

Santiago, diez de marzo de dos mil quince.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO.

ROL: NC N° 426-14.

SOLICITANTE: ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ

OBJETO: SE SOLICITE AL MINISTRO DE ENERGÍA LA FIJACIÓN DE TARIFAS DE LA EMPRESA CONCESIONARIA DE DISTRIBUCIÓN DE GAS DE RED METROGAS S.A., DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 31° DEL D.F.L. N° 323 DE 1931, LEY DE SERVICIOS DE GAS.

CONTENIDO

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES Y APORTANTES DE ANTECEDENTES
2. SOLICITUD DE LA I. MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ
3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES
4. AUDIENCIA PÚBLICA

II) PARTE CONSIDERATIVA

5. OBJETO DE LA SOLICITUD
6. MARCO JURÍDICO APLICABLE
7. CONCLUSIONES

III) PARTE RESOLUTIVA

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES

1.1. Solicitante: Ilustre Municipalidad de Maipú.

1.2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:

- Ministerio de Energía (en adelante indistintamente el “Ministerio”);
- Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (en adelante indistintamente “Conadecus”);
- Superintendencia de Electricidad y Combustibles;
- Gas Valpo S.A. (en adelante indistintamente “Gas Valpo”);
- Asociación de Empresas Distribuidoras de Gas Natural A.G.;
- Metrogas S.A. (en adelante indistintamente “Metrogas”);
- Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente la “Fiscalía”);
- Comisión Nacional de Energía (en adelante indistintamente la “Comisión” o “CNE”); y,
- Servicio Nacional del Consumidor (“Sernac”).

2. SOLICITUD DE LA ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ

2.1. A fojas 3, con fecha 27 de octubre de 2014, la I. Municipalidad de Maipú solicitó a este Tribunal el ejercicio de la potestad conferida por el artículo 31° del Decreto con Fuerza de Ley N° 323 de 1931 (en adelante indistintamente el “D.F.L. N° 323” o la “Ley de Servicios de Gas”). Su solicitud se funda en que la Comisión Nacional de Energía dio a conocer el informe “Chequeo de Rentabilidad”, en el que se constataría que durante los años 2012 y 2013 Metrogas S.A. habría excedido el límite de rentabilidad anual definido en el artículo 31° del D.F.L. N° 323. Atendido el citado informe, Metrogas habría obtenido una rentabilidad económica superior en cinco puntos porcentuales a la tasa de costo anual de capital, lo que justificaría que este Tribunal requiriera al Ministerio de Energía la fijación de las tarifas para clientes que consuman mensualmente menos de cien Gigajoule.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

3.1. Según consta a fojas 6, con fecha 30 de octubre de 2014 este Tribunal admitió a tramitación la solicitud de la I. Municipalidad de Maipú con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 31° del Decreto Ley N° 211 de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 (en adelante indistintamente el “D.L. N° 211”). De fojas 86 a fojas 93 rolan diversos oficios despachados a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos relacionados con la materia de la solicitud.

3.2. Con fecha 12 de noviembre de 2014, según consta a fojas 97, fue notificado el inicio del procedimiento al público en general, mediante una publicación en el Diario Oficial.

3.3. A fojas 100 y 259 el Ministerio de Energía aportó antecedentes. En sus presentaciones el Ministerio indica que una manifestación del principio de servicialidad del Estado sería la provisión de servicios públicos, explicando que éstos pueden ser prestados tanto por órganos del Estado como por particulares previo acto traslativo o de autorización emanado del Estado. Las actividades económicas calificadas como servicios públicos afectarían especialmente el interés general y justificarían una intervención estatal permanente a través de regulaciones adicionales y fiscalizaciones. Una de dichas formas de intervención estatal correspondería el ejercicio de la potestad tarifaria, por medio de la cual se establecen los precios máximos que el gestor de un servicio público puede cobrar. El objetivo de la tarificación sería proteger a los consumidores del ejercicio de poder de mercado originado en fallas de mercado, reconociendo al titular del servicio público la obtención de una rentabilidad que le permita recuperar la inversión; operar, mantener y administrar las instalaciones propias de dicho servicio; y, expandir la actividad, en su caso. El Ministerio plantea que la fijación tarifaria sólo puede existir por expresa disposición legal, como consecuencia de las garantías constitucionales de libertad de empresa (Art. 19° N° 21 de la Constitución Política de la República, en adelante indistintamente “CPR”) y de derecho de propiedad (Art. 19° N° 24 de la CPR), así como por requerir su ejercicio un procedimiento administrativo cuyas bases deben ser fijadas legalmente (Art. 63° N° 18 de la CPR). Luego expone que el ejercicio de la potestad tarifaria debe contemplar límites legales a la discrecionalidad administrativa, incluyendo el establecimiento de la autoridad competente; la determinación de los servicios sujetos a fijación tarifaria; la definición, en términos amplios, de los costos que deberán considerarse; el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecimiento de un procedimiento tarifario en el que los afectados tengan derecho a aportar antecedentes, entre otros.

3.4. A continuación, el Ministerio señala que la distribución o suministro de gas de red es un servicio público sujeto a régimen concesional (Art. 1° y 2° del D.F.L. N° 323), que otorga a los concesionarios un estatuto especial de derechos y deberes. Explica que las fallas existentes en dicho mercado, tales como los costos de cambio y la asimetría de información, justificarían la regulación y fiscalización estatal. En lo que respecta a las tarifas cobradas por el servicio público de distribución de gas, expone que los concesionarios tienen el derecho a ejercer su actividad en un marco de libertad tarifaria (Art. 30° del D.F.L. N° 323), el que puede ser restringido en el evento que se trasgreda un cierto umbral de rentabilidad anual, consistente en cinco puntos porcentuales por sobre una tasa de costo anual de capital determinada por ese Ministerio (Art. 31° del D.F.L. N° 323), y que se encuentra sujeta a un mínimo de 6% (Art. 32° del D.F.L. N° 323).

3.5. En su presentación de fojas 100 el Ministerio hace presentes ciertas deficiencias de que adolecería la legislación vigente, explicando que el citado D.F.L. N° 323 no contendría parámetros técnicos-económicos ni procedimientos que permitan a la autoridad proceder a la fijación tarifaria. A su juicio, una eventual solicitud de tarificación del servicio de distribución de gas formulada por este Tribunal probablemente se frustraría debido al vacío legislativo existente. Luego, en su presentación de fojas 259, el Ministerio reitera que el D.F.L. N° 323 no sólo no establecería una regulación propia de una fijación tarifaria, sino que tampoco haría mención alguna a las bases técnicas para realizar la tarificación, ni a las normas, procedimientos de cálculo, periodos de vigencia y los decretos tarifarios que las establezcan. En esa misma presentación añade que el D.F.L. N° 323 tampoco establecería la metodología de cálculo, de reajustabilidad, ni los plazos de vigencia de los elementos de costos e inversiones que deben ser utilizados en los cálculos referidos a la condición legal que activa la solicitud de fijación tarifaria al Ministerio. También hace referencia a la inexistencia de una instancia técnica de solución de controversias. A juicio del Ministerio, el D.F.L. N° 323 habría creado una potestad tarifaria vacía de contenido normativo, que no cumpliría con los requisitos indispensables para actuar como ley habilitante válida para ser complementada mediante potestad reglamentaria de ejecución. El Ministerio aduce que cualquier ejercicio de la potestad tarifaria en las condiciones actuales, además de implicar una infracción a la reserva legal, importaría una discrecionalidad que eventualmente terminaría siendo controlada por tribunales no especializados, generando largos y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

complejos litigios que no traerían solución oportuna y definitiva a los consumidores de gas de red.

3.6. A fojas 100 el Ministerio de Energía informó que presentaría a la brevedad un proyecto de ley con el objeto de, entre otras materias, resolver los vacíos legales identificados. Más adelante, a fojas 259 señaló a este Tribunal las principales directrices que contendría el mensaje: (i) la tarificación se efectuaría utilizando un sistema de empresa eficiente o modelo, en consonancia con la regulación de otros servicios públicos; (ii) se mantendría la libertad tarifaria, sujetándola a una tasa máxima de rentabilidad económica controlada por la Comisión Nacional de Energía mediante estudios de costos y chequeos de rentabilidad; (iii) la tasa de costo de capital sería calculada por la Comisión Nacional de Energía cada cuatro años, sobre la base de un estudio licitado, estableciéndose una tasa mínima de 6%; (iii) las discrepancias de las concesionarias respecto de la determinación de la tasa de costo de capital podrían plantearse ante el Panel de Expertos; (iv) el margen de rentabilidad permitido por sobre la tasa de costo de capital se reduciría de 5% a 3%; (v) la Comisión Nacional de Energía efectuaría un chequeo de rentabilidad basado en criterios de eficiencia, apoyándose en un estudio que se licitaría cada cuatro años; (vi) los chequeos de rentabilidad se realizarían anualmente, pero considerando los valores promedio de los últimos tres años móviles; (vii) el Ministerio de Energía podría ejercer la potestad tarifaria ante la sola constatación de exceso de rentabilidad por la Comisión Nacional de Energía, sin requerir un pronunciamiento previo de este Tribunal; (viii) la concesionaria tendría el derecho a solicitar a este Tribunal el término del régimen de fijación tarifaria en atención a la suficiencia de las condiciones de competencia; (ix) las fórmulas tarifarias serían fijadas mediante decretos supremos con vigencia de cuatro años; (x) se establecería un mecanismo de compensación para consumidores en aquellos casos en que la empresa concesionaria excediera la rentabilidad económica máxima; y, (xi) las controversias podrían plantearse ante un Panel de Expertos. Finalmente, durante la audiencia pública el Ministerio de Energía hizo referencia a la presentación del mentado proyecto de ley ante el H. Congreso Nacional y dejó una copia del mismo *ad effectum videndi*.

3.7. Documentos y otros antecedentes aportados por el Ministerio de Energía: (i) a fojas 146 rola el “*Informe Final: Metodología y Estimación de la Tasas de Costo de Capital de una Empresa de Distribución de Gas de Red en Chile*”, elaborado por Le Fort Economía y Finanzas; y, (ii) a fojas 843 rola copia del Mensaje N° 1.054-362, dirigido por S.E. la Presidenta de la República a S.E. el Presidente de la H. Cámara de Diputados, y por el que se inicia un proyecto de ley que modifica la Ley de Servicios de Gas y otras disposiciones legales que indica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.8. A fojas 134 Conadecus aportó antecedentes, remitiéndose a la presentación que en su oportunidad efectuara en el proceso no contencioso NC-427-14 y que rola a fojas 47 de estos autos. En su presentación de fojas 47 Conadecus hace referencia al desarrollo de la industria desde los años setenta, incluyendo la importación de gas natural desde Argentina, la crisis del gas y la construcción del terminal de descarga, almacenamiento y regasificación de gas natural ubicado en Quintero. También se refiere a la evolución del mercado de distribución de gas a nivel domiciliario, asumiendo la existencia de sustitución entre el gas licuado de petróleo (en adelante indistintamente “GLP”), el gas natural y el gas de ciudad y la ausencia de sustitución relevante con otros tipos de combustibles. Señaló que en la Región Metropolitana el consumo de gas a nivel residencial se habría contraído un 6,7% entre 2007 y 2013, lo que se explicaría por caídas del GLP (-17,1%) y del gas de ciudad (-70%) y por el crecimiento del gas natural (48%). Conadecus también analiza las participaciones del GLP, del gas de ciudad y del gas natural en el consumo de gas en la Región Metropolitana para el periodo 2007-2013, destacando la importancia del GLP (entre 82% y 72%) y el crecimiento del gas natural (de 18,5% en 2007 a 27,6% en 2013).

3.9. La citada asociación de consumidores expone luego las participaciones del GLP y el gas natural en la Región Metropolitana, extrapolarlo para ello las participaciones de las empresas de GLP a nivel nacional y aplicándolas a nivel regional. También advierte que las empresas distribuidoras de GLP participarían en la propiedad de Metrogas (51,8% Gasco; 39,8% Copec, controlador de Abastible; y 8,3% Trigas, relacionada con Lipigas), razón por la cual la participación de mercado de Metrogas debería descomponerse y atribuirse a las empresas distribuidoras de GLP en proporción a los respectivos porcentajes de acciones. Conadecus concluyó indicando que el mercado de distribución de gas en la Región Metropolitana sería concentrado y estable, con un índice de Herfindahl-Hirschman (“HHI”) que fluctuaría en torno a los 3.300 puntos.

3.10. A juicio de Conadecus, la integración vertical en la industria del gas natural podría conllevar riesgos para la libre competencia en la forma de prácticas exclusorias, negativa de venta y discriminación arbitraria. Para ella también serían preocupantes los vínculos de propiedad y control existentes entre las empresas distribuidoras de GLP y los concesionarios de ciertas zonas de distribución de gas natural, como ocurriría respecto de las participaciones accionarias de empresas de GLP en Metrogas y la compartición de directores (*interlocking*).

3.11. En relación con las tarifas de Metrogas, Conadecus explica que la distribución de gas estaría fundamentalmente regulada por el D.F.L. N° 323, que contempla un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sistema de libertad de tarifas, pero estableciendo un límite de rentabilidad razonable, consistente en un 5% por sobre la tasa de costo de capital estimada a través de un modelo CAPM. Luego se refirió a las tarifas residenciales de Metrogas, indicando que dicha empresa presentaría una política de fijación de precios consistente en cobrar un porcentaje más bajo que el precio de su sustituto más cercano (en el caso de la Región Metropolitana, GLP). Más adelante aborda las tarifas a clientes industriales, indicando que éstos justificarían el proyecto de Metrogas por el volumen demandado y tendrían mayores alternativas de sustitución y costos de cambio más bajos que los clientes residenciales. Finalmente, Conadecus analiza la estructura tarifaria de Metrogas, particularmente la existencia de tramos escalonados por niveles de consumo, lo que a su juicio revelaría una discriminación de precios destinada a extraer parte del excedente del consumidor.

3.12. Para Conadecus no existiría suficiente competencia entre el GLP y el gas natural. La política de precios de Metrogas sería una poderosa señal a las empresas distribuidoras de gas licuado respecto de que no competirán en precios con ellas. Indicó que la competencia se daría en la captación de clientes en áreas geográficas de mayor rentabilidad mediante la oferta de servicios asociados de mejor calidad, mientras que en las zonas residenciales de bajo consumo sólo se encontrarían presentes las distribuidoras de GLP.

3.13. Atendidos los antecedentes expuestos, Conadecus sometió a la decisión de este Tribunal diversas peticiones en el citado proceso rol NC N° 427-14, una de las cuales consiste en que este Tribunal solicite al Ministerio de Energía 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.

3.14. Documentos y otros antecedentes aportados o solicitados por Conadecus: (i) a fojas 7 rola el informe titulado "*La Industria del Gas en la Región Metropolitana: 'En la cocina hay olor a gas'*", elaborado por el señor Gonzalo Escobar Elexpuru; (ii) a fojas 138 se solicitó la remisión de diversos oficios al Ministerio de Energía, la Comisión Nacional de Energía, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el Servicio Nacional del Consumidor y Metrogas S.A.; (iii) a fojas 747 se solicitó la remisión de diversos oficios a Gas Valpo, Metrogas y la Asociación de Empresas Distribuidoras de Gas Natural; y, (iv) a fojas 835 fue acompañado el informe titulado "*Estimación de economías de escala en la distribución de gas natural de la Región Metropolitana*", elaborado por el señor Gonzalo Escobar Elexpuru.

3.15. Con fecha 2 de diciembre de 2014, según consta a fojas 143, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles señaló que no podía aportar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes, en atención a que no tendría competencias respecto del proceso de chequeo de rentabilidad de las empresas concesionarias de distribución de gas de red.

3.16. Con fecha 18 de diciembre de 2014, según consta a fojas 293, la empresa concesionaria del servicio de distribución de gas de red Gas Valpo aportó antecedentes. En su presentación Gas Valpo justifica su interés legítimo para participar en este proceso, exponiendo que si bien éste tiene por objeto determinar si concurren las condiciones legales y de mercado para fijar las tarifas en la zona de concesión en que opera Metrogas, el pronunciamiento afectaría a todas las empresas concesionarias del servicio público de distribución de gas en red en dos materias: (i) el establecimiento de una metodología única y previamente establecida que debieran seguir el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía para determinar la tasa de costo anual de capital y la rentabilidad económica de las empresas concesionarias; y, (ii) la constatación de condiciones de mercado en los servicios de gas de red que permitirían mantener un sistema de libertad de precios.

3.17. Gas Valpo expone que el sistema de contabilidad regulatoria de gas de red para el chequeo de rentabilidad de empresas concesionarias habría sido establecido mediante la Resolución Exenta N° 717 de la Comisión Nacional de Energía, de 24 de septiembre de 2012 (en adelante indistintamente la “R.E. N° 717”). A juicio de Gas Valpo, dicha materia sólo se podría regular por disposición legal y no por una mera resolución administrativa. Plantea que el artículo 2° de la Ley N° 18.856 delegó a S.E. el Presidente de la República la dictación de decretos con fuerza de ley que establecieran las *“bases, normas, procedimientos de cálculo y períodos de vigencia de las tarifas y la tasa de costo anual de capital que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción deba fijar de acuerdo a lo señalado en los artículo 31° y 32°”* y *“la metodología de cálculo, reajustabilidad y plazos de vigencia de los elementos de costos e inversiones que se utilizan en los cálculos dispuestos en el artículo 33° reemplazado por el número XV del artículo 1°”*. Gas Valpo indica que dichos decretos con fuerza de ley no fueron dictados, que la delegación de la facultad legislativa habría caducado y que ésta sólo podría restablecerse por medio de una nueva delegación contenida en una ley. Como consecuencia de lo anterior, la Administración, al efectuar un chequeo de rentabilidad sin una metodología fijada por ley, se habría alejado del principio de juridicidad.

3.18. Gas Valpo añade que en los últimos años la Comisión Nacional de Energía habría contratado diversas consultoras para que la ayudaran en los procesos de chequeo de rentabilidad. Expone que, ante la ausencia de regulación legal, cada consultora habría determinado discrecionalmente la metodología aplicable, lo que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

arrojaría diversos resultados y generaría inseguridad para las empresas distribuidoras. La misma incertidumbre existiría respecto de la determinación de la tasa de costo de capital.

3.19. A juicio de Gas Valpo el estudio de Valgesta y Mercados Energéticos –contratado por la Comisión Nacional de Energía con ocasión de los chequeos de rentabilidad de los años calendario 2012 y 2013– adolecería de algunas falencias metodológicas que incidirían en una errónea determinación de la rentabilidad de las empresas distribuidoras. Tales falencias dirían relación con la valorización de ciertas partidas que integran el valor nuevo de reemplazo (en adelante indistintamente “VNR”) y la calificación de los costos de conversión como un servicio de comercialización de gas que no integraría el valor nuevo de reemplazo. Gas Valpo señala que los criterios adoptados para los chequeos de rentabilidad de los años calendario 2012 y 2013 serían inconsistentes con los adoptados con anterioridad, lo que atentaría contra los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. En lo que respecta al tratamiento de las conversiones, Gas Valpo argumenta que la eliminación de tales costos del VNR no se condeciría con la operación de una empresa real de distribución.

3.20. Finalmente, Gas Valpo plantea que la libertad tarifaria estaría sustentada en los siguientes supuestos, que concurrirían respecto de la distribución de gas natural en las zonas norte y centro-sur del país: (i) existencia de sustitutos energéticos al gas natural (gas licuado de petróleo, electricidad, combustibles líquidos y sólidos) que se transarían en mercados competitivos, lo que impediría a los distribuidores de gas natural obtener rentas monopólicas; (ii) altos costos de suministro del gas natural al cliente final, lo que obligaría a los distribuidores a ser eficientes para competir con otras fuentes de energía; (iii) correlación entre los precios del gas natural y del petróleo crudo; y, (iv) ausencia de barreras de entrada o salida del mercado de gas natural y libertad del consumidor para optar por dicho combustible o por un sustituto. Atendido lo anterior, Gas Valpo concluye indicando que las condiciones de mercado existentes no justificarían una fijación tarifaria en la zona central del país.

3.21. A fojas 430 y 833 la Asociación de Empresas Distribuidoras de Gas Natural aportó los siguientes antecedentes: (i) informe titulado “*Gas por redes – estructura y funcionamiento de los mercados en que participa*”, elaborado por el señor Jorge Quiroz y la señora Paula Hurtado; (ii) “*Informe sobre competencia del gas natural en Chile*”, elaborado por la señora María Elina Cruz; y, (iii) informe titulado “*La economía básica de la distribución de gas por red en Chile*”, elaborado por los señores Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.22. Con fecha 18 de diciembre de 2014, según consta a fojas 431, Metrogas aportó antecedentes, solicitando el rechazo de la solicitud de la I. Municipalidad de Maipú por diversas consideraciones. En primer término, Metrogas aduce que el D.F.L. N° 323 sería un cuerpo legal incompleto, desprovisto de los elementos básicos para aplicar los procedimientos de examen de rentabilidad y de fijación tarifaria. Metrogas expuso que la Ley N° 18.856 estableció expresamente que el S.E. el Presidente de la República debía expedir decretos con fuerza de ley regulando los conceptos necesarios para efectuar el chequeo de rentabilidad y las bases, normas y procedimiento de cálculo de las tarifas eventualmente aplicables. Dichos decretos con fuerza de ley no habrían sido dictados. Metrogas citó los dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 14.700 y 34.126, de 1990, mediante los que el órgano contralor se habría abstenido de tomar razón de dos decretos con fuerza de ley, en atención a que no se habrían ajustado a derecho. También citó el dictamen N° 23.309 de 1991, que habría devuelto sin tramitar un decreto y una resolución del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en atención a que dichos actos administrativos se habrían referido a materias propias de potestad legislativa delegada en virtud del artículo 2° de la Ley N° 18.856. A juicio de Metrogas, las ausencias legales contenidas en el D.F.L. N° 323 no serían superables mediante actos administrativos.

3.23. En segundo término, Metrogas señaló no haber excedido el umbral de rentabilidad fijado en el artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas. La Comisión Nacional de Energía habría efectuado el chequeo de rentabilidad para los años 2012 y 2013 con la asesoría de las consultoras Mercados Energéticos Consultores y Valgesta Energía. A juicio de Metrogas, las citadas consultoras habrían adoptado un conjunto de decisiones arbitrarias, inconsistentes y en contravención a la Ley de Servicios de Gas y a la R.E. N° 717 de la Comisión Nacional de Energía, lo que explicaría que se le imputara incorrectamente haber excedido el umbral de rentabilidad establecido por dicha ley. Las principales inconsistencias y arbitrariedades serían: (i) la exclusión de las conversiones como parte del valor nuevo de reemplazo de la compañía y su tratamiento como gasto del año; (ii) un erróneo tratamiento de la depreciación de bienes del activo de la empresa; (iii) una errónea valorización de ciertos activos que formarían parte del valor nuevo de reemplazo; (iv) una errónea determinación del costo del gas utilizado por la compañía; y, (v) una incorrecta metodología para calcular la tasa de costo anual de capital.

3.24. Respecto de la exclusión de las conversiones como parte de los activos que se consideran en el valor nuevo de reemplazo, Metrogas indicó que éstas serían inversiones destinadas a la conversión de aquellos clientes que han migrado a gas natural desde otro combustible o a la incorporación de nuevos proyectos inmobiliarios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

e industriales. Metrogas no cobraría a los clientes por las conversiones y su política comercial sería recuperarlas en el largo plazo. Las consultoras contratadas para el chequeo de rentabilidad de los años 2012 y 2013 habrían decidido excluir a las conversiones del cálculo del valor nuevo de reemplazo, pues ellas serían de propiedad de los clientes y no se vincularían con la distribución de gas, sino que corresponderían a gastos realizados para permitir el consumo y captar nuevos clientes. Para Metrogas, tal decisión sería errada, en atención a las siguientes consideraciones: (i) el tratamiento de las conversiones como parte del activo fijo de la compañía sería consistente con las prácticas contables nacionales e internacionales, ya que serían bienes necesarios para suministrar el servicio cuyo uso se daría durante más de un periodo; (ii) la distinción entre actividades de distribución y actividades destinadas al consumo del cliente sería forzada; (iii) Metrogas asumiría responsabilidad frente al cliente final y mantendría control sobre las conversiones, con arreglo a los contratos suscritos, a la Ley de Servicios de Gas y al Decreto Supremo N° 67 de 2004, que establece el reglamento del servicio de gas de red; (iv) la R.E. N° 717 de la Comisión Nacional de Energía reconocería explícitamente a las conversiones como elementos a considerar en el cálculo del valor nuevo de reemplazo; (v) Valgesta Energía y Mercados Energéticos habrían recomendado eliminar de la R.E. N° 717 el concepto de conversión de clientes, lo que revelaría que, al prescindir de tal partida en los chequeos de rentabilidad para los años 2012 y 2013, habrían dejado de aplicar dicha resolución; (vi) en el pasado la Comisión Nacional de Energía habría tratado a las conversiones como una inversión que debía ser considerada en el cálculo del valor nuevo de reemplazo; y, (vii) otras empresas asesoras de la Comisión Nacional de Energía ratificarían la posición de Metrogas. Metrogas argumentó que la Comisión Nacional de Energía debía respetar la regulación administrativa vigente sobre la materia, indicando que no se podrían cambiar las condiciones a las que de buena fe se habría sujetado como empresa distribuidora. Señala que la falta de certeza sobre la materia es precisamente lo que se buscaba evitar con la delegación de facultades legislativas a S.E. el Presidente de la República mediante la Ley N° 18.856. Metrogas finalmente plantea que las conversiones constituirían inversiones necesarias para generar una renta futura en un rango de tiempo y que esperan ser recuperadas, de modo que la adopción del criterio de la Comisión Nacional de Energía vulneraría una práctica de tarificación eficiente y podría generar tarifas excesivamente altas o cobros de conexión durante el primer año de consumo.

3.25. En lo que respecta a la depreciación de bienes del activo, Metrogas expone que el artículo 33° de la Ley de Servicios de Gas contempla que la depreciación se calculará linealmente sobre la base de la vida útil contable de los bienes. A juicio de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dicha empresa, la Comisión Nacional de Energía habría asimilado erróneamente la vida útil contable del activo con aquella fijada por la resolución N° 43 del Servicio de Impuestos Internos, interpretación que no sería consistente con la ley tributaria y la posición del Servicio de Impuestos Internos.

3.26. En cuanto a la valorización de los activos que integran el VNR, Metrogas reprochó a la Comisión Nacional de Energía no utilizar los importes reales contenidos en su contabilidad y revalorizar algunos de los activos en un menor monto, justificando su decisión en que los nuevos valores corresponderían a precios de mercado. A juicio de Metrogas, el proceder de la Comisión vulneraría lo señalado en la R.E. N° 717 y generaría una subvaloración de varias partidas del VNR de Metrogas.

3.27. A continuación Metrogas cuestiona que la Comisión Nacional de Energía utilice el valor del gas natural comprado a GNL Chile mediante un contrato de aprovisionamiento a gran escala, por las siguientes consideraciones: (i) el punto de entrega del gas sería en Quillota y no en alguno de los *city gates* de la red de distribución de Metrogas, de modo que no existiría un precio en el punto de conexión entre las instalaciones de producción o transporte y las instalaciones de distribución que pueda ser usado como referencia, según lo dispuesto en el artículo 33° de la Ley de Servicios de Gas; y, (ii) una parte relevante del gas comprado a GNL Chile sería vendido a empresas generadoras eléctricas, actividad comercial que sería ajena a los servicios de distribución y objeto del examen de rentabilidad. Metrogas aduce que le correspondería determinar el precio de compra, el que no podría diferir en más de 10% del precio promedio anual de venta a los cinco mayores clientes industriales existentes en el entorno del punto de conexión.

3.28. Luego, Metrogas expone que la tasa de costo anual de capital habría sido determinada sobre la base de antecedentes recopilados por la Comisión Nacional de Energía y un informe encargado a la consultora Le Fort Economía y Finanzas. Metrogas sostuvo que las definiciones y metodología de cálculo contenidas en el referido informe no serían correctas ni se ajustarían a las directrices generales contenidas en la Ley de Servicios de Gas. Añade que al comparar los resultados del informe elaborado por Le Fort Economía y Finanzas con el informe elaborado por The Boston Consulting Group se apreciarían importantes diferencias, lo que sería una consecuencia de los vacíos jurídicos presentes en la Ley de Servicios de Gas.

3.29. En tercer término, Metrogas indica que la superación del umbral de rentabilidad no bastaría para ejercer la potestad contemplada en el artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas, advirtiendo que este Tribunal debería efectuar un análisis más complejo e íntegro y evaluar las condiciones de competencia imperantes en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

industria y las circunstancias económicas y de otra índole que han determinado los resultados de la empresa. Señala que para juzgar la rentabilidad efectiva y realizar inferencias sobre las condiciones de competencia prevalentes sería necesario considerar un horizonte de tiempo lo suficientemente amplio, de modo de visualizar los ciclos prósperos y recesivos del negocio. Sostiene que los resultados de la empresa se explicarían por diversas circunstancias y vicisitudes, como la importación de gas natural desde Argentina y la posterior restricción de suministro a partir del año 2004, la construcción del terminal de gas de Quintero y la relación entre el precio del petróleo crudo y el precio del gas natural a nivel internacional.

3.30. Finalmente, en lo que respecta a las condiciones de competencia imperantes, Metrogas afirma que el gas natural enfrentaría sustitutos tanto en el segmento industrial (*fuel oil*, diésel y carbón) como en los segmentos residencial y comercial (GLP, parafina, diésel, electricidad y leña). El ingreso de Metrogas al mercado geográfico de la Región Metropolitana habría provocado una reacción competitiva de parte de los proveedores de GLP, consistente en la incorporación de nuevas tecnologías, la realización de campañas publicitarias, la formulación de promociones y descuentos y el mejoramiento del servicio al cliente. Los costos de cambio entre GLP y gas natural serían acotados, pues ambas clases de distribuidores efectuarían trabajos de reconversión y asumirían parte importante de sus costos. Finalmente, Metrogas señala que el negocio del gas licuado de petróleo carecería de barreras a la entrada, no supondría grandes inversiones ni tampoco requeriría la obtención de una concesión, lo que permitiría el ingreso de agentes económicos en el evento de existir retornos o rentabilidades especialmente interesantes.

3.31. Documentos y otros antecedentes aportados por Metrogas: a fojas 431: (i) dictámenes N^{os} 14.700/1990, 34.126/1990, 23.209/1991 y 24.020/2010 de la Contraloría General de la República; (ii) cuatro cartas de Metrogas al Ministerio de Energía o la CNE; (iii) “*Breves de energía*”, elaborado por los señores Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza; (iv) copia de la Ley N^o 18.856; (v) antecedentes relativos a la historia del establecimiento de la la Ley N^o 18.856; (vi) R.E. N^o 717 y manuales “*Sistema de Cuentas para informar y valorizar los costos e ingresos de explotación*” y “*Sistema de Cuentas para informar el Valor Nuevo de Reemplazo de las empresas concesionarias de gas de red*”; (vii) cartas y oficios de la Comisión Nacional de Energía relativos a los chequeos de rentabilidad de los años 2005 y 2011; (viii) informe titulado “*Consultoría para la Comisión Nacional de Energía de Chile: Análisis Conceptual y Validación de Información para el Chequeo de Rentabilidad de las Empresas Distribuidoras de Gas Natural*”, elaborado por RG Consultores; (ix) informes de VNR, ingresos de explotación y costos de explotación a diciembre de 2013,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elaborados por Metrogas; (x) certificados de auditoría de RSM Auditores sobre ingresos y costos de explotación y VNR informados a la Comisión Nacional de Energía; (xi) resolución de archivo de la Fiscalía Nacional Económica dictada en investigación rol N° 379-01; (xiv) “Informe para Metrogas Análisis de Rentabilidad”, elaborado por Econsult RS Capital; y, (xv) “Análisis de la rentabilidad del negocio del gas natural en Chile”, elaborado por The Boston Consulting Group. A fojas 824: (i) informe titulado “El TDLC y la fijación de tarifas de suministro de gas”, elaborado por el señor Patricio Zapata; y, (ii) informe titulado “Análisis económico del método de análisis de la rentabilidad de la actividad de distribución de Metrogas”, elaborado por el señor Jorge Padilla.

3.32. Con fecha 18 de diciembre de 2014, según consta a fojas 516, la Fiscalía Nacional Económica aportó antecedentes. En su presentación, la Fiscalía advierte que la realización de un estudio acabado sobre las condiciones de competencia que rigen el mercado de distribución del gas natural por red en la zona centro y centro sur del país requeriría necesariamente contar con mayor tiempo para recabar antecedentes relevantes. Sin perjuicio de lo anterior, se refirió a la industria del gas natural en Chile, indicando que comprendería la producción, importación, transporte, distribución y comercialización de dicho recurso energético. La producción nacional tendría lugar en la Región de Magallanes y de la Antártica chilena, representaría menos del 40% de la demanda interna total y se consumiría íntegramente en dicha región. Las demás regiones se abastecerían de gas natural importado a través de terminales de recepción, descarga, almacenamiento y regasificación ubicados en Quintero y Mejillones. A continuación el gas natural sería transportado mediante gasoductos o, en su defecto, mediante camiones cisternas que requerirían plantas satélites de regasificación. La distribución se efectuaría por compañías concesionarias con presencia regional, precisando que Metrogas es la concesionaria en las regiones Metropolitana y del Libertador General Bernardo O’Higgins.

3.33. En seguida, la Fiscalía Nacional Económica se refirió específicamente a Metrogas, destacando que en su composición accionaria participarían los tres principales distribuidores de GLP en Chile: Gasco S.A. (51,84%); Empresas Copec S.A. (39,83%), también controlador de Abastible S.A.; y Trigas S.A. (8,33%), relacionada con Empresas Lipigas S.A. La Fiscalía también analizó la participación de los directores y los principales ejecutivos de Metrogas en empresas asociadas a la importación, el transporte, la distribución y la comercialización de gas natural licuado o gas licuado de petróleo. A su juicio, esas situaciones podrían eventualmente importar riesgos para la libre competencia, consistentes en la adopción de decisiones corporativas y estratégicas que no sean del todo independientes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.34. La Fiscalía también abordó la integración vertical, indicando que Metrogas participaría en un 33,33% en GNL Chile S.A. –compañía encargada de gestionar la logística necesaria para importar gas natural– y en un 20% en GNL Quintero S.A. –propietaria del terminal de regasificación–. Respecto del segmento de transporte, hace presente que éste se realizaría principalmente a través del gasoducto de Electrogas S.A., sociedad en la que, si bien no sería accionista Metrogas, sí participarían algunos de los otros accionistas principales de GNL Chile S.A. y GNL Quintero S.A. (Endesa, Colbún y Enap). A juicio de la Fiscalía Nacional Económica, dicha estructura de integración vertical podría ser eficiente, pero también podría ocasionar riesgos para la competencia derivados especialmente de eventuales conductas discriminatorias.

3.35. Más adelante la Fiscalía Nacional Económica indica que Metrogas suministraría gas a los segmentos residencial, comercial, industrial, gas natural vehicular y generación eléctrica. En relación con la estructura tarifaria de dicha empresa, la Fiscalía analiza las tarifas para clientes residenciales y comerciales, destacando el uso de tramos de precios según nivel de consumo. A su juicio, lo anterior revelaría la capacidad de dicha empresa para apropiarse del excedente del consumidor mediante la discriminación tarifaria por tramos. También destacó que la evolución disímil para los diferentes tramos podría responder a que cada uno de ellos contaría con diferentes sustitutos energéticos.

3.36. La Fiscalía plantea que los distintos distribuidores de gas natural presentes en las zonas centro y centro sur del país no necesariamente competirían entre sí, en atención a que están limitados por el alcance de las redes de distribución. Por lo tanto, la existencia de combustibles sustitutos del gas natural sería el único factor capaz de inyectar competencia al mercado. Sostiene que respecto de este punto resultaría imposible realizar un diagnóstico concluyente sin efectuar una investigación profunda sobre ese mercado. Afirma que, desde un punto de vista cualitativo, el gas natural y el GLP serían percibidos por los consumidores como sustitutos, detallando que a nivel de consumidores residenciales las principales alternativas energéticas al gas natural serían el GLP, la electricidad y el kerosene; a nivel de consumidores comerciales, el GLP y el diésel; y, a nivel de consumidores industriales, el diésel, el *fuel oil* y, en menor medida, el GLP. Sin embargo, indica que, desde un punto de vista cuantitativo, no existirían resultados concluyentes que permitan determinar los sustitutos del gas natural. Los análisis econométricos realizados con ocasión de anteriores investigaciones de la propia Fiscalía arrojarían bajas elasticidades cruzadas entre el GLP y el gas natural, lo que revelaría que dichos combustibles, aun siendo por su naturaleza bienes sustitutos, no se comportarían en la práctica como tales en atención

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a la existencia de costos de cambio o a una baja intensidad competitiva derivada de la integración vertical u horizontal. Respecto de los costos de cambio, la Fiscalía hace presente que la migración de GLP a gas natural (y viceversa) implicaría costos de convertir el acceso a la red interior de gas y de adaptación de los artefactos. Adicionalmente, la regulación vigente no permitiría el uso de cilindros de gas en edificios de departamentos para aparatos fijos, lo que restringiría aún más la sustitución entre gas natural y GLP. En virtud de lo anterior, la Fiscalía concluye que el gas natural constituiría un mercado relevante en sí mismo. La presentación de la Fiscalía Nacional Económica también incluyó algunos análisis sobre series de precios de gas natural, GLP y crudo Brent para los años 2000-2012, y una estimación del margen bruto de ganancia de Metrogas.

3.37. A fojas 981 la Fiscalía Nacional Económica acompañó al proceso el artículo titulado “*El Mercado del Gas en Chile: Competencia, Regulación y Desafíos*”, elaborado por el señor Gabriel Bitrán.

3.38. Con fecha 18 de diciembre de 2014, según consta a fojas 599, la Comisión Nacional de Energía aportó antecedentes. En un primer apartado, la Comisión identifica a las empresas que participan en la industria de la distribución de gas en la zona central de Chile, entregando datos relativos al tipo de gas distribuido, volúmenes de venta, zonas de operación y estructura de propiedad. Sobre ese punto, la Comisión Nacional de Energía destaca la existencia de cruces de propiedad entre empresas de distribución de gas, particularmente como consecuencia de la participación accionaria en Metrogas por parte de Trigas (Lipigas), Copec (Abastible) y Gasco.

3.39. A continuación la Comisión señala haber realizado el chequeo de rentabilidad contemplado en el artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 6° y 7° del Decreto Ley N° 2.224 de 1978. Indica que los chequeos de rentabilidad para los años 2005, 2006 y 2007 se habrían efectuado sin un sistema de contabilidad regulatoria obligatorio para las concesionarias, recurriendo simplemente a información contable agregada. También señaló que no se habría efectuado un chequeo de rentabilidad respecto de los años 2008 y 2009, en atención a que la Comisión habría estado elaborando un sistema de contabilidad regulatoria para disponer de información detallada, uniforme y elaborada *ex profeso* para el chequeo de rentabilidad. La implementación de dicho sistema habría concluido durante la primera mitad del año 2012 y se habría realizado un proceso de marcha blanca con información del año 2010. Finalmente, los chequeos de rentabilidad para los años 2011, 2012 y 2013 se habrían efectuado con arreglo al sistema de contabilidad regulatoria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.40. En su presentación la Comisión identifica el que sería el marco normativo del chequeo de rentabilidad, citando disposiciones del D.L. N° 2.224 de 1978, de la Ley de Servicios de Gas, del Reglamento del Servicio de Gas de Red (Decreto N° 67/2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción) y de la R.E. N° 717. Luego expone la metodología para efectuar el chequeo de rentabilidad, citando disposiciones de la Ley de Servicios de Gas y explicando el sistema de contabilidad regulatoria establecido mediante la R.E. N° 717.

3.41. La Comisión se refiere a los diferentes elementos en los que se descompondría el chequeo de rentabilidad, señalando que respecto de los costos e ingresos de explotación no habrían existido diferencias significativas entre los criterios de las compañías y los adoptados por la Comisión. En lo que respecta a los costos de inversión que integran el valor nuevo de reemplazo, la Comisión hizo presente que se suscitó una controversia con las concesionarias en relación con los gastos en instalaciones al interior de la propiedad del cliente. Señala que el sistema de cuentas del valor nuevo de reemplazo debiera estar en consonancia con la regulación vigente, de modo que sólo podrían considerarse aquellos bienes de la zona de concesión que estén destinados a entregar el servicio de distribución de gas de red y que al mismo tiempo sean de propiedad de la empresa distribuidora. Sostiene que las instalaciones al interior de la propiedad del cliente no corresponderían a un elemento destinado a entregar el servicio de distribución, sino que serviría para el consumo de gas por parte de cada cliente, de modo que no debería ser considerada dentro de los alcances del valor nuevo de reemplazo. La Comisión plantea que si bien el manual de VNR del sistema de contabilidad financiera establece que las empresas concesionarias deben informar los costos de conversiones, ello no implicaría que dichos valores sean finalmente considerados para los fines de calcular la rentabilidad anual de las empresas. Las conversiones corresponderían a un esfuerzo comercial y podrían estimarse como parte de los costos de explotación de la empresa concesionaria. La Comisión indica que su criterio sería un estándar internacional y estaría en concordancia con la normativa relevante de distintos países latinoamericanos. Adicionalmente, la Comisión afirma que en el chequeo de rentabilidad previo las conversiones ya habían sido rechazadas como inversiones, pero que en el reporte de Metrogas para el año 2013 la empresa no sólo incluyó las conversiones como parte de su VNR, sino que además éstas aumentaron su valor en un 50% respecto del año 2012. Esa discrepancia representaría cerca del 80% de la diferencia entre el VNR propuesto por Metrogas y el valor final reconocido por la Comisión.

3.42. La Comisión también abordó la valorización de los activos que integran el VNR de Metrogas, indicando que en algunos casos efectuó una revalorización de ciertas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

partidas (redes primaria, secundaria y terciaria; estaciones de regulación y medición; empalmes; medidores; y, bienes intangibles) optando por el menor valor entre la revalorización y lo informado por la empresa distribuidora. Para efectos de anualizar los costos de inversión, se utilizó como criterio el promedio de la vida útil económica de los activos informados por las concesionarias, mientras que para calcular la depreciación –que determina los impuestos a las utilidades– se utilizó la vida contable basada en la Resolución Exenta N° 43 del año 2002 del Servicio de Impuestos Internos.

3.43. En lo que respecta a la tasa de costo anual de capital, la Comisión explica que ella busca representar lo que exigirían los agentes que comprometen fondos para financiar la inversión en la industria y comprende una tasa libre de riesgo, una prima por riesgo de mercado y el riesgo específico de la inversión en cuestión (beta o β). Añade que la metodología usualmente utilizada en materia regulatoria sería CAPM (*Capital Asset Pricing Model*) y que el cálculo efectuado por el Ministerio de Energía habría arrojado un valor de 5,84% para la empresa Metrogas, de modo que se utilizó el mínimo de 6% establecido en el artículo 32° de la Ley de Servicios de Gas.

3.44. La Comisión explica que los resultados del chequeo de rentabilidad para los años 2012 y 2013 respecto de la concesionaria Metrogas fueron de 11,4% y 16,9%, respectivamente, lo que implicaría superar el umbral establecido en el artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas. Sin embargo, concuerda con el Ministerio de Energía en que existen vacíos en la legislación sobre regulación tarifaria de los servicios de suministro de gas. Estima imprescindible contar con un procedimiento o método para llevar a cabo la tarificación del servicio público para que el Estado pueda ejercer su rol regulador conforme a derecho.

3.45. Documentos y otros antecedentes aportados por la Comisión Nacional de Energía: a fojas 599: (i) oficios mediante los que se comunica al Ministerio de Energía o la Subsecretaría de Energía información relativa al proceso de chequeo de rentabilidad y sus resultados; (ii) informes de chequeo de rentabilidad para los años calendario 2010 y 2011; y, (iii) disco compacto que contiene copia electrónica del informe “*Análisis de costos de explotación y de valor nuevo de reemplazo de las empresas concesionarias de servicio público de distribución de gas de red para el chequeo de rentabilidad del período 2012 y 2013*”, junto con sus anexos, realizado por Mercado Energético Consultores y Valgesta Energía. A fojas 738: (i) informe de chequeo de rentabilidad de Metrogas S.A. para los años calendario 2012 y 2013; y, (ii) oficio reservado mediante el que se comunican al Ministerio de Energía los resultados del chequeo de rentabilidad para los años 2012 y 2013.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.46. Con fecha 16 de enero de 2015, según consta a fojas 771, el Servicio Nacional del Consumidor aportó como antecedente una base de datos con reclamos de consumidores formulados en contra Metrogas durante los años 2012 a 2014.

4. AUDIENCIA PÚBLICA

4.1. A fojas 753 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 3 de febrero de 2015. La publicación correspondiente fue efectuada el día 16 de enero de 2015 en el Diario Oficial, según consta a fojas 773.

4.2. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la I. Municipalidad de Maipú, del Ministerio de Energía, de Conadecus, de la Fiscalía Nacional Económica, de la Comisión Nacional de Energía y de Metrogas.

II) PARTE CONSIDERATIVA

5. OBJETO DE LA SOLICITUD

5.1. La solicitud de la I. Municipalidad de Maipú consiste en que este Tribunal requiera al Ministerio de Energía la fijación de las tarifas de suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de la zona de concesión de Metrogas S.A. que individualmente consume menos de cien Gigajoule. Funda su solicitud en que, de acuerdo con el informe de chequeo de rentabilidad de la Comisión Nacional de Energía para los años calendario 2012 y 2013, la empresa Metrogas habría obtenido rentabilidades que excederían el umbral máximo definido en la Ley de Servicios de Gas y permitirían la fijación tarifaria.

6. MARCO JURÍDICO APLICABLE

6.1. El D.F.L. N° 323 de 1931, Ley de Servicios de Gas, se refiere a las tarifas que pueden cobrar las empresas de gas y establece en su artículo 30° la libertad tarifaria como principio general, imponiendo obligaciones de no discriminación y publicidad. El mismo cuerpo legal contempla dos excepciones al régimen de libertad tarifaria. La primera de ellas dice relación con las tarifas cobradas por empresas distribuidoras de gas de la XII Región de Magallanes y la Antártica chilena a consumidores (artículo 34°). La segunda excepción se encuentra establecida en el artículo 31° y consiste en la fijación tarifaria efectuada por el Ministerio de Energía, previa solicitud de la H. Comisión Resolutiva, de la que este Tribunal es sucesor legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 19.911.

6.2. El artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas contempla perentoriamente que este Tribunal sólo podrá solicitar al Ministerio de Energía la fijación tarifaria “*cuando a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lo menos se demuestre que con el sistema tarifario que haya establecido la empresa concesionaria para el servicio público de distribución de gas, los ingresos de explotación que se produzcan a lo largo de un año calendario le permiten obtener a los bienes de la zona de concesión una tasa de rentabilidad económica superior en cinco puntos porcentuales a la tasa de costo anual de capital definida en el artículo 32°.

6.3. Sin embargo, el artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas también dispone que al emitir su resolución este Tribunal “*podrá considerar los antecedentes adicionales que estime pertinentes*”. De esa forma, el referido artículo 31° impone a este Tribunal dos niveles de análisis, de carácter sucesivo y copulativo, para efectos de solicitar al Ministerio de Energía la fijación tarifaria para una determinada zona de concesión del servicio de distribución de gas. El primer nivel de análisis es financiero y comprende el chequeo de rentabilidad de la empresa concesionaria para el servicio público de distribución de gas. Concluido ese nivel de análisis, este Tribunal queda habilitado para abocarse al conocimiento del asunto relacionado propiamente con la libre competencia, consistente en determinar si la insuficiencia de las condiciones de competencia en el mercado justificarían o no una regulación tarifaria del mismo.

6.4. La regulación tarifaria es una medida excepcional en nuestro derecho, por lo que el legislador no la hizo depender únicamente de la existencia de ciertos niveles de rentabilidad –que no son necesariamente ilícitos–, sino del análisis de competencia en el mercado efectuado por este Tribunal. La relevancia de las condiciones de competencia para efectos de la regulación tarifaria del servicio de distribución de gas es tal que el citado artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas contempla que este Tribunal podrá “*emitir, de oficio o a petición de parte, una resolución dejando sin efecto la fijación de precios*” si “*las condiciones o regulaciones del mercado fueran suficientes para volver a asegurar un régimen de libre competencia*”. De hecho, es precisamente la consideración de las condiciones de competencia en el mercado lo que ha justificado otorgar a este Tribunal potestades para intervenir en otros procedimientos de fijación tarifaria para industrias reguladas, tales como: (i) los servicios de telecomunicaciones a que se refiere el inciso segundo del artículo 29° de la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones; (ii) los servicios asociados a la distribución eléctrica y no consistentes en suministros de energía a que se refiere el artículo 147° D.F.L. N°4/2007, Ley General de Servicios Eléctricos; y, (iii) ciertas prestaciones efectuadas por empresas de servicios sanitarios indicadas en el artículo 12 A inciso segundo del D.F.L. 70/1988, que establece el régimen de tarifas de servicios sanitarios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.5. Atendidas las consideraciones precedentes, este Tribunal analizará el chequeo de rentabilidad de la empresa Metrogas S.A. para los años calendario 2012 y 2013. De la lectura del artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas se desprende que dos elementos son necesarios para efectuar dicho chequeo: la tasa de costo anual de capital y la rentabilidad económica misma.

6.6. En lo que respecta a la tasa de costo anual de capital, la Ley de Servicios de Gas se refiere a ella en su artículo 32°, en donde se dispone: (i) que la tasa de costo anual de capital será calculada por el Ministerio de Energía, la que en ningún caso podrá ser inferior a un seis por ciento, y (ii) que en su cálculo deberán considerarse el riesgo sistemático de las actividades propias de la distribución de gas en relación al mercado, la tasa de rentabilidad libre de riesgo y el premio por riesgo de mercado.

6.7. Por su parte, la determinación de la rentabilidad de las empresas concesionarias se encuentra regulada por el artículo 33° de la Ley de Servicios de Gas. Dicha disposición contempla en su inciso primero que *“los bienes de una zona de concesión obtienen una tasa de rentabilidad económica superior en cinco puntos porcentuales a la tasa de costo anual de capital definida en el artículo 32°, si resulta superior a cero el flujo neto calculado para los suministros de gas efectuados mediante las instalaciones de distribución, en el año calendario inmediatamente anterior al que se realiza el chequeo de la rentabilidad”*. Más adelante, en su inciso segundo, se define al flujo neto como *“la diferencia entre los ingresos anuales de explotación y la suma de los costos anuales de explotación, de inversión y los impuestos a las utilidades”*. El citado artículo prosigue con referencias a la definición de los costos de explotación (inciso segundo); a la transformación del valor nuevo de reemplazo de la empresa concesionaria en costos anuales de inversión de igual monto (inciso tercero); a la valorización del gas empleado en el suministro (inciso cuarto), a la manera de contabilizar los impuestos a las utilidades (inciso quinto); al tratamiento de las pérdidas contables de años anteriores, gastos financieros y amortizaciones (inciso sexto); y, al uso de moneda de igual fecha para efectos de los cálculos pertinentes (inciso séptimo).

6.8. La regulación contemplada en los actuales artículos 30° a 34° de la Ley de Servicios de Gas fue sustancialmente introducida mediante la Ley N° 18.856, de 1989. Es preciso destacar que mientras el artículo 1° de la Ley N° 18.856 modificó la Ley de Servicios de Gas, su artículo 2° delegó en S.E. el Presidente de la República la potestad legislativa respecto de diversas materias, entre las que se incluyen cuestiones relativas al chequeo de rentabilidad. Ese último artículo dispone: *“Facúltase al Presidente de la República para que, dentro del plazo de 90 días contado desde la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

publicación de esta ley, y mediante uno o más decretos expedidos por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, los que deberán llevar también la firma del Ministro de Hacienda: (...) 2. Establezca las bases, normas, procedimientos de cálculo y período de vigencia a que deberán ajustarse los aportes de financiamiento reembolsables que las empresas de gas podrán exigir a quienes soliciten nuevos suministros de gas o ampliaciones de los suministros existentes, así como las tarifas y la tasa de costo anual de capital que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción deba fijar de acuerdo a lo señalado en los artículos 31° y 32°, reemplazados por los números XIII y XIV del artículo 1° de esta ley, respectivamente. 3. Establezca la metodología de cálculo, reajustabilidad y plazos de vigencia de los elementos de costos e inversiones que se utilizan en los cálculos dispuestos en el artículo 33° reemplazado por el número XV del artículo 1° de esta ley”.

6.9. De la disposición antes transcrita se concluye que el propio legislador estimó que las normas contempladas en los artículos 32° y 33° de la Ley de Servicios de Gas debían complementarse mediante uno o más decretos con fuerza de ley que establecieran *“las bases, normas, procedimiento de cálculo y período de vigencia a que deberán ajustarse (...) la tasa de costo anual de capital que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción deba fijar”* y *“las metodologías de cálculo, reajustabilidad y plazos de vigencia de los elementos de costos e inversiones que se utilizan en los cálculos dispuestos en el artículo 33°”,* a fin de determinar la rentabilidad económica de la empresa. Lo anterior se desprende especialmente de diversos antecedentes de la historia del establecimiento de la Ley N° 18.856, en particular: (i) el *“Informe Técnico Anteproyecto Ley que modifica DFL N° 323 de 1931”*, que rola a fojas 91 y siguientes del cuaderno de documentos de Metrogas; (ii) el informe del señor Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno al señor Presidente de la Primera Comisión Legislativa, que rola a fojas 143 y siguientes del cuaderno de documentos de Metrogas; y, (iii) las sesiones conjuntas de las Comisiones Legislativas de 28 de julio y 3 de agosto de 1989, cuyas actas rolan a fojas 274 y siguientes y 309 y siguientes del cuaderno de documentos de Metrogas.

6.10. Sin embargo, los decretos con fuerza de ley a que hace referencia el artículo 2° de la Ley N° 18.856 nunca entraron en vigor, toda vez que la Contraloría General de la República los devolvió sin tramitar. Así consta en los dictámenes N°s 14.700/1990 y 34.126/1990, en virtud de los cuales el órgano de control devolvió sin tramitar el Decreto con Fuerza de Ley N° 2/1990, mediante el cual el Ejecutivo intentó dar cumplimiento al artículo 2° de la Ley N° 18.856 (fojas 2 y siguientes del cuaderno de documentos públicos de Metrogas).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.11. Como consecuencia de no haberse ejercido la referida potestad legislativa delegada, el marco jurídico aplicable al chequeo de rentabilidad y la determinación de la tasa de costo anual de capital es insuficiente y adolece de vacíos normativos. Tales vacíos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 18.856, deberían ser subsanados mediante una norma de rango legal; exigencia que es concordante con lo dispuesto en el artículo 19 N°s 21 y 24 y en el artículo 63 N° 18, ambos de la Constitución Política de la República. Hasta la fecha, ello no ha ocurrido.

6.12. En ese sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República. En efecto, mediante el dictamen N° 23.209/1991 el órgano contralor devolvió sin tramitar el Decreto N° 191 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, señalando expresamente: “(...) *en la medida que según aparece de las disposiciones del decreto N°191, en trámite, en él se regulan materias que de acuerdo al indicado artículo 2° de la Ley N° 18.856 son propias de la potestad delegada a que se refiere ese precepto, no corresponde que ellas sean fijadas mediante dictación de un mero cuerpo reglamentario, como ocurre en la especie*” (fojas 8 del cuaderno de documentos públicos de Metrogas). Casi veinte años más tarde, mediante el dictamen N° 24.020/2010, la Contraloría General de la República se pronunció en términos similares (fojas 12 del cuaderno de documentos de Metrogas).

6.13. A mayor abundamiento, diversos intervinientes han coincidido respecto de la existencia de los referidos vacíos normativos en la Ley de Servicios de Gas. A fojas 269 el Ministerio de Energía señaló que “[el DFL N° 323] [t]ampoco establece una metodología de cálculo, de reajustabilidad, ni los plazos de vigencia de los elementos de costos e inversiones que deben ser utilizados en los cálculos referidos a la condición legal que activa la solicitud de fijación tarifaria por parte de este Ministerio”. Luego, en la minuta de alegato que rola a fojas 897, se indicó: “A falta de las reglas que debían contenerse en el D.F.L. se hizo imposible en derecho que el Ministerio hiciera legalmente el cálculo de la Tasa de Costo Anual de Capital para los efectos de fijación de tarifas. Ese cálculo esencial no se ha hecho, pero ello no se debe a desidia o a falta de aplicación del Ministerio, sino que a la insuficiencia de la legislación pertinente que impide determinar esa tasa en un acto administrativo válido y eficaz a efectos de una eventual fijación de tarifas. Algo similar ocurre con el cálculo, para los efectos que nos ocupan, de la Tasa de Rentabilidad Económica de la empresa concesionaria, que también exige la concurrencia de dos normas de rango legal, a saber, el artículo 33 de la Ley de Servicios de Gas y la o las disposiciones del D.F.L. que habría de dictarse conforme al artículo 2° N° 3 de la Ley N° 18.856 para establecer **la metodología de cálculo, reajustabilidad y plazos de vigencia de los**

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elementos de costos e inversiones que se utilizan en los cálculos dispuestos en el citado artículo 33 (el destacado se encuentra en cursiva en el original)”.

6.14. Por su parte, a fojas 295 Gas Valpo expresó que “[d]e lo anterior es posible concluir que el vacío legal no se da solamente respecto de la falta de un marco que establezca la forma cómo proceder en caso de fijación tarifaria; sino que también respecto de la falta de metodología para establecer la rentabilidad de las empresas”. A fojas 444 Metrogas sostuvo: “la misma situación o imposibilidad, según se ha visto, se presenta respecto del cálculo o chequeo de rentabilidad, pues igualmente nunca se llegaron a promulgar los DFL estableciendo las bases, normas, procedimientos de cálculo y período de vigencia de la tasa de costo anual de capital ni tampoco la metodología de cálculo, reajustabilidad y plazos de vigencia de los elementos de costos e inversiones, elementos todos imprescindibles para realizar el chequeo de rentabilidad descrito en el artículo 33 de la Ley de Servicios de Gas”. Finalmente, el informe en Derecho acompañado a fojas 824 indica que “[l]a falta de suficiente determinación y concreción del texto vigente del D.F.L. N° 323 (carente durante 25 largos años de los indispensables complementos que debió llenar la delegación autorizada por la ley 18.856) no solo impediría al Ministerio disponer de base jurídica y/o criterios objetivos suficientes para tarificar, como lo veremos más adelante, sino que, aun antes de eso, no permiten que pueda darse por cumplida la condición previa indispensable de ‘demostrarse’ el presupuesto de rentabilidades altas”.

6.15. Por consiguiente, la Resolución Exenta N° 717 de la Comisión Nacional de Energía, de 24 de septiembre de 2012, sobre la base de la cual se realizaron los chequeos de rentabilidad de la empresa Metrogas S.A. para los años 2012 y 2013 que motivan el presente asunto de carácter no contencioso, no tiene la jerarquía normativa exigida por el artículo 2° de la Ley N° 18.856.

7. CONCLUSIONES

7.1. Atendidos los vacíos legales descritos en la consideración 6.11., no es posible determinar legalmente la tasa de costo anual de capital aplicable a la empresa Metrogas S.A. Tampoco es posible determinar legalmente, en los términos del artículo 33° de la Ley de Servicios de Gas, la rentabilidad económica de dicha empresa para los años 2012 y 2013. En ese sentido, los resultados del chequeo de rentabilidad realizado por la Comisión Nacional de Energía para tales años, que constan en el informe que rola a fojas 89 y siguientes del cuaderno de documentos confidenciales de la CNE, elaborados sobre la base de la mencionada Resolución Exenta N° 717, no pueden ser considerados para efectos de ejercer la potestad conferida a este Tribunal por el artículo 31° de la Ley de Servicios de Gas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.2. Como consecuencia de lo anterior, no es procedente que este Tribunal efectúe el segundo nivel de análisis contemplado en el artículo 31° del D.F.L. N° 323, esto es, el estudio de las condiciones de competencia del pertinente mercado relevante.

III) PARTE RESOLUTIVA

Habida cuenta de las conclusiones consignadas precedentemente, no es posible verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para solicitar, al Ministerio de Energía, la fijación de las tarifas de suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de la zona de concesión de Metrogas S.A. que individualmente consume menos de cien Gigajoule, razón por la cual este Tribunal rechazará la solicitud formulada a fojas 3 por la I. Municipalidad de Maipú.

SE RESUELVE: Rechazar la solicitud formulada a fojas 3 por la I. Municipalidad de Maipú.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 426-14

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Javier Tapia Canales. Autorizada por la Secretaria Abogada, Srta. Carolina Horn Küpfer.