna Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de esta Fiscalía estima que un HHI superior a los 1.800 puntos es indicativo de un mercado altamente concentrado. Cabe agregar que, según el citado estudio de Fosco y Saavedra, al año 2001, Abastible concentró el 30% de las ventas de gas granel en la Región Metropolitana, Gasco el 39% y Lipigas el 31%.

sujetos a las obligaciones que el Presidente de la República estatuya, por decreto supremo, para dar seguridad a las personas y a la propiedad.

43. La normativa de seguridad, técnica y ambiental asociada a la distribución de gas es profusa y altamente exigente²⁴, lo que explica que quien quiera desarrollar el negocio debe invertir importantes sumas para cumplir con la legislación. Todavía más, si un nuevo actor quisiera ingresar al mercado, y aún cuando cumpliera con toda la normativa vigente, hay ciertas condiciones en que no podría igualar a las empresas actualmente presentes en el mercado; tal como reconoce el análisis de riesgo aplicado a una de las actoras de este mercado, tenido a la vista por esta Fiscalía, *"A pesar de que la distribución de gas licuado es un mercado no regulado, las actuales leyes de seguridad y medioambientales no permiten la instalación de otro centro de distribución en Santiago. De este modo, un potencial competidor tendría que atender Santiago desde una ubicación fuera de la ciudad"*²⁵.
44. Como quedó dicho, las empresas que se desempeñan en el mercado se encuentran verticalmente integradas, participando de los mercados de importación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de GLP. Ello puede suponer una fuerte barrera a la entrada, toda vez que quien quiera desafiar a los incumbentes de un modo competitivo, probablemente tendrá que entrar a competir con ellos en cada uno de los mercados en que se desempeñan. Las inversiones que ello supone son especialmente altas y específicas, operando como costos hundidos. Piénsese en los puertos de

²⁴ Sin perjuicio de que algunas de las normas que a continuación se listan sean estudiadas con algún detalle al analizar la denuncia, pueden mencionarse, a modo de enumeración no exhaustiva: el DFL N° 1/78, del Ministerio de Minería, que establece el registro mencionado, en que deben inscribirse las empresas que importen, distribuyan o expendan GLP; la Ley N° 18.677, que establece el libre intercambio de cilindros de gas licuado y su respectivo reglamento, algunas de cuyas normas se han estimado aplicables a los estancos de GLP; el DFL N° 323 de 1931, Ley de Servicios de Gas, el DS N° 132/79, que establece las normas técnicas, de calidad y de procedimiento de control aplicables al petróleo crudo, a los combustibles derivados de éste y a cualquier otra clase de combustibles; la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que tiene, entre otros cometidos, el de fiscalizar el cumplimiento de la legislación del ramo, el Decreto Supremo N° 66 de 2007, del Ministerio de Economía, que aprueba el reglamento de instalaciones interiores y medidores de gas; el Decreto Supremo N° 29 de 1986, del mismo ministerio (DS N° 29/86), que aprueba el reglamento de seguridad para el almacenamiento, transporte y expendio de gas licuado; así como una gran cantidad de resoluciones de la SEC, que establecen requisitos para certificar estancos, protocolos para su llenado, especificación de las distancias que han de guardar los estancos con otros objetos y un largo etcétera.

²⁵ FitchRatings, Análisis de Riesgo de Empresas Lipigas S.A., año 2006. Es difícil exagerar la importancia de Santiago en el mercado, cuando concentra más del 40% de los clientes de gas granel.

carga y descarga de combustibles líquidos, las plantas de almacenamiento y los tecnologizados camiones de transporte de GLP con que estas empresas cuentan.

45. Adicionalmente, se trata de un mercado donde las tres participantes presentan marcas fuertes, forjadas -al menos en parte- a partir de importantes inversiones en publicidad, inversión que corresponde a un costo hundido en el que debe incurrir también un entrante a fin de hacerse de una masa crítica de clientes y permanecer en la industria.
46. En fin, cabe tener en consideración una serie de circunstancias que operan a la vez como barreras de entrada y como barreras a la expansión, y que dicen relación con el costo asociado al cambio de empresa abastecedora de GLP granel por medio de estanques. Como se destacó, una empresa que pretenda entrar en el mercado no podrá formar una masa crítica de clientes sólo a partir de usuarios nuevos, que representan una porción menor del total del mercado.
47. Según anticipamos, las empresas mantienen la propiedad sobre los tanques, y los entregan a los usuarios celebrando contratos de comodato o préstamo de uso. Como la legislación hace recaer la responsabilidad por la mantención y seguridad del estanque en el propietario de éstos, las empresas proveedoras, a pesar de ceder el uso y goce de la cosa, retienen la responsabilidad por ella. Esta responsabilidad las habilitaría para impedir que toda empresa distinta de la propietaria abasteciera un estanque. Así lo ha reconocido, por lo demás, la jurisprudencia nacional²⁶. Amparadas en éste argumento, las empresas distribuidoras establecen en sus contratos cláusulas de exclusividad en virtud de las cuales sólo la comodante podrá abastecer de gas al comodatario.
48. De esta suerte, los usuarios que suscriban con las empresas distribuidoras contratos de comodato y abastecimiento quedarán sujetos a proveerse con

²⁶ Dictamen N° 1246 de la Comisión Preventiva Central (CPC), de 09 de mayo de 2003, recaído sobre la presentación de Luz Montebruno Zuanib. Los pormenores de este dictamen, por ser tremendamente similares a los de la presente denuncia, serán revisados con cierto detalle más adelante.

- ellas por toda la duración del contrato, pudiendo otra empresa competir por ese cliente sólo una vez que el plazo de dicho contrato haya expirado²⁷.
49. Una vez que esta última condición se haya cumplido, quién quiera desafiar a la actual empresa proveedora debe lograr que el estanque de ésta sea retirado y que el suyo sea instalado.
 50. Según las declaraciones prestadas ante esta Fiscalía por representantes de las empresas proveedoras, los principales costos de instalación de un estanque corresponden a la compra de este bien, la faena de instalación del mismo, la contratación de un instalador y un certificador -ambos autorizados por la SEC- el procedimiento de declaración y certificación de la instalación ante la superintendencia del ramo, la conexión del estanque a la red interior de gas y la adaptación y chequeo de la red interior. En la misma declaración se nos señaló que el costo de instalación sin considerar el valor del estanque, bordea los \$600.000; cifra que puede variar enormemente según las particularidades del caso. En cuanto al costo del estanque, se señaló que el precio de compra para las empresas (que involucra entre 2.000 y 3.000 unidades, aproximadamente, en cada transacción), es de alrededor de \$250.000 para los de 500 lt., y de más o menos \$400.000 por cada estanque del doble de esa capacidad.
 51. La determinación de quién paga los costos de la instalación y la forma en que es cobrada, varía según la empresa de que se trate y según el tipo de cliente. Normalmente la instalación es precedida por una evaluación económica, en que se determina el nivel de consumo del usuario, a partir de la potencia instalada del hogar a proveer (que es función de la cantidad y tipo de artefactos, tamaño de la vivienda, número de habitantes, etc.). Luego, en atención a cuán atractivo resulta el cliente (por su nivel de consumo, por la posibilidad o no del cliente de sustituir el GLP por GN, por los costos de distribución que signifique para la empresa ese cliente, etc.), se determinará quién correrá con el costo de instalación. Normalmente, mientras más

²⁷ El contrato tipo de Comodato y Suministro Superbalón Abastible, por ejemplo, establece en su cláusula 5ª una duración de 5 años, sin que pueda ponerse término anticipado sino por la empresa comodante por causales en que es posible imputar negligencia o incumplimientos al comodatario.

- atractivo un cliente más probable es que los costos sean asumidos por la empresa distribuidora.
52. En caso que el costo de la instalación sea de cargo del cliente, la forma de cobro varía igualmente. Puede exigirse su pago al momento de instalar, o fraccionarse en el tiempo. Una vía habitual de cobro es la exigencia de un monto de dinero como garantía por el estanco, la que es devuelta sin reajustar cuando el estanco es retirado. El traspaso al cliente de los costos de instalación a través del precio del gas parece menos probable, pues las empresas venden el gas a precio de lista (que sigue de cerca los precios publicados semanalmente por ENAP). Sin embargo, los clientes de mayor consumo –que normalmente son más atractivos, tienen mayor poder de negociación, y están normalmente en condiciones de pagar por adelantado los costos de instalación- rara vez pagan el precio de lista del gas, y se acogen normalmente a promociones.
 53. Otro tanto sucede con los costos de desinstalación, que si bien son más bajos que los de instalación, deben cancelarse al momento del retiro.
 54. Con lo dicho, puede concluirse que para que un cliente con estanco instalado pueda cambiar de proveedor (o, en términos similares, para que una empresa pueda competirle a otra por un cliente actual) son necesarias, al menos, las siguientes condiciones: i) que el plazo de vigencia del contrato entre la empresa y el usuario haya expirado; y, ii) correr (el usuario, la empresa desafiante) con los costos de desinstalación del estanco con que cuenta y los de instalación de aquél de la nueva compañía.
 55. Naturalmente, las circunstancias recién descritas no son las únicas que dificultan el cambio de proveedor de gas granel. Como ha destacado la *Competition Commission (CC)* inglesa, los costos de cambio suelen ser bastante mayores a los ahorros que pudieran esperarse de un cambio de compañía, las labores de desinstalación de un estanco e instalación de uno nuevo suelen ser molestas para los usuarios, especialmente si se trata de estancos enterrados; las empresas que podrían disputar a otra un cliente actual tienen poca posibilidad de identificarlos y, aún más, de conocer la vigencia de los contratos y sus fechas de expiración, de modo de poderles

ofertar mejores condiciones; la empresa que pretenda desafiar a otra respecto de un cliente que ya cuenta con un estanque de la competencia, tendrá respecto de ella importantes desventajas de costos, pues, mientras una no debe hacer más que prorrogar el plazo del contrato, para que opere la entrante debe desinstalarse el estanque existente y reemplazarse por uno nuevo, por lo que para la empresa ya instalada será fácil retener al cliente ofreciendo descuentos o mejores condiciones; los contratos de comodato y suministro suelen ser suscritos por empresas inmobiliarias, de modo que muchas veces el usuario no tiene siquiera la posibilidad de elegir empresa abastecedora la primera vez; la escasa información disponible para los consumidores respecto de los costos asociados al cambio de proveedor; la dificultad que enfrenta el contratante que pretende cambiar de proveedor para evaluar qué empresa ofrece las mejores condiciones para todo el plazo que durará el contrato que se dispone a suscribir, etc.

56. En suma, se trata de un mercado con importantes dificultades para el ingreso y la expansión; indicativo de lo anterior es que no hayan ingresado al mercado nuevos actores en tantos años y que la participación de mercado de las empresas se haya mantenido estable.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

57. Tal como se señaló en la sección 'Antecedentes' de este informe, la denunciante imputó a la empresa denunciada tres conductas que estimó contrarias a la libre competencia. Las primeras dos de ellas –relativas al incumplimiento por parte de Abastible de los plazos pactados para la provisión de su estanque y a la fecha en que debía determinarse el precio del bien- pueden agruparse como denuncias en torno a la calidad del servicio, materia cuya supervisión reserva la ley a otros organismos y por estimar esta Fiscalía que tal como se presentan en el caso no involucran un problema de libre competencia, puede concluirse que exceden el ámbito de competencias de este servicio. Ello, naturalmente, es sin perjuicio de lo que sobre las mismas conductas puedan establecer otros organismos competentes.

58. Respecto de la tercera conducta imputada, en cambio, esta Fiscalía estimó que ciertas cuestiones de libre competencia podían suscitarse, de modo que dedicó a ella un mayor análisis.
59. En primer lugar, cabe señalar que un caso similar fue llevado ante los organismos encargados de la defensa de la libre competencia el año 2003²⁸. En él, la denunciante solicitó a este mismo servicio investigar y requerir a una empresa proveedora de GLP residencial a granel por no permitirle abastecer su estanque con la empresa de su elección.
60. En dicha ocasión, la CPC, acogiendo los argumentos esgrimidos por la empresa denunciada y por el Superintendente de Electricidad y Combustibles de la época, desechó la denuncia por las consideraciones siguientes:
- a) Se estableció que la empresa denunciada era la propietaria del estanque y que la denunciante lo mantenía en su hogar en calidad de comodataria.
 - b) El artículo 10 del DS N° 132/79 prohíbe envasar gas licuado en cilindros que no sean de propiedad de la persona o empresa envasadora, a menos que exista un acuerdo entre ésta y el propietario.
 - c) Que la prohibición recién descrita, aun cuando se refiere a cilindros y no a estanques, se extiende a éstos. Ello por cuanto tiene su fundamento en que las empresas son responsables por el mantenimiento del cilindro y tienen obligaciones asociadas a la verificación de las condiciones de seguridad antes del llenado, obligaciones que se verifican igualmente respecto de los estanques. Permitir la intervención de terceros en instalaciones de su propiedad podría afectar la obligación de origen legal que sobre ellas recae.
 - d) Si un usuario no dueño quiere cambiar su distribuidor debe comunicar a la empresa el término del contrato y pedir el retiro del estanque.
 - e) Todas las circunstancias descritas llevaron a la CPC a estimar que la empresa denunciada no hacía más que cumplir con la legislación vigente al impedir que terceras personas llenasen los estanques de su propiedad, por lo concluye que no se verificaban en el caso conductas que vulneraran las normas sobre libre competencia.

²⁸ Investigación Rol N° 457-02 FNE, por denuncia presentada por doña Luz Montebruno Zuanic en contra de Codigas, y que dio lugar al Dictamen N° 1246 de la Comisión Preventiva Central, de 9 de mayo de 2003.

61. En el curso del presente análisis preliminar esta Fiscalía concluyó que un primer elemento del caso analizado por la CPC se daba también con ocasión de la denunciada presentada, que dice relación con la titularidad del derecho de propiedad del estanque en cuestión²⁹.
62. Tal como hace ver la CPC en el dictamen reseñado, la legislación establece en variadas disposiciones las responsabilidades que recaen sobre el propietario de un estanque, para que en su operación resguarde del mejor modo posible la seguridad de las personas y de la propiedad.
63. En tal sentido, cabe traer a colación lo establecido en artículo 1.3. del DS N° 29/86, que señala que el propietario, arrendatario o cesionario a cargo de las instalaciones será responsable de su seguridad, lo que es reiterado en el artículo 3.2.1. del mismo, ahora específicamente respecto de los estanques, que reza: *"El propietario de los estanques será responsable de su mantención"*; la Resolución Exenta N° 1.120/96 de la SEC, publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1996, que establece en su numeral 1.2.1, entre las responsabilidades del propietario del estanque, la de efectuar la certificación periódica de que habla la misma resolución; así como las consideraciones precitadas de la CPC en un caso análogo al aquí examinado.

²⁹ En efecto, esta Fiscalía ofició a la denunciada consultándole respecto de la relación contractual que mantenía con el dueño del inmueble que habita el denunciante. A esto, Abastible contestó señalando que no tenía relación contractual vigente con él, pero que había celebrado contrato de comodato con la empresa Inmobiliaria Parque Central S.A. –del que acompañó copia– gestora del proyecto inmobiliario que había construido y vendido la propiedad por la que se consultaba. A lo anterior agrega que la propiedad del estanque ahí ubicado era de Abastible S.A., ofreciendo en auxilio de dicha afirmación copia del Certificado de Aprobación de Producción del estanque en cuestión, emitido por la SEC, en el que figura la denunciada como quien encargó su construcción. Aun cuando no haya contrato escrito entre la denunciada y el propietario, y aún cuando el efecto relativo de los contratos no haga oponible a éste el acuerdo celebrado entre Abastible y la empresa inmobiliaria, esta Fiscalía estima que la denunciada no habría perdido la propiedad sobre dicho bien. En primer lugar, por cuanto el artículo del DS N° 29/86 establece que los estanques deben llevar una placa con una serie de marcas que permitan individualizarlo. Entre las marcas que debe llevar, figura, en primer lugar, *"el nombre del propietario"*. El estanque en cuestión, en efecto, lleva el nombre de la empresa denunciante marcado. En segundo lugar, tal como reconoce el artículo 2174 del Código Civil, el comodato es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa. En tal sentido, el que no haya constancia de un acuerdo de voluntades entre Abastible y el actual dueño del inmueble, no parece ser circunstancia suficiente para afirmar la ausencia de un contrato de comodato, máxime cuando la denunciante ha manifestado ante esta repartición desconocer el régimen legal bajo el cual usa el estanque, lo que permite descartar cualquier indicio de ánimo dominical por parte de éste. En seguida, aun cuando pueda controvertirse la presencia de un verdadero comodato, puede concluirse que se trata, al menos, de un caso de precario, según estatuye el artículo 2195 del Código Civil. Ello, toda vez que la denunciada suscribió contrato de comodato con el propietario del inmueble y, sin ser informada, el dominio sobre éste mudó de titular.

64. Las circunstancias descritas permiten a esta División concluir que, dada la configuración actual de nuestra legislación, y teniendo presente las especiales circunstancias del caso, la empresa denunciada se encontraría legalmente habilitada para establecer restricciones al llenado de estanques de su propiedad por terceras personas, en razón de la especial responsabilidad que sobre ella recae para velar porque dicha instalación no ponga en riesgo la seguridad de las personas y de la propiedad.

Análisis particular del régimen legal sobre estanques

65. A pesar de la conclusión anterior, esta División quiso extender los términos de la indagación preliminar a que dio lugar la denuncia analizada, con el objeto de determinar si es posible remover o sortear las eventuales restricciones competitivas que se siguen del modo en que actualmente está ordenado el mercado relevante.
66. En tal sentido, lo primero que se analizó fue la posibilidad que un usuario, o una persona distinta de las empresas proveedoras de gas granel, sea dueña de un estanque. Si es posible responder afirmativamente a esta pregunta, el hecho que las empresas distribuidoras retengan la propiedad sobre los estanques no impediría, al menos en principio, que un usuario –ahora responsable por la seguridad de su propio estanque- pueda elegir indistintamente entre empresas para el llenado de éste. Otra posibilidad que abriría esta hipótesis es la operación separada de dos potenciales mercados, de modo que se genere competencia entre empresas proveedoras de estanques y empresas proveedoras de gas.
67. Lo primero que constató esta División es que no existen obstáculos de tipo legal a dicha posibilidad. La legislación del ramo establece, en forma separada, una serie de obligaciones y responsabilidades para los propietarios de estanques y para los proveedores de GLP. Ninguna de ellas exige expresamente que sean empresas proveedoras las dueñas de los estanques.
68. El capítulo II del DS N° 29/86, tantas veces mencionado, detalla los requisitos de diseño, fabricación e inspección de los estanques, así como los requisitos para importarlos. Se obliga al propietario a exigir del fabricante o

importador la inspección de los estanques por un organismo o institución reconocidos por la SEC, de modo que certifique que el estanque ha sido construido conforme a las exigencias legales. Así, los requerimientos de seguridad asociados a la infraestructura del estanque y aquellos relativos a su inspección periódica no recaen sobre el propietario, más que en cuanto le obligan a certificar sus condiciones a través de un organismo reconocido al efecto por el Estado.

69. La exhibición de dicha certificación podría ser, en principio, garantía suficiente para una empresa proveedora de que el estanque se encuentra en condiciones óptimas de seguridad³⁰.
70. Por su parte, existen normas distintas que regulan las responsabilidades que caben a los proveedores de GLP. Ninguna de ellas obliga a las empresas proveedoras a llenar sólo estanques de su propiedad, norma que de existir forzaría la conclusión de que solo éstas pueden tenerlos en propiedad. En efecto, tal prohibición está expresamente establecida respecto de los cilindros, en el artículo 10 del DS 132/79, sin que exista norma análoga para los estanques.
71. Así, y tal como se adelantó, sería legalmente posible que un particular (o una empresa no proveedora de gas) fuera propietario de un estanque, que recayera sobre él la responsabilidad de mantener al día las certificaciones correspondientes y que las empresas proveedoras tuvieran responsabilidad sólo por esa operación, estando obligadas a verificar la existencia de las certificaciones que la ley exige al propietario³¹.
72. A pesar de que la legislación no parece poner trabas a tal posibilidad, los problemas asociados a separar la propiedad del estanque de la provisión de

³⁰ Confirma lo anterior la Resolución Exenta N° 1 120/98 de la SEC, que reglamenta los requisitos que ha de cumplir la certificación. En el número 1.2, que delimita su alcance, actara se aplicará a los estanques que sean de propiedad "de las empresas proveedoras, de sus concesionarias o de particulares" (énfasis agregado).

³¹ El artículo 4.1.6 del DS N° 29/86 establece que la persona encargada de la operación de transferencia será responsable de tomar todas las medidas de seguridad para evitar que existan fuentes de ignición. Asimismo, ahora respecto de las instalaciones interiores de gas, el DS N° 66/2007, del Ministerio de Economía, establece que las empresas de gas, previo a otorgar suministro definitivo, deben verificar que las instalaciones de gas cumplan con los requisitos ahí establecidos. Cabe hacer presente que ambas normativas establecen altísimas exigencias técnicas para la operación de abastecimiento de GLP.

GLP son muchos, y responden tanto a razones de seguridad como de costos.

73. Teniendo el objetivo de seguridad en mente, cabe destacar que las empresas proveedoras son quienes están en mejor posición para garantizar que los estanques de GLP y su manipulación no signifiquen un riesgo para las personas y los bienes. Las varias fases en que es crítica la supervisión de los aspectos de seguridad (construcción del estanque, instalación de los mismos, su procedimiento de llenado y su revisión periódica), son unas cuya ejecución requerirá de una experticia con la que los usuarios normalmente no cuentan³².
74. Adicionalmente, no es sólo que las empresas estén en mejor posición para velar por la seguridad de los estanques por su calidad de especialistas, sino que hay también varias medidas preventivas que dependen de que se mantenga un registro o historial de cada estanque, el que idealmente debe estar disponible para quien lo abastezca de gas. Ese historial difícilmente podría ser mantenido por un usuario dueño³³.
75. Por otra parte, la responsabilidad de velar porque quienes proveen sean efectivamente distribuidores autorizados, recaerá sobre los propios usuarios, cuestión que normalmente les costará discriminar.
76. En seguida, las empresas proveedoras, en la medida en que mantienen la responsabilidad sobre los estanques, han desarrollado mecanismos de atención disponibles a toda hora, durante todo el año, para la atención de emergencias, cuestión para la que perderían incentivos si no retuvieran la responsabilidad de velar por la seguridad de los estanques.
77. En suma, y como ha reconocido la CC inglesa, *"altos estándares [de seguridad] en el diseño de tanques y válvulas, instalación y mantención, así como una respuesta apropiada ante situaciones de emergencia son todas*

³² Según informaron representantes de las empresas proveedoras, éstas designan a un experto de la empresa para que, en cada proceso, acompañe y supervise las labores que por ley deben hacer terceros reconocidos por la superintendencia del ramo. El cumplimiento de este estándar de seguridad no es exigido legalmente.

³³ Esta y algunas de las ideas que siguen han sido tomadas del documento *Propane Container Filling Laws, Regulation and Standards: The Saffy Reasons Supporting Accountability*, de la NPGA norteamericana, Washington, marzo de 2010.

*circunstancias necesarias para minimizar fugas y mitigar riesgos asociados*³⁴; estos estándares, para ser tan altos como la seguridad exige, requieren ser aplicados a quienes estén en condiciones de cumplirlos, cuestión que puede predicarse con más facilidad respecto de las compañías proveedoras que de los usuarios.

78. En fin, hay también una serie de razones de costos que desalientan el que los usuarios sean dueños de sus propios estanques: los precios que se consiguen por los estanques y su instalación son menores para las empresas, por el mayor volumen; las revisiones periódicas que se exigen de los estanques, muchas de las cuales exigen desenterrarlo y desinstalarlo, es efectuada por las empresas reemplazándolo en forma inmediata, cuestión que no podrá hacer el usuario sino arrendando uno mientras dure la revisión³⁵; y, en fin, todos los costos asociados a la revisión periódica serán mayores para cada usuario de aquellos que se siguen por el mismo concepto para una empresa que requiere los servicios de miles de los mismos.
79. Las circunstancias hasta aquí señaladas podrían explicar por qué, aún siendo legalmente factible, no hay usuarios dueños de sus propios estanques³⁶ ni se ha desarrollado un mercado de comercialización o provisión de estanques con independencia al de abastecimiento³⁷.

³⁴ Traducción libre del informe citado en la nota 12, página 9.

³⁵ Ver Decreto 29/86 artículo 2.1 y Resolución 1.120/96 de la SEC para el establecimiento legal de esta obligación y su periodicidad; los estanques deben ser retirados y revisados a lo menos cada 10 años. Según los datos aportados por las empresas proveedoras en declaraciones prestadas en el curso del análisis preliminar de la denuncia, las compañías compran a través de licitaciones anuales o bianuales, por volúmenes de entre 2.000 y 5.000 estanques, aproximadamente.

³⁶ Excepción hecha respecto de algunos estancieros magallánicos, según manifestaron en sus declaraciones ante esta Fiscalía los representantes de dos de las 3 empresas proveedoras de gas. Resulta útil, en éste sentido, tener en cuenta el funcionamiento de la provisión por este canal a las industrias; según señalaron en su declaración representantes de una de las empresas distribuidoras, la mayoría de los clientes industriales contratan bajo el mismo modelo que los residenciales (comodato y exclusividad en la provisión); hay una porción menor que aún contando con sus propios estanques pactan exclusividad con las empresas proveedoras durante la vigencia del contrato y, finalmente, hay casos excepcionales –normalmente grandes industrias– que cuentan con sus estanques y compran *spot*, caso en el cual la empresa proveedora les exige firmar documentos que delimitan su responsabilidad exclusivamente a la seguridad en el procedimiento de llenado.

³⁷ Naturalmente, hay otras razones que podrían explicar el mismo fenómeno. Por ejemplo, podría haber temor a que las tres empresas que dominan el mercado se negaran a abastecer estanques ajenos, aún cuando no sean de otra distribuidora y cuenten con todas sus certificaciones al día. Con todo, las razones expresadas en el cuerpo de este informe nos parecen –a lo menos en forma preliminar– suficientemente poderosas. Esas mismas razones, por su parte, nos mueven a descartar las conclusiones a las que arribó el Utah Attorney General, en su opinión 90-027 (que causó gran revuelo en la industria), quien estimó que la adopción de una normativa en virtud de la

80. Sin embargo, las ventajas de situar las obligaciones de seguridad en las distribuidoras no serían tan fuertes si, separando los mercados de comercialización y mantención de estanques de aquel avocado a la provisión del GLP, los referidos estándares pudieren ser exigidos a empresas dedicadas profesionalmente al primer rubro. Ello permitiría asegurar, a un tiempo, la seguridad de los estanques y la competencia en la provisión de GLP. Sin embargo, hay –al menos preliminarmente- variados problemas de costos que desalientan tal posibilidad.
81. En primer lugar, las empresas distribuidoras, que –no puede ser de otro modo- mantendrán la responsabilidad por el proceso de llenado de estanques, tendrán que tomar medidas de seguridad mucho más exigentes que las actuales cuando se trate de llenar estanques. Ello, toda vez que la construcción y revisión periódica no ha sido monitoreada por éstas, y que los estanques han sido manipulados con anterioridad por otras empresas. Es altamente probable que estas mayores precauciones traigan aparejados mayores costos, los que presumiblemente serán traspasados al consumidor final a través del precio del gas. Estos mayores costos no existen en un régimen en que el encargado de la seguridad y el de la provisión son una misma persona, advirtiéndose eficiencia en su provisión conjunta.
82. En segundo lugar, aún cuando los consumidores puedan cargar sus estanques (o los de terceras empresas) con cualquier distribuidora, es probable que igualmente contraten con una sola de ellas; pues la previsibilidad y certeza de demanda que otorga un contrato de largo plazo permite a las empresas cobrar un precio unitario menor por el gas.
83. Con todo, varias de las trabas competitivas al cambio de proveedor de GLP mediante estanques pueden encontrar soluciones que no ponen en riesgo la seguridad en su operación ni suponen una alteración tan clara de costos, como sucedería con las soluciones hasta aquí evaluadas.

cual los estanques sólo podían ser llenados por sus dueños o por quien estos designaran violaba las leyes federales de libre competencia. El Attorney General concluyó que se trataba de una venta atada y de una repartición de cuotas de mercado. Esta Fiscalía estima que, al menos en Chile, no puede estimarse como venta atada, toda vez que, en principio, ambos bienes se encuentran disponibles separadamente en el mercado; sin perjuicio de lo cual son provistos en conjunto por razones de costos, eficiencias y seguridad.

84. Como se destacó más arriba, cuando un usuario cuenta con un estanque instalado en virtud de un contrato vigente, hay una serie de restricciones para que otras empresas puedan competir por proveerle, pues se hace difícil para éstas identificar a los usuarios de otras compañías y saber hasta cuándo estarán ligados a una empresa competidora por un vínculo contractual.
85. Asimismo, cuando el usuario pretenda cambiar de compañía, enfrentará importantes costos asociados a la desinstalación del estanque en operación y a la instalación de un nuevo estanque, lo que a la vez limita la capacidad competitiva de los otros actores (o la posibilidad de nuevos actores de ingresar en la industria).
86. Como ha destacado la CC inglesa, si los costos de cambiar el proveedor y reemplazar el estanque son asumidos por el consumidor al momento del cambio, operan como una barrera a la salida y, por tanto, como un costo de cambio para los consumidores: si son asumidos por el proveedor entrante, actuarán como un desincentivo para competir por los actuales consumidores de GLP mediante estanques, o bien conducen a que éstas deban ofrecer mayores precios de los que podrían cobrar si dichos costos no existieran; en la medida que el cambio es molesto para el consumidor, la necesidad de cambiar el estanque opera como una barrera adicional a la sustitución de un proveedor por otro; y, en fin, dada las desventajas de costos que existen para competir con un proveedor actualmente en servicio, y teniendo en cuenta que la cantidad de nuevos consumidores es relativamente pequeña en relación a los ya existentes, la necesidad de retirar un estanque e instalar otro actúa como barrera a la entrada y a la expansión.
87. Las consideraciones señaladas, además de aquellas identificadas al describir el mercado, llevaron a la CC a establecer remedios para estas trabas, orientados a facilitar la transferencia de estanques entre la empresa entrante y la empresa saliente, de modo que el usuario que pretenda cambiar de proveedor no deba cambiar además de estanque³⁸; a estandarizar y mejorar

³⁸Para ello, la CC estatuyó i) el derecho de todo consumidor a solicitar la transferencia de estanque de una empresa distribuidora a otra; ii) el derecho de el distribuidor entrante a comprar el estanque de la empresa saliente; y iii) el establecimiento de una oportunidad para la empresa saliente de negociar con la entrante el precio del estanque y, a falta de acuerdo, un precio al que la empresa saliente está obligada a vender, que es calculado de acuerdo a una metodología establecida por la propia CC.

la información ofrecida a los consumidores para cambiar de proveedor; mejorar la información disponible a los usuarios respecto de las ofertas de las empresas proveedoras; así como facilitar a las empresas la detección de los clientes de la competencia y las fechas de expiración de los contratos, entre otras.

88. En suma, si bien hay ventajas significativas -tanto de costos como de seguridad- en que la propiedad (y, por tanto, la seguridad) de los estanques esté alojadas en los distribuidores, esto no justifica necesariamente las exigencias asociadas al cambio de proveedor, y con ello las posibles trabas competitivas que se observan en el mercado de referencia. En tal sentido, esta División observa como una opción atractiva el establecimiento de medidas que faciliten la transferencia de estanques entre empresas proveedoras³⁹.

III. RECOMENDACION

Por lo expuesto, se recomienda al Sr. Fiscal -salvo mejor parecer- el archivo de la denuncia, sin perjuicio de hacer presente a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles las potenciales trabas competitivas que pueden existir en el mercado de referencia, de modo que puedan ser tenidas en cuenta en futuras regulaciones de la industria y, de aconsejarlo así un estudio más acabado que el presente, removerlas definitivamente.

Saluda atentamente a usted,



MARIO YBAR ABAD
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES (S)



³⁹ Signo de la factibilidad de esta solución es la experiencia descrita a esta Fiscalía por el representante de una de las empresas proveedoras, quien señaló que en las licitaciones para el abastecimiento de gas granel a organismos públicos se habían alcanzado acuerdos entre las empresas proveedoras, con aprobación de la SEC, para que en aquellos casos en que una empresa con estanque instalado pierda una licitación, que es adjudicada a otra, pueda la nueva adjudicataria abastecer el estanque existente, de propiedad de la adjudicataria anterior, de modo de evitar los costos de instalación y desinstalación.