

Tribunal : 25° Juzgado Civil de Santiago
Rol : C-8.843-2021
Carátula : “CONADECUS con Aprovevisionadora Global de Energía S.A. y otra”
Cuaderno : Principal

EN LO PRINCIPAL: CONTESTA DEMANDA DEDUCIDA EN REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO Y DIFUSO POR INFRACCIONES A LA LEY DEL CONSUMIDOR. PRIMER OTROSÍ: CONTESTA DEMANDA INDEMNIZATORIA DEDUCIDA EN REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO. SEGUNDO OTROSÍ: CONTESTA DEMANDA INDEMNIZATORIA SUBSIDIARIA DEDUCIDA EN REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS DIFUSO.

SJL. en lo Civil de Santiago (25°)

José Miguel Gana Eguiguren y Rubén Urrutia Pulido, abogados, en representación de **Metrogas S.A. (“Metrogas”)**, en autos caratulados **“CONADECUS con Aprovevisionadora Global de Energía S.A. y otra”**, rol **C-8.843-2021**, cuaderno principal, a US. respetuosamente decimos:

Que estando dentro de plazo, **venimos en contestar la demanda deducida por CONADECUS** en representación del interés colectivo y difuso por infracciones a la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (“LPDC” o “Ley del Consumidor”, indistintamente), **interpuesta en lo principal de la presentación de folio 1 de este cuaderno, solicitando su completo rechazo, con expresa condena en costas**, en razón de los argumentos de hecho, derecho y económicos que pasamos a desarrollar.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Sin perjuicio del desarrollo de los argumentos de hecho y derecho que han de conducir al rechazo de la demanda de autos, nos permitimos señalar **algunas consideraciones preliminares en relación con los aspectos principales de la discusión:**

- La demanda de autos es una sobre simplificación de un asunto complejo, al punto que la actora **ha pretendido subsumir de manera forzada y artificiosa en supuestas inexistentes infracciones a la LPDC, una operación legítima llevada a cabo por los accionistas de Metrogas al amparo de las normas que la rigen:** dividir Metrogas en dos compañías distintas, que operan negocios diferentes.
- Para implementar esta sobre simplificación, **Conadecus deliberadamente omite considerar y analizar aspectos regulatorios que rigen la actividad de nuestra representada y que la determinan en su actuar**, los que inciden en aquello que se

discute en la especie, todos los cuales demuestran que Metrogas se ha ajustado, siempre y en todo momento, a la legalidad.

Por lo mismo, nos vemos obligados a desarrollar en esta contestación aspectos de orden técnico, regulatorio y económico, que la contraria prefiere omitir, pero que son imprescindibles para la acertada resolución de la causa.

- CONADECUS deduce la acción de autos **basándose exclusivamente en un informe de la Fiscalía Nacional Económica (FNE)**, señalando, en síntesis, que Metrogas y Aprovevisionadora Global de Energía S.A. (“Agesa”) habrían cometido una “defraudación” o “fraude civil”, mediante el supuesto aumento artificial de los costos de adquisición del gas natural distribuido a los clientes de Metrogas, por la vía de la reventa del mismo gas que antes adquiriría nuestra representada, pero a un precio más alto, lo que constituiría un acto de “triangulación fraudulenta”.
- Como podremos evidenciar en este escrito y en la prueba que se rinda en la oportunidad procesal correspondiente, la tesis de la demandante adolece de una **falencia esencial y tremendamente relevante, cual es que no hay fraude alguno en la conducta de Metrogas, toda vez que ha cumplido a cabalidad con la normativa legal especial sectorial que la rige**, y también con la LPDC, sin infringir ninguna de las disposiciones legales que la regulan.
- Prueba palpable de lo anterior es que **la propia FNE**, tanto en su informe preliminar como definitivo, e incluso en recientes presentaciones, **no denuncia ni señala que Metrogas esté infringiendo ni haya infringido norma alguna, ya sea la normativa sectorial, la normativa de libre competencia, ni ninguna otra.**
- Tan evidente es la forzada tesis de fraude civil planteada por Conadecus, que **se sustenta en una norma legal que no existía al tiempo de acordarse y materializarse la división cuestionada.**
- El Contrato con Agesa es el resultado y consecuencia de un proceso llevado a cabo por el Controlador de Metrogas, que obedece a legítimas razones de negocio, **y que no constituye ni dio lugar a un incremento artificial de costos ni de tarifas, y mucho menos constituye una “defraudación” o un “fraude civil”, como lo expone la demandante.**
- De hecho, este Contrato es beneficioso para Metrogas y para sus clientes; y fue validado **por el organismo técnico competente, la Comisión Nacional de Energía**

(“CNE”), la que revisó su precio, disponiendo expresamente que es *“económicamente eficiente de acuerdo a las condiciones de mercado.”*¹

- Esta parte acreditará fehacientemente que la constitución de Agesa y la celebración del referido Contrato obedeció al interés legítimo por separar las actividades de la distribución minorista y el aprovisionamiento mayorista, las que obedecen a lógicas y riesgos diversos. De hecho, Metrogas era la única empresa en Chile que desarrollaba ambas actividades.
- En relación con las **cifras que señala la FNE** y en las que intenta apoyarse la demandante para justificar su acción, somos enfáticos en manifestar que ellas obedecen a **análisis y cálculos erróneos, simplistas, que se basan en estimaciones y cuyos resultados están muy alejados de la realidad.**

Tanto es así, que expertos y la propia CNE (entidad regulatoria legalmente competente para analizar la eficiencia de los contratos de compra de gas de Metrogas), en cálculos más recientes a los elaborados por la FNE, han llegado a cifras sustancialmente distintas y muy por debajo de las estimaciones de la FNE.

- En relación con lo anterior, quedará demostrado en autos que, tal como ha ocurrido, **los costos de Metrogas se incrementan por diversas circunstancias, las que escapan y son ajenas al contrato celebrado con Agesa**, circunstancias, por cierto, que la actora omite en su análisis.
- De igual forma, quedará demostrado que, **el contrato con Agesa incide y se relaciona sólo con el costo de compra del gas, no así con diversos conceptos adicionales y que constituyen parte significativa del precio**; lo que determina que la incidencia del contrato cuestionado es sustancialmente inferior a la que aduce la actora, lo que **la demandante tampoco ha considerado.**
- Una prueba palpable de que Metrogas ha actuado siempre dentro del marco normativo, es que, sin perjuicio de la libertad tarifaria que la rige, **la empresa siempre se ha mantenido por debajo del límite máximo de rentabilidad** a que hace referencia el artículo 30 bis de la Ley de Servicios del Gas.
- Es más, encontrándonos en un proceso judicial en que se estarían cautelando los derechos de los consumidores, especialmente relevante es destacar que **Metrogas es la empresa distribuidora de gas por red, sin subsidio, que compra gas natural**

¹ Resolución Exenta CNE N° 441 de fecha 11 de agosto de 2017.

regasificado (“GN”) a menor costo, según el propio informe de la FNE, y cobra más barato a sus clientes, según información de la CNE.

Ello ha derivado en que Metrogas sea la distribuidora más competitiva, lo que va en directo beneficio de sus clientes.

II. SÍNTESIS DE HECHOS RELEVANTES

A continuación, y sin perjuicio que varios de ellos serán desarrollados con mayor profundidad al desvirtuar las acusaciones de la demandante, revisaremos determinados hechos relevantes que la actora prefiere omitir o tergiversar.

Tal como señalamos en un inicio, la sobre simplificación que pretende Conadecus nos obliga a desarrollar con mayor profundidad aspectos técnicos, económicos y jurídicos de la actividad de Metrogas y la industria en la que ésta se desarrolla, ya que ello incide en los argumentos de defensa de nuestra parte y demuestra la falta de rigurosidad de la actora.

1. Inicios de Metrogas y su participación en el mercado del GN.

Los inicios de Metrogas se remontan al año 1995, cuando se constituyó con aproximadamente 100.000 clientes provenientes del gas de ciudad y que con ocasión de la llegada del GN a Chile, fruto de un tratado con Argentina, le permitiría desarrollar el mercado del GN para la zona central de Chile. Ello, sin embargo, importó asumir el compromiso de realizar importantes inversiones en gasoductos y redes para dotar de un combustible más limpio y económico a la zona central del país. Esta iniciativa fue 100% privada, sin aportes estatales, y Metrogas fue un actor relevante en ella.

Para contar con el suministro de GN, hubo que suscribir contratos de largo plazo con proveedores argentinos y construir gasoductos para su transporte. No existía, en la época, infraestructura para la adquisición de GNL por vía marítima.

A partir de la crisis económica que Argentina vivió desde el año 2000 y que derivó en las restricciones de suministro de gas natural a Chile, en el año 2007 el Gobierno de Chile, junto con participantes del sector privado, activó un proyecto destinado a desarrollar en la bahía de Quintero un terminal con capacidad de descargar, almacenar y regasificar GNL y, a su vez, entregar GN (el “Proyecto de GNL”) para generación eléctrica y el consumo directo, industrial, comercial y domiciliario, en las grandes ciudades de la zona central de Chile.

Los desafíos técnicos y económicos de un proyecto de esta naturaleza se centraban, por un lado, en las complejidades -y mayores costos- de desarrollar un terminal de esta especie en un país de alta sismicidad, pero pequeño, como Chile y, por otro lado, de viabilizar el financiamiento de una inversión de estas proporciones.

Por ello, la concreción del Proyecto de GNL naturalmente se encarecía y hacía necesaria una estructura legal y contractual de largo plazo, que otorgara a los financistas las seguridades necesarias para entregar los financiamientos.

El Proyecto de GNL finalmente se plasmó **separando los riesgos propios de la operación del Terminal de GNL Quintero** (el “Terminal”) **de aquellos relativos a la comercialización del GN a través de dos compañías**, como se verá, centrando el riesgo financiero en la capacidad de pago y clasificación de los clientes, según se define más adelante en esta presentación.

De estos requerimientos básicos se siguieron importantes consecuencias para la estructura comercial del Proyecto de GNL, incluyendo -como se indicó- que una entidad se encargaría de desarrollar y operar el Terminal, a saber, GNL Quintero S.A. (“GNLQ”) y otra, GNL Chile S.A. (“GNL Chile”) -en la que participó Metrogas y actualmente participa Agesa-, destinada a adquirir el GNL y comercializar GN.

Así, Metrogas participó en el Proyecto de GNL, sólo por la necesidad de sortear la crisis del GN argentino y continuar abasteciendo su demanda residencial, comercial e industrial.

En efecto, como única forma de acceder a GN y resolver el problema de abastecimiento provocado por la crisis argentina, Metrogas desarrolló la actividad de comercializador mayorista en el Proyecto de GNL.

Como consecuencia de ello, **Metrogas se consolidó como la única empresa en Chile que desarrollaba la actividad de distribución de GN a clientes finales**, como concesionaria del servicio público de distribución de GN, y la actividad de **aprovisionamiento o comercialización mayorista de GN.**

2. **Las actividades de distribución y aprovisionamiento de GN tienen lógicas comerciales diferentes y no comparten los mismos riesgos, por lo que es natural que se encuentren separadas.**

Pese a que, atendidas las circunstancias antes expuestas, Metrogas desarrolló estas actividades de forma simultánea hasta el año 2016, éstas difieren enormemente, por lo que

no era razonable ni conveniente que una misma compañía se dedicara al aprovisionamiento o comercialización mayorista y al mismo tiempo, a la distribución de GN.

La **distribución de GN** es una actividad que se encuentra **regulada** por la Ley de Servicios del Gas DFL 323 y modificaciones introducidas por la Ley N° 20.999, y constituye un servicio público. De conformidad al artículo 3° de la LSG, las empresas deberán obtener una concesión para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas de red.

Esta concesión se otorga por zona y crea en favor del concesionario el permiso (no exclusivo) para ocupar con su red y dispositivos afectos a ella las calles, plazas, veredas, avenidas, caminos y otros bienes nacionales de uso público, cruzar ríos, canales, vías férreas, puentes, acueductos y redes de distribución de otros servicios públicos. Además, permite la constitución de servidumbres para tender tuberías a través de propiedades ajenas y para ocupar y cerrar los terrenos necesarios para todas las obras requeridas para la construcción y operación de las redes y dispositivos afectos a ellas. Finalmente, esta concesión comprende el derecho de construir, mantener y explotar las subestaciones respectivas.

Por su parte, la **actividad de aprovisionamiento o comercialización mayorista de GN** es una actividad que **no se encuentra regulada**, y que tiene una **lógica y riesgos muy particulares**, los que se reflejan en los precios pactados por los clientes en los contratos que celebran para la compra del GN.

Los riesgos que asume el aprovisionador mayorista se pueden clasificar en (i) riesgos provenientes del contrato de suministro de GNL, (ii) riesgos del sistema y (iii) riesgos del cliente.

Sobre este particular nos referiremos en detalle al profundizar en las justificaciones de la operación que cuestiona CONADECUS y la total improcedencia de su acusación de defraudación o fraude civil.

Sólo anticipamos que **US. podrá comprobar que las diferencias entre un negocio y otro determinan la razonabilidad de que Metrogas decidiera separar ambas actividades y radicar el negocio de aprovisionamiento o comercialización mayorista en Agesa y focalizarse en su giro, cual es la distribución de gas natural**. Dicho propósito fue planteado, desde un inicio, de manera expresa y transparente a los accionistas y al mercado, sin que tuviese jamás como propósito el de eludir la normativa vigente.

Por ejemplo, en acta de sesión de directorio de Metrogas de 16 de mayo de 2016, en la que se señala que “... *Se trata, por tanto, de actividades de diferente naturaleza, con distintos requerimientos estratégicos, comerciales y financieros y sujetos a regímenes distintos. La separación de estas actividades es una práctica habitual en mercados donde el gas natural está más desarrollado, por lo que esta decisión de separar ambos negocios va en línea con adoptar las mejores prácticas internacionales de la industria en esta materia.*”²

Como desarrollaremos posteriormente, en el marco de dicha operación y en correlación a los riesgos que asume, **se le asignaron a Agesa todos los activos y derechos para desarrollar su actividad comercial.**

Y como señalamos anteriormente, no se trató de una decisión aislada, sino que corresponde a un **conjunto de operaciones de simplificación societaria y de separación de líneas de negocio adoptadas por el controlador de nuestra representada.**

Tanto es así que en la misma citación a la Junta Extraordinaria de Accionistas que decidió la separación de Metrogas y constitución de Agesa –que CONADECUS sostiene increíblemente que constituiría publicidad dirigida a los consumidores–, se indicó: “*Esta decisión forma parte de una reestructuración societaria que está llevando a cabo CGE, controlada por Gas Natural Fenosa, y se inició con el acuerdo de división de los negocios de gas natural y gas licuado en diciembre 2015.*”³

3. El Contrato no constituyó un instrumento para aumentar artificialmente los costos – No se trata de un “fraude civil” o un “contrato simulado”, como erradamente lo sostiene la actora.

Con fecha 25 de julio de 2013, GNL Chile S.A., empresa importadora de GNL, y Metrogas, celebraron un contrato de suministro de GN, por el que la primera se obligó a proveer de GN a Metrogas al precio y bajo las condiciones que en dicho documento se indicaron.

Posteriormente, en el marco de la separación de actividades antes referida, en mayo de 2016 se celebró la Junta Extraordinaria de Accionistas de Metrogas, **la cual aprobó, por unanimidad, la división de Metrogas y la adjudicación a la nueva sociedad, Agesa, del contrato celebrado entre Metrogas y GNL Chile S.A., entre otros contratos y activos de la Sociedad.**

² Acta de Sesión de Directorio de Metrogas de fecha 9 de mayo de 2016, p.2. Énfasis agregado. Replicado en Junta Extraordinaria de Accionistas de fecha 26 de mayo de 2016.

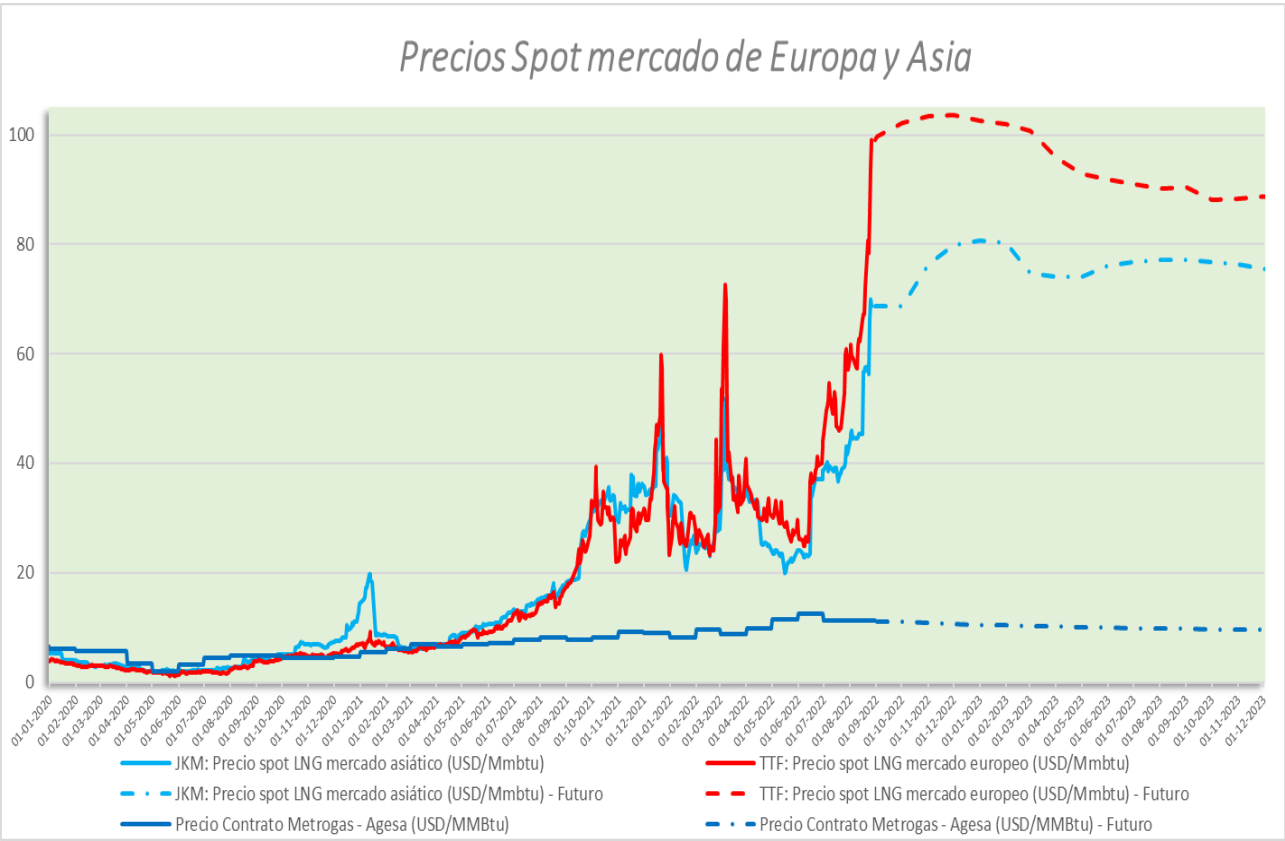
³ Disponible en http://www.metrogas.cl/empresa/index.php?controller=noticia¬icia_id=299.

Con posterioridad a dicha adjudicación, **el 20 de julio de 2016 se celebró el Contrato** por medio del cual Agesa se obligó a proveer y vender GN a Metrogas, la que, a su vez, se obligó a recibirlo, comprarlo y pagarlo, en las oportunidades, cantidades y condiciones estipuladas en esta convención.

Este es el Contrato que cuestiona CONADECUS en su demanda, sin analizar ni comprender su verdadero alcance.

Sobre este particular, debemos afirmar que el **precio del Contrato se justifica por el traspaso del riesgo del aprovisionamiento del GN a Agesa, el cual antes de la suscripción del Contrato se encontraba radicado en Metrogas**. Desarrollaremos esta materia con posterioridad.

Sin embargo, debemos relevar desde ya que los riesgos del Contrato, para Agesa, se han incrementado en el tiempo. Basta notar que **el precio spot del GNL para el año 2021 excedió los precios que garantiza el Contrato a Metrogas por casi cuatro veces y los precios del gas en Europa y Asia se han multiplicado por diez**, tal como se aprecia del gráfico de precios internacionales que sigue a continuación:



Se aprecia del gráfico como los precios internacionales durante el año 2021 fueron muy superiores a los precios que pagó Metrogas a Agesa, lo que revela que los riesgos que

asumió esta última empresa justifican su creación y la retribución que recibe, como cualquier otra empresa que se dedica al aprovisionamiento de GN en el país.

4. **El proceso llevado a cabo por Metrogas no puede constituir un fraude a una norma legal que no existía al tiempo de acordarse y materializarse la división cuestionada.**

La contraria manifiesta que la constitución de Agesa y su posterior contrato con Metrogas tuvo por objeto el defraudar la ley, basando ello en el artículo 12 transitorio de la Ley 20.999.

Sin embargo, y como veremos, la demandante soslaya que **dicha norma transitoria no existía cuando Metrogas decidió dividirse y contratar posteriormente con Agesa**, puesto que no era parte del Proyecto de Ley.

De esta forma, en una situación única, Metrogas habría vulnerado una norma que no había sido dictada.

Sobre este particular, nos referiremos con mayor detalle posteriormente.

5. **La CNE revisó el Contrato, dando cuenta de su eficiencia – De hecho, lo ratificó en agosto de 2022**

Sin perjuicio de lo ya señalado, la CNE, organismo técnico llamado por la Ley a efectuar el chequeo de rentabilidad, reconoce la eficiencia del Contrato de conformidad con lo establecido en los artículos 33 quinquies y 12 transitorio de la Ley N° 20.999.

En efecto, en su Resolución Exenta N° 441 de 11 de agosto de 2017 estableció:

*“g) Que, habiendo Metrogas S.A., declarado que ha suscrito contratos con empresas relacionadas, la Comisión mediante Resolución Reservada N°436 aprobó el Informe Técnico que fija el Costo del gas al ingreso del sistema de distribución de la empresa Metrogas S.A., en el cual **verificó que la gestión de la compra de los contratos con empresas relacionadas fuese económicamente eficiente de acuerdo a las condiciones de mercado;** y*

*h) Que, en consecuencia y en virtud del resultado del informe reservado señalado en el considerando anterior, **corresponde tener por verificada la gestión de compra de los contratos de Metrogas S.A. que se indican para los efectos de la Ley de Servicios del Gas.***

Resuelvo:

ARTÍCULO PRIMERO:

Téngase por verificada que la gestión de compra de los siguientes contratos de Metrogas S.A. con empresas de su mismo grupo empresarial o por personas o entidades relacionadas, en los términos señalados en la ley N°187.045, de Mercado de Valores, en lo relativo a la compra de gas, servicios de regasificación y transporte por ductos, son económicamente eficientes de acuerdo a las

condiciones de mercado, para efectos del chequeo de rentabilidad a que hace referencia la Ley de Servicios de Gas.

- *Contrato de Aproveccionamiento de gas con Aproveccionadora Global de Energia S.A., de fecha 20 de julio de 2016.*
- *Contratos de Transporte de Gas suscritos con Gasoductos Gas Andes S.A., celebrados desde el 2012 al 2016.*⁴

A mayor abundamiento, con fecha 12 de agosto de 2022 la CNE dictó la Resolución Exenta N° 631, aprobando el Informe de Rentabilidad Anual Preliminar a que se refiere el artículo 33 quáter de la Ley de Servicios de Gas de la empresa Metrogas S.A., correspondiente al año calendario 2021 y señaló que *“Respecto de los contratos con empresas relacionadas, de acuerdo con el análisis y revisión efectuado por esta Comisión en cumplimiento de las normas legales aplicables, y según lo señalado en Resolución Exenta CNE N° 441, de 11 de agosto de 2017, se tuvo por verificado que la gestión de compra asociada a estos contratos de Metrogas, en lo relativo a la compra de gas, servicio de regasificación y transporte por ductos, son económicamente eficientes de acuerdo con condiciones de mercado.”*⁵

Es decir, la CNE no sólo no objetó, sino que validó los términos del Contrato. A partir de ello, el obrar de Metrogas se encuentra amparado en el principio de protección de la confianza legítima, el que ha sido acogido por nuestro ordenamiento jurídico.

Tal como se explicará más adelante, año tras año la CNE ha realizado una supervisión y chequeo anual de rentabilidad de Metrogas, verificando de esta forma que esta se encuentra dentro de los límites permitidos por la regulación para permanecer en libertad tarifaria. El resultado de estos controles y chequeos de la autoridad administrativa no pueden sino otorgar seguridad jurídica y confianza legítima en Metrogas de actuar conforme a Derecho.

6. Metrogas no ha ocasionado ningún daño a sus consumidores. Por el contrario, (i) vende el GN a los precios más convenientes en Chile y (ii) ha realizado grandes inversiones para expandir sus redes de distribución.

Sobre este particular podemos señalar lo siguiente:

⁴ Énfasis agregado.

⁵ Resolución Exenta CNE N° 631, de fecha 12 de agosto de 2022, que Aprueba Informe de Rentabilidad Anual Preliminar a que se refiere el artículo 33 quáter de la Ley de Servicios de Gas de la empresa Metrogas S.A., correspondiente al año calendario 2021.

6.1. El Contrato ha permitido que Metrogas sea la distribuidora de GN, no subsidiada⁶, que vende el GN a público a los precios más convenientes en Chile.

Esto se puede verificar con la información pública que provee la CNE en su sitio web, la que tiene los datos de junio de 2022, pero que se corresponde con lo que ha ocurrido los últimos 5 años:⁷

Comparación de valores de consumo por m³ de GN a junio de 2022⁸

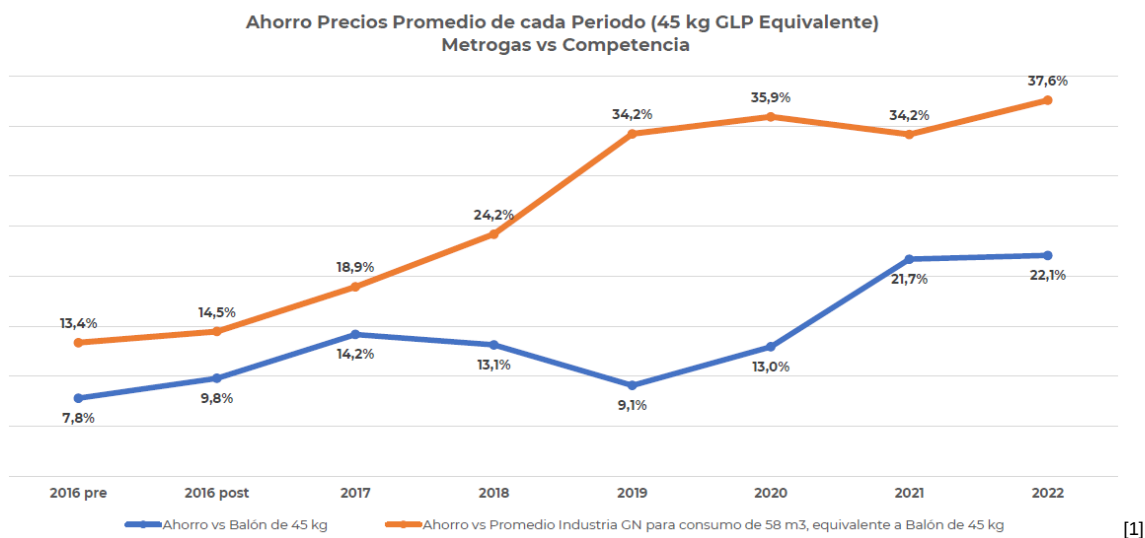
	Lipigas II Región	Gasvalpo V Región	Metrogas RM	Gassur VIII Región	Intergas VIII Región	Gasco Magallanes XII Región
19,3 m ³	\$44.332	\$32.313	\$31.490	\$33.347	\$48.863	\$1.944
58 m ³	\$133.226	\$96.471	\$68.444	\$88.886	\$107.770	\$5.843
116 m ³	\$266.452	\$188.939	\$134.534	\$166.306	\$211.858	\$11.686

Si Metrogas puede cobrar los precios más bajos entre las distribuidoras de GN en Chile, sin subsidio estatal, es, entre otras razones, porque el precio del Contrato es también el más bajo, tal como lo muestra la figura 36 del Informe de la FNE⁹ en que se apoya la demanda, lo que ratifica que Metrogas es la distribuidora que compra a menor precio el gas que distribuye a sus clientes, en relación con las otras empresas distribuidoras.

Para dar cuenta de esta realidad, a partir de la misma fuente de información publicada por la CNE, si se toma el precio promedio que vende Metrogas y se compara con el precio promedio de las otras empresas distribuidoras de GN en Chile, se obtiene que Metrogas es sostenidamente más barato, es decir, genera ahorro. Lo mismo ocurre si se realiza dicho análisis respecto al consumo equivalente de GLP (balón de 45kgs).

A continuación, mostramos gráfico que demuestra anualmente el ahorro de los clientes de Metrogas en relación con los clientes de las demás empresas distribuidoras y del GLP:

⁶ Hacemos presente que Gasco Magallanes es la única empresa distribuidora de GN que cuenta con subsidio estatal, por lo que puede vender a precios inferiores.
⁷ Disponible en <https://www.cne.cl/estadisticas/hidrocarburo/>.
⁸ El cuadro se prepara en base a información pública de la CNE.
⁹ Figura contenida en la página 159 del Informe Final de la FNE.



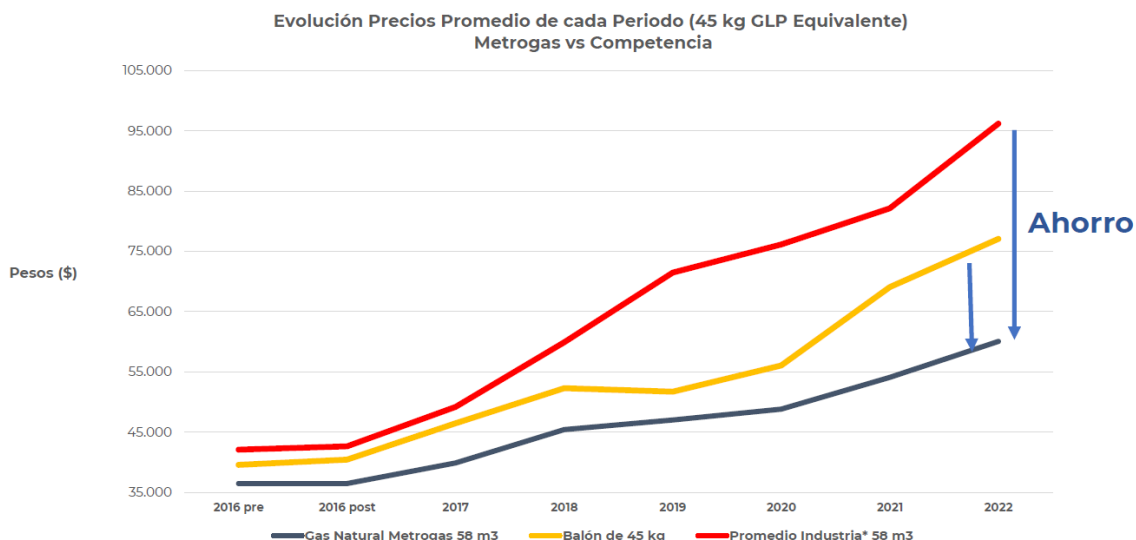
Fuente: Elaboración propia a partir de datos públicos de CNE en la ruta <https://www.cne.cl/estadisticas/hidrocarburo/>

Es decir, Metrogas no es sólo la empresa que vende a menor precio a sus clientes, sino que, además, el año 2016, previo a la separación con AGESA, el ahorro que tenía respecto a otras distribuidoras de GN era de 13,4% y respecto al GLP de 7,8%; mientras que **con posterioridad a la división ha ido agregando valor a sus clientes respecto al mercado, llegando este año 2022 a tener ahorro de 37,6% y respecto al GLP de 22,1%.**

A diferencia de lo planteado por CONADECUS en su demanda, el Contrato ha demostrado ser muy conveniente para los consumidores, lo que ha permitido que Metrogas desarrolle su actividad regulada de manera eficiente, entregando un servicio continuo y de calidad a sus clientes con los mejores precios del país.¹⁰

Con el afán de graficar esta circunstancia, a continuación, mostramos lámina que demuestra que **no ha habido sobreprecio, ni desvío de rentabilidades**. Al contrario, desde la división aumentó la competitividad de Metrogas respecto de las demás empresas distribuidoras:

¹⁰ Con exclusión de Gasco Magallanes, que vende gas natural con subsidio estatal.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos públicos de CNE en la ruta <https://www.cne.cl/estadisticas/hidrocarburo/>

Es decir, el contrato que denuncia Conadecus ha permitido a Metrogas proteger a sus clientes y mantener precios muy por debajo de aquellos que cobran las demás empresas distribuidoras en Chile.

Lo anterior fue ratificado ante el Congreso Nacional por el economista experto de la Universidad de Santiago, el Profesor Dr. Humberto Verdejo, quien manifestó que *“Entonces, en función de mirar los precios finales, la empresa en este caso, o el contrato que aseguró suministro entre AGESA y Metrogas para responder a todo el riesgo que ya he comentado durante la presentación, ha garantizado que el usuario final sea el beneficiado si lo hacemos, si miramos comparación en relación a otras empresas. Por lo tanto, presidente, y con esto cierro, existen riesgos distintos entre la comercialización mayorista y las empresas de distribución. Por lo tanto, debe ser analizada de manera separada a pesar de que existan empresas que pertenecen al mismo grupo y que eso ocurre en otros servicios básicos también. Discrepamos respecto al estudio de la Fiscalía Nacional Económica, al observar directamente los datos disponibles por la Comisión Nacional de Energía en su servicio en su plataforma pública.”*¹¹

Continúa el referido profesor explicando que *“[e]stos contratos o esta figura que se generó entre AGESA y Metrogas ha ido derechamente en beneficio, en función de precio al usuario final del gas natural por cañería.”*¹²

¹¹ Exposición realizada con fecha 16 de agosto de 2022 por el Dr. Huberto Verdejo, Profesor del Departamento de Ingeniería Eléctrica de la Universidad de Santiago, ante la comisión especial investigadora de la Cámara de Diputados “[e]ncargada de reunir antecedentes sobre los actos del Ministerio de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles relativos al eventual sobreprecio cobrado por la distribuidora Metrogas”, minuto 42:52. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=A81oH7hbVa4>. Última consulta: 2 de septiembre de 2022.

¹² Exposición realizada con fecha 16 de agosto de 2022 por el Dr. Huberto Verdejo, Profesor del Departamento de Ingeniería Eléctrica de la Universidad de Santiago, ante la comisión especial investigadora de la Cámara de Diputados “[e]ncargada de reunir antecedentes sobre los actos del Ministerio de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles relativos al eventual sobreprecio cobrado por la distribuidora Metrogas”, minuto 45:37. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=A81oH7hbVa4>. Última consulta: 2 de septiembre de 2022.

Elo se debe, fundamentalmente, a la **eficiente estructura de costos adoptada por Metrogas, que le ha permitido cobrar precios más bajos.**

6.2. Adicionalmente a ello, Metrogas ha realizado grandes inversiones para expandir y mejorar sus redes de distribución en Chile.

Estas inversiones se vinculan con el plan de expansión que ha desarrollado la Compañía desde el año 2014. En dicho año se inició el proyecto de expansión de los segmentos residencial y comercial de la Región de O'Higgins.

Luego, a fines de 2015 se anunció la expansión a nuevas zonas del país, además de profundizar el uso del GN en comunas donde ya estaba presente, a través de un plan estratégico de calefacción, entregando calor limpio a miles de hogares a través de un suministro continuo.

Todo lo anterior comenzó a materializarse el año 2016, con más de 43.000 nuevos clientes en las regiones Metropolitana y de O'Higgins, y en 2017 se alcanzó el hito del primer cliente conectado en la Región de Los Lagos, dando cuenta del avance de las redes de gas natural, que permite que cada vez más chilenos puedan disfrutar de los beneficios del GN distribuido por Metrogas.

Pese a las dificultades vinculadas al estallido social y la pandemia, la Empresa ha invertido **más de USD\$ 300 millones durante los últimos 5 años (2016-2020)**, lo que ha significado un gran avance en la red de GN en varias zonas de Chile.

La expansión de redes se concentró en las comunas de Puente Alto, Colina, La Florida, Pudahuel, La Cisterna, Maipú y Ñuñoa en la Región Metropolitana, junto con la llegada a nuevas ciudades en regiones, como Rancagua, Osorno, Puerto Varas y Puerto Montt.

En base a los datos presentados, es claro que **Metrogas se ha focalizado en expandir su red a distintos sectores, cumpliendo su labor de empresa de servicio básico.**

De hecho, y no obstante que invertir en sectores de baja densidad poblacional es muy difícil, (porque se necesita una masa crítica de clientes para que la actividad sea eficiente), **Metrogas ha invertido en la VI Región, pese a que le otorgó una rentabilidad negativa de un -17,44% el año 2020, y en la X Región, que le otorgó una rentabilidad negativa de un -44,5% el mismo año 2020.**

7. **No existe el incremento artificial de precios que menciona la demanda – El precio (i) se justifica fundamentalmente en factores ajenos al Contrato Metrogas-Agesa; (ii) se ajusta a la normativa sectorial aplicable; y (iii) goza de plena razonabilidad.**

A partir del Informe de la FNE, CONADECUS plantea en su demanda que entre 2016 y 2020, Metrogas podría haber cobrado a sus clientes un sobreprecio que oscilaría entre un 12,7% y 20,2%, vinculando erradamente ese incremento con el Contrato entre Agesa y Metrogas.

Esta acusación es errónea por las siguientes circunstancias:

- En primer lugar, los resultados a los que llega la FNE en su Informe Final no son exactos -ni siquiera precisos-, sino que se trata de resultados que se sustentan en modelos econométricos estimativos, que no entregan cifras exactas sobre el supuesto sobreprecio cobrado por Metrogas.

Tanto es así, que la FNE, luego de introducir una nueva variable al modelo econométrico de diferencias en diferencias utilizado, señala que: “...*Por lo tanto, se mantiene la relación encontrada en los modelos anteriores (aunque ella podría estar sobre estimada con la inclusión de tales empresas).*”¹³

- En segundo lugar, la propia FNE señala que el sector residencial “**podría**” estar pagando menores precios. Es decir, la misma FNE no afirma categóricamente. Es decir, se trata de un supuesto hipotético de acuerdo con la propia FNE.
- En tercer lugar, **la FNE jamás señala que Metrogas hubiese cometido alguna ilegalidad**, y sólo asevera que se podría, eventualmente, haber cobrado menos si no se hubiese aplicado la norma transitoria que otorga total legitimidad al actuar de Metrogas.

Es decir, la FNE reconoce que los precios no derivan de alguna infracción normativa, sino que **del hecho de haberse aplicado legítimamente una norma transitoria vigente y válida**. Jamás la FNE señala que haya existido alguna infracción de ley, sea ésta la Ley del Gas o de alguna normativa de libre competencia.

Como acreditaremos, esta circunstancia, muy relevante en la especie, la ha ratificado la FNE en instancias públicas.

¹³ FNE, Estudio de Mercado del Gas (EM06-2020), p 191. Énfasis agregado.

- En cuarto lugar, hay un **error grave en el efecto que se le atribuye al Contrato entre Agesa y Metrogas, en relación con el precio cobrado a los consumidores, pues el análisis de la FNE no considera una serie de factores que determinan un alza en los precios del GN, que nada tienen que ver con el Contrato con Agesa.**

Sobre este particular, si bien es cierto que a lo largo de los años considerados ha existido un aumento de precio en el valor del GN, ello deriva de la realidad propia del mercado y especialmente del **aumento de costos que ha debido enfrentar nuestra representada, que van mucho más allá del Contrato con Agesa.**

En efecto, el aumento de costos para Metrogas, se ha debido, entre otros factores, a **un mayor valor del precio internacional de los commodities tales como el petróleo Brent y del gas natural Henry Hub, así como a los mayores costos de regasificación y transporte, además de incrementos en el tipo de cambio que afectan directamente los costos de materia prima, transporte, regasificación, entre otros.** También cabe considerar los **otros costos operacionales y de mantenimiento de la empresa, tales como sueldos, servicios,** y los gastos de comercialización, entre otros, los que se han reajustado en base a variables tales como la inflación y crecimiento en la actividad.

Adicionalmente, podemos referirnos a otros elementos tales como los siguientes:

- El Valor Nuevo de Reemplazo de los Activos (“VNR”).¹⁴
- El pago de impuestos.
- La amortización de las reconversiones.¹⁵

Todos estos elementos se **han incrementado de manera acelerada en el caso de Metrogas, principalmente por el programa de inversión que se ejecutó entre los años 2016 y 2019 y por la reforma tributaria implementada a partir de la Ley N° 20.780 de 2014.**

Para que US. tenga un antecedente, habrá de saber que los costos anuales de inversión¹⁶ de la RM aumentaron en más de un 20% en los últimos 5 años. Por su parte, el pago

¹⁴ De conformidad al artículo 33 de la Ley de Servicios del Gas “se entiende por Valor Nuevo de Reemplazo (en adelante ‘VNR’) al costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos destinados a prestar el servicio de gas en la respectiva zona de servicio, incluyendo los intereses intercalarios, los derechos, los gastos y las indemnizaciones efectivamente pagadas para el establecimiento de las servidumbres utilizadas, los bienes intangibles y el capital de explotación.”

¹⁵ Correspondiente a aquella inversión necesaria para conectar hogares existentes con otro combustible al gas natural.

¹⁶ La determinación de los costos anuales de inversión se realiza en base a transformar el VNR de los bienes de la zona de concesión en costos anuales de inversión de igual monto o AVNR, considerando para ello su vida útil económica, valor residual igual a cero y una tasa de actualización igual a la tasa de rentabilidad económica anual de la empresa concesionaria en la respectiva zona de concesión. Para el cálculo del AVNR se utiliza la vida útil económica de cada tipo de bien determinado en el Informe Técnico de VNR. Para el capital de explotación y el VNR de los bienes intangibles se considera una vida útil de plazo indefinido o perpetuo.

de impuestos que afectaban el chequeo de rentabilidad de Metrogas en la Región Metropolitana aumentó en más de un 40% en el mismo período.

Todos estos costos son considerados por el artículo 33 de la LSG para el cálculo de rentabilidad de las empresas concesionarias del servicio público de distribución de gas por red. Al efecto, la norma señala:

“Para los efectos de la aplicación de lo señalado en los artículos 30 bis y 31, la tasa de rentabilidad económica anual de una empresa concesionaria será determinada como aquella tasa de actualización que permite un flujo neto igual a cero a los bienes de propiedad de la empresa concesionaria en una determinada zona de concesión que sean necesarios para prestar el servicio público de distribución, incluyendo los servicios afines que correspondan.

El flujo neto corresponderá a 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. Para lo anterior, se considerarán los costos de explotación y de inversión de la empresa real corregida de acuerdo a criterios de eficiencia y estándares similares aplicables a otras empresas de servicio público.

Para efectos de lo señalado en el inciso anterior, la Comisión establecerá por resolución la parte de los bienes de la empresa concesionaria, por zona de concesión, que serán considerados eficientes, su vida útil, el Valor Nuevo de Reemplazo de éstos, sin incluir los bienes intangibles y el capital de explotación, y su fórmula de indexación, los que serán utilizados en los chequeos anuales de rentabilidad del cuatrienio siguiente. Asimismo, la referida resolución deberá establecer el conjunto de indicadores de eficiencia característicos de la actividad de distribución de gas en cada zona de concesión para los chequeos de rentabilidad de dicho cuatrienio. Estos indicadores de eficiencia podrán considerar, entre otros aspectos, el tamaño de la red de distribución de la empresa concesionaria y las condiciones geográficas y de consumo de la zona de concesión. Anualmente se podrán incorporar a esta lista las instalaciones en redes de distribución efectivamente ejecutadas por la empresa concesionaria, dentro de su zona de concesión, siempre que sean consideradas eficientes para la prestación del servicio, de acuerdo a sus respectivos indicadores de eficiencia y los demás bienes singulares que sean considerados eficientes. En forma excepcional, en el plazo al que se refiere el artículo 33 ter, el concesionario podrá solicitar a la Comisión la incorporación de instalaciones ubicadas en zonas de servicio que no cumplan con los indicadores de eficiencia vigentes para su zona de concesión, pero que por sus características sean de interés público. Aquellas nuevas instalaciones en redes de distribución incorporadas al listado de bienes eficientes de acuerdo a estas condiciones excepcionales, permanecerán en esta categoría, al menos, en los siguientes dos estudios cuatrienales a que hace referencia el presente artículo.

La determinación de la parte de los bienes de la empresa concesionaria que serán considerados eficientes para efectos del chequeo de rentabilidad, su vida útil, Valor Nuevo de Reemplazo con su fórmula de indexación y los indicadores de eficiencia para la actividad de distribución de gas, se realizarán con ocasión del informe técnico preliminar al que se refiere el artículo 33 bis. En caso que una empresa concesionaria nueva comience sus operaciones o se restituya al régimen del libertad tarifaria con límite de rentabilidad durante el cuatrienio respectivo, la Comisión emitirá un informe en el que se establecerán los bienes eficientes, su vida útil, el Valor Nuevo de Reemplazo con su fórmula de indexación, y los indicadores de eficiencia para la actividad de distribución de gas que sean aplicables a dicha empresa concesionaria para su chequeo de rentabilidad por zona de concesión, los que en todo caso regirán hasta el siguiente estudio cuatrienal. La respectiva empresa concesionaria podrá observar y eventualmente discrepar dicho informe en los términos dispuestos en el artículo 33 bis.

Los costos de explotación se definirán como la suma de los costos de operación, mantención y administración, el costo del gas requerido para todos los suministros efectuados mediante las instalaciones de distribución definido en el artículo 33 quinquies, y todos aquellos costos asociados

al servicio público de distribución de gas de la empresa concesionaria que no sean costos de inversión e impuestos a las utilidades. Para estos efectos, sólo se considerarán aquellos costos de explotación eficientes, tanto respecto de su necesidad y pertinencia en relación a la actividad de la propia empresa concesionaria, como en comparación con estándares de otras empresas distribuidoras de gas o eventualmente otras empresas de servicios públicos comparables.

Los gastos de comercialización eficientes de la empresa concesionaria asociados a la captación y conexión de nuevos clientes podrán ser considerados como gastos amortizables en un plazo de hasta diez años, a elección de la empresa concesionaria utilizando la tasa de costo de capital del artículo 32. La definición del plazo de amortización, para los gastos de comercialización que realice la respectiva empresa concesionaria en el cuatrienio siguiente, deberá ser comunicada a la Comisión en el plazo que determine el reglamento, para efectos que sea incorporado en el informe técnico preliminar al que se refiere el artículo 33 bis, sin que éste pueda ser modificado. En caso que la empresa concesionaria no comunique su decisión en el plazo fijado al efecto, los gastos de comercialización se amortizarán en cinco años...”

En resumen, Metrogas ha debido enfrentar **varios costos** que NO se vinculan con el Contrato celebrado con Agesa, **informados por Metrogas para ser revisados y considerados por la CNE en el cálculo la tasa de rentabilidad de nuestra representada, siempre de conformidad a la LSG**, y que **han contribuido a las alzas de precios** que se han producido estos años, las que en ningún caso se constituyen como sobreprecios para los consumidores.

- En quinto lugar, y como si lo anterior no fuese suficiente, los cálculos en base a los cuales demanda CONADECUS, contenidos en el Informe elaborado por la FNE, fueron **desacreditados en una presentación efectuada recientemente por la CNE**, entidad con competencia específica para chequear la rentabilidad de Metrogas, ante la “Comisión Investigadora Encargada de reunir antecedentes sobre los actos del Ministerio de Electricidad y Combustibles relativos al eventual sobreprecio cobrado por la distribuidora Metrogas”.

En la presentación realizada por la CNE, explicó que, de no haber existido Agesa -que es precisamente el reproche de la demanda-, Metrogas habría incrementado su precio entre un 5,0% y un 8,3%, mostrando un promedio entre el año 2016 y 2020 de, a lo sumo, un 6,4%.

Es decir, la misma CNE deja en evidencia que el informe desarrollado por la FNE y su estimación de sobreprecio se aleja de la realidad. Más aún, este número presentado oficialmente por la CNE demuestra que la solicitud de Conadecus excede en varias veces el efecto que podría tener AGESA sobre el precio de Metrogas.

- Por último, el Contrato entre Metrogas y Agesa **sólo se vincula con uno de los elementos contenidos en el precio al consumidor** que se encuentran dentro del concepto “**Servicio Gas Consumido**”, cual es el costo del gas, no así con los otros elementos que lo integran.

En efecto, además del costo del gas, el concepto de “Servicio de Gas Consumido” incorpora una serie de elementos -o costos- tales como (i) costos de regasificación; (ii) costos de terminal y transporte; (iii) gastos de comercialización; (iv) gastos de administración, (v) costo de respaldo, (vi) los costos anuales de inversión, y (vii) impuestos, etc.

Ninguno de dichos elementos, que conforman el mayor porcentaje del concepto “Servicio Gas- Consumido”, se vincula con el costo del gas propiamente tal, que Metrogas adquiere de Agesa merced al contrato entre dichas partes.

El resultado de ello es que la incidencia del contrato con Agesa en el período en análisis, es, en promedio, inferior al 4% del precio final a los clientes residenciales, es decir, sustancialmente menor a lo que se sostiene en la demanda, además de estar plenamente justificado en base al servicio que entrega y los riesgos que asume.

III. EXCEPCIONES, ALEGACIONES Y DEFENSAS

Como veremos a continuación, la demanda deducida por CONADECUS debe ser rechazada en todas sus partes, con expresa condena en costas, en virtud de las siguientes excepciones, alegaciones y defensas.

1. PRIMERA EXCEPCIÓN O DEFENSA: Incompetencia absoluta del Tribunal – Este Tribunal no tiene competencia para conocer de las pretensiones de CONADECUS, ya que dicha competencia pertenece a los órganos sectoriales especializados señalados expresamente en la ley.

Tal como lo señalamos al deducir nuestro incidente de nulidad de todo lo obrado, conforme con lo dispuesto por la LPDC, en particular por aquello que establece su artículo 2 bis, la competencia de este Tribunal para conocer de la demanda interpuesta por CONADECUS, depende de una serie de factores relevantes, a saber:

- (i)** Si la normativa sectorial que regula la actividad de Metrogas debe ser aplicada por sobre la LPDC respecto de las infracciones denunciadas por CONADECUS.
- (ii)** Si dicha normativa sectorial dispone cuál es el organismo encargado de conocer las materias que se están sometiendo al conocimiento de este Tribunal.
- (iii)** Si la normativa sectorial dispone de un mecanismo para proteger el interés colectivo de los consumidores o usuarios y velar por su indemnización.

En efecto, el referido artículo 2 bis dispone:

*“No obstante lo prescrito en el artículo anterior, **las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo:***

*a) En **las materias que estas últimas no prevean;***

*b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que **esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y***

c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.”

Esta norma es consistente con un principio general en nuestra legislación, el de **especialidad**, en virtud del cual **frente a la existencia de una ley especial que regula una materia, las leyes generales (como lo es la LPDC) no resultan aplicables.**

Al respecto, los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalaban que *“si el legislador dicta una ley sobre determinada materia, quiere decir que **desea exceptuarla de la regulación de la ley general. Sería absurdo, entonces, hacer prevalecer ésta sobre aquélla.**”¹⁷*

Como bien sabe US., y ya señalamos, la actividad que desarrolla Metrogas se encuentra regulada, entre otros cuerpos normativos, por el DFL 323 de 30 de mayo de 1931 que establece la Ley de Servicios del Gas, modificada por la Ley N° 20.999, el Decreto 67 de 25 de febrero de 2004 que aprueba el Reglamento de Servicio de Gas de Red y la Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

En el caso de autos, este Tribunal es incompetente para conocer de la demanda de autos por las siguientes razones:

- (i) **Las infracciones que imputa CONADECUS se encuentran cubiertas por la normativa sectorial**, la cual debe aplicarse con preferencia.
- (ii) **La normativa sectorial dispone cuáles son los organismos llamados a resolver este tipo de controversias** entre las empresas distribuidoras de gas por red y sus clientes; y
- (iii) **La normativa sectorial dispone un procedimiento para tutelar el interés colectivo de los consumidores** o usuarios y la forma en que éstos deben ser reparados.

¹⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo *et al* (1998). Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 190. Énfasis agregado.

En primer término, debemos señalar que **nuestros Tribunales Superiores de Justicia han declarado la incompetencia justamente en casos como el de autos, en que la aplicación de la ley sectorial especial prevalece sobre la aplicación de la LPDC.** Por ejemplo, la Itma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas señaló:

“Que conforme lo expuesto más arriba, efectivamente la actividad de prestación de servicios que realiza la apelante se encuentra regulada por leyes especiales y específicamente el Reglamento de Indemnizaciones para el Servicio de Encomiendas y Certificados del 12 de noviembre de 1968, que señala en su artículo 2° Cuando una encomienda postal se extravíe, sufra averías o sea despojada de su contenido o parte de él, el remitente, o a falta de este destinatario, tendrá derecho a que el Servicio le cancele una indemnización equivalente al 50% del monto de la pérdida, avería o despojo, comprobado mediante factura y hasta un 100% en casos especiales debidamente calificados por la Dirección y dónde se establezca una responsabilidad directa del Servicio.

Por último la Resolución exenta 67 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de 30 de noviembre de 2005, señala en su artículo 1, apartado II, Servicios de Encomienda Prefranqueada y Correos-TNT Mercado de Personas que Cuando un envío Encomienda Prefranqueada o Correos TNT Personas se extravíe, sufra averías o sea despojado de su contenido o parte de él, el remitente tendrá derecho a que la Empresa le pague una indemnización equivalente a las siguientes sumas, según las variables que en cada caso se detallan, para a continuación colocarse en cuatro situaciones diversas.

*Que conforme lo señalado, **la situación que se denunció a fojas 9 y siguientes se encuentra regulada en una ley especial y por tanto excluida del ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y de la competencia del Juzgado de Policía Local, por lo que corresponde acoger la excepción de incompetencia invocada.***”¹⁸

Como señala el profesor Iñigo de la Maza “Pues bien, establecido que la LPC debe, salvo lo que puede considerarse como el derecho común, entenderse como general respecto de la regulación de las relaciones de consumo, conviene advertir la importancia de la cuestión. **Y es que, bajo ciertas condiciones, la ley especial deroga a la general. Por lo mismo, descontados, si es que procedieren, otros criterios de solución de antinomias (el jerárquico o el cronológico), y existiendo divergencia, la ley especial va a preferir a la LPC.**”¹⁹

A continuación, desarrollaremos las razones antes enunciadas:

¹⁸ Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas con fecha 20 de julio de 2007 en el Ingreso a Corte N° 67-2007. Énfasis agregado.

¹⁹ De la Maza Gazmuri, Iñigo (2020). “Lex Specialis: sobre el artículo 2° bis de la Ley 19.496” en Revista de Derecho N° 247, p. 94. Énfasis agregado.

1.1. La LPDC no resulta aplicable al caso de autos – Las supuestas infracciones reclamadas por CONADECUS están previstas en la normativa sectorial que regula a Metrogas

Para estos efectos debemos analizar aquello que imputa la actora en su demanda y si dichas materias se encuentran reguladas por la normativa sectorial aplicable a Metrogas.

En particular, CONADECUS plantea en su demanda que **(i)** existiría una especie de “maquinación” para aumentar artificialmente los costos de Metrogas y triangularlos fraudulentamente para traspasarlos a sus clientes; **(ii)** habría una supuesta infracción a la ley del contrato, vulnerando así los artículos 12 LPDC y 1545 del Código Civil; **(iii)** existiría una infracción al deber de ejecutar los contratos de buena fe, yendo en contra de los artículos 16 letra g) de la LPDC y 1546 del Código Civil; **(iv)** se habría vulnerado el derecho básico e irrenunciable del consumidor a contar con información veraz y oportuna sobre el producto ofrecido y publicidad engañosa, lo que vulneraría los artículos 3 letra b) y 28 letra c) de la LPDC; **(v)** se habrían aplicado a los consumidores cobros indebidos, lo que infringe el artículo 53 C letra d) de la LPDC; y **(vi)** que se habría vulnerado el derecho de los consumidores a una reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños (artículo 3 letra e) de la LPDC).

Pues bien, **todas y cada una de estas materias se encuentran expresamente tratadas en la normativa sectorial especial**, a saber:

- (i) Respecto de la supuesta maquinación y triangulación fraudulenta alegada por CONADECUS.**

Como emana de la demanda, aun cuando **no se imputa infracción a norma sectorial alguna**, se intenta plantear una presunta e inexistente maquinación o triangulación fraudulenta para, de tal forma, abultar los costos de Metrogas, no superar el límite de rentabilidad establecido en la LSG y, con ello, traspasar estos mayores costos a los clientes de nuestra representada.

El artículo 31 de la Ley de Servicios del Gas se refiere expresamente a la posibilidad de que una empresa distribuidora de gas **vulnere las normas establecidas para el análisis de rentabilidad y los efectos que de ello se derivan**. Al respecto dispone que:

*“En caso que, de conformidad a los resultados del informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, la rentabilidad económica promedio de los últimos tres años de una empresa concesionaria en una determinada zona de concesión exceda la tasa máxima señalada en el artículo anterior, **la Comisión deberá dar inicio, en el plazo señalado en el artículo 40-K, al proceso de fijación de tarifas del servicio de***

gas y servicios afines aplicables a los consumidores o clientes de dicha empresa en una determinada zona de concesión, señalados en el artículo 39.”²⁰

Es decir, el cuerpo legal aplicable en la especie contempla disposiciones expresas sobre el supuesto de sobrepasar el límite máximo de rentabilidad y la sanción que trae aparejada tal infracción, consistente en **la fijación de tarifas por parte de la autoridad competente**, la CNE.

Adicionalmente, el artículo 15 de la Ley 18.410, que crea la SEC, dispone en su inciso 2° N° 7, que constituirían infracción grave aquellos hechos, actos u omisiones que: **“Conlleven alteración de los precios o de las cantidades suministradas, en perjuicio de los usuarios.”**

Conforme a esta norma, **la SEC podría sancionar a Metrogas por cualquier hecho, acto u omisión que conlleve la alteración de los precios en perjuicio de los usuarios.**

Pero, justamente, ninguna de las autoridades sectoriales –la SEC y la CNE– han tomado tal determinación, porque **las actuaciones de Metrogas se han ajustado siempre a lo dispuesto en las leyes especiales que regulan su actividad.**

Ahora bien, cuando se imputa una supuesta maquinación y triangulación fraudulenta vinculada con la operación entre sociedades relacionadas, US. podrá comprobar que la ley sectorial establece de manera expresa mecanismos de regulación al efecto, los que, por lo demás, fueron aplicados al caso de autos.

Es así como el artículo 12 transitorio de la Ley del Gas expresamente señala:

“En caso que, al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la empresa concesionaria cuente con contratos de compra de gas suscritos con empresas de su mismo grupo empresarial o a personas o entidades relacionadas en los términos señalados en la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, no aplicará a dichos contratos lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 33 quinquies, determinándose el costo del gas asociado a tales contratos de acuerdo al presente artículo.

*Si la empresa concesionaria o las referidas empresas, personas o entidades relacionadas cuentan con acceso a instalaciones que permitan realizar importaciones de gas, tales como terminales marítimos de regasificación de gas natural licuado o gasoductos internacionales, **la Comisión verificará que la gestión de compra de los contratos en cuestión sea económicamente eficiente, de acuerdo a las condiciones de mercado.** Para estos efectos, la Comisión determinará el precio promedio proyectado de los contratos existentes con el mercado internacional, excluyendo los contratos de las referidas empresas, personas o entidades relacionadas asociadas al suministro de la propia concesionaria. En todo caso, se deberá considerar los contratos que presenten características similares a las que podría pactar la concesionaria, tales como plazo y volumen de gas contratado.*

Para determinar el precio promedio proyectado de los contratos existentes, la Comisión realizará una proyección de los precios de cada uno de los contratos existentes considerados para los cuarenta y ocho meses siguientes, en moneda de un mismo año, basada en la proyección de los indexadores contenidos en las fórmulas de precios, y estimará los volúmenes proyectados de gas para cada mes del correspondiente cuatrienio, sobre la base de la información entregada por los titulares de los respectivos contratos. El precio promedio proyectado de los contratos existentes corresponderá al promedio ponderado por volumen proyectado de cada uno de estos precios mensuales de los contratos considerados. Asimismo, se calculará el

²⁰ Énfasis agregado.

precio promedio proyectado de los contratos de la empresa concesionaria de acuerdo a la metodología anteriormente descrita, considerando sus propios contratos suscritos con empresas, personas o entidades relacionadas.

Si el precio promedio proyectado de los contratos de la concesionaria no supera en más de un cinco por ciento el precio promedio proyectado de los contratos existentes, el costo del gas en cada punto de conexión corresponderá a lo efectivamente pagado por la empresa concesionaria de acuerdo al o los precios de compra de los contratos en cuestión. En caso contrario, se considerará para efectos del chequeo de rentabilidad que el costo del gas asociado a los contratos en cuestión corresponderá al producto entre el precio promedio de mercado evaluado en cada mes y el volumen de gas efectivamente comprado por la empresa concesionaria, para el año correspondiente al chequeo de rentabilidad. Para cada mes, el precio promedio de mercado corresponderá al promedio de los precios de los contratos existentes, excluyendo los suscritos por la propia empresa concesionaria con sus relacionadas, ponderado por el volumen de gas consumido en el respectivo mes.

En caso que la empresa concesionaria y las referidas empresas, personas o entidades relacionadas no cuenten con acceso a instalaciones que permitan realizar importaciones de gas, el costo del gas al ingreso del sistema de distribución de la empresa concesionaria será valorizado al menor precio de compra del gas calculado en base a los contratos de importación de largo plazo existentes con el mercado internacional, incluyendo si corresponde los demás costos para llevar el gas hasta el ingreso del sistema de distribución, tales como transporte, almacenamiento y regasificación. Toda prórroga de la vigencia del contrato de suministro de gas de la empresa concesionaria con empresas, personas o entidades relacionadas se entenderá como un nuevo contrato para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo.”²¹

Así, de conformidad al citado artículo, la CNE realizó el análisis riguroso que le encarga el legislador y dio cuenta de la eficiencia del contrato entre Metrogas y Agesa.

A partir de ello, y considerando que la demanda no imputa ningún tipo de abuso o maquinación en el desarrollo de dicho procedimiento de verificación de eficiencia, que pudiese haber dado cuenta de una infracción a esta norma, cabe concluir que **esto es un aspecto que escapa por completo de la competencia de US., por encontrarse regulada por una ley especial sectorial.**

- (ii) Respecto de la supuesta vulneración a la “ley del contrato” alegada por CONADECUS en la demanda.

A este respecto, la demanda señala:

¿Por qué la conducta defraudatoria de METROGAS viola la fuerza obligatoria del acuerdo?

*La razón también es muy simple: el servicio contratado con las demandadas envuelve determinadas condiciones generales, como en todo contrato por adhesión, que integran el acuerdo explícita e implícitamente, y éstas fueron voluntariamente incumplidas por ellas. Esto porque **entre tales condiciones debe comprenderse el costo del gas que se compromete a adquirir para suministrar a los consumidores, que es nada menos el insumo principal para cumplir con el objeto del contrato.** Ahora bien, con su triangulación fraudulenta las demandadas han alterado e inflado artificialmente esos costos, de forma unilateral y a espaldas de los consumidores, alterando por sí y ante sí lo pactado con ellos.”²²*

²¹ Énfasis agregado.

²² Demanda de CONADECUS, p. 60.

En palabras de CONADECUS, una variación del costo del gas implicaría “violar la ley del contrato”, por lo que éste debiese mantenerse inalterable en el tiempo. **Ello es contradictorio con la realidad del mercado del gas natural en Chile**, en el que se producen variaciones en los precios debido a diferentes causas.

Tanto es así, que el legislador establece expresamente en el artículo 30 de la LSG, que **cada empresa distribuidora puede modificar los precios que cobra a público, justamente en razón de la variación de costos que haya sufrido en un período determinado**. Señala la norma:

*“Toda empresa de gas podrá **determinar libremente el precio del servicio de transporte o servicio de gas que realice a clientes o consumidores**, o entre sí, y los precios de los servicios afines que correspondan. Sin perjuicio de lo anterior, **tratándose del servicio público de distribución de gas, el régimen tarifario que determine la respectiva empresa concesionaria estará sujeto al límite máximo de rentabilidad señalado en el artículo 30 bis**.*

El esquema tarifario que establezca libremente cada empresa distribuidora de gas deberá determinar sectores de distribución en los cuales los precios de venta a consumidores, con consumos y otras condiciones de servicio de similares características, sean los mismos, de tal forma que no se produzca discriminación entre ellos. Dichos sectores de distribución no deberán comprender un espacio territorial de tamaño inferior al de una comuna, salvo casos debidamente justificados ante la Superintendencia.

Se entenderá por esquema tarifario el listado de servicios, condiciones, vigencia y precios aplicables por la empresa distribuidora al cliente final.

*En todo caso, **cada vez que una empresa distribuidora modifique el precio a cliente final del servicio de gas o servicios afines, deberá informarlo a la Superintendencia con la anticipación y en la forma que determine el reglamento**. Asimismo, deberá publicarlo previamente en sus sitios electrónicos y por una vez al menos en un diario de amplia circulación en las zonas que presta servicio u en otros medios similares disponibles, y notificar a los clientes o consumidores en la boleta o factura de cobro, de acuerdo a la forma que establezca el reglamento.”*

Como se puede ver, las empresas distribuidoras de gas tienen libertad tarifaria siempre que no excedan el límite máximo de rentabilidad a que hace referencia el artículo 30 bis de la Ley de Servicios del Gas.

Dentro de dicha libertad tarifaria, **las empresas distribuidoras se encuentran facultadas para modificar las tarifas que cobran a sus clientes, siempre y cuando se respete el límite máximo de rentabilidad ya señalado**.

Justamente estas variaciones de tarifas dicen relación directa con las (valga la redundancia) **variaciones en costos que puedan sufrir las empresas distribuidoras de gas por red**. Ello queda en evidencia al revisar el artículo 30 bis de la Ley de Servicios del Gas, que establece el límite máximo de rentabilidad en los siguientes términos:

*“No obstante lo señalado en el artículo anterior, las empresas concesionarias de distribución de gas de red estarán sujetas a una **tasa de rentabilidad económica máxima para una determinada zona de concesión** equivalente a tres puntos porcentuales sobre el promedio simple de los últimos tres años de la tasa de costo de capital definida en el artículo 32. La tasa de rentabilidad económica de las respectivas empresas concesionarias se calculará como el promedio simple de las rentabilidades anuales obtenidas en los últimos tres años.*

La Comisión deberá efectuar anualmente un chequeo de rentabilidad de las empresas concesionarias por zonas de concesión a objeto de determinar si exceden el límite máximo de rentabilidad señalado en el inciso anterior.

La metodología y procedimiento para realizar el chequeo de la rentabilidad económica de las empresas concesionarias se efectuará en conformidad a lo dispuesto en los artículos 33 a 33 sexies.

En todo caso, este chequeo de rentabilidad **deberá tener en especial consideración la identificación y justificación de costos de explotación y de inversión radicados contablemente en una empresa concesionaria que pudieran calificarse técnica y objetivamente como ineficientes, sin causa de negocio o encaminados a abultar artificialmente dichas partidas contables en una determinada zona de concesión, así como también el cumplimiento de las exigencias de calidad y seguridad del servicio de gas establecidas en la normativa vigente.** Lo anterior, siempre de acuerdo a los criterios, normas y procedimientos establecidos en los artículos 33 a 33 sexies de este cuerpo legal.

(...).

De esta norma se desprenden dos necesarias e ineludibles conclusiones:

- ✓ Como es lógico, el chequeo de rentabilidad a cargo de la CNE se hace revisando todos los costos de las empresas distribuidoras de gas por red.
- ✓ En el marco del chequeo de rentabilidad anual efectuado por la CNE, este organismo puede detectar cualquier situación que importe abultar artificialmente los costos en una determinada zona de concesión para así burlar el límite máximo de rentabilidad.

¿Y **cuál es la consecuencia** de superar este límite máximo de rentabilidad?

Que la empresa distribuidora de gas por red pasa a tener un régimen de precios regulados por la autoridad. Esta es la sanción.

Pues bien, en relación con aquello que plantea CONADECUS en la demanda de autos la **CNE i) no ha determinado la existencia de alguna maniobra para abultar artificialmente los costos de Metrogas; y (ii) por tanto, no ha aplicado la sanción de regular sus precios.**

Todo ello, porque Metrogas no ha efectuado maniobra alguna para abultar artificialmente sus costos, actuando dentro de la legalidad.

Pero al margen de ello, queda claro que en la normativa sectorial especial existen mecanismos y sanciones para evitar lo que CONADECUS imputa en su demanda, lo que determina que **US. deberá declararse incompetente para conocerla, por existir otros organismos llamados a conocer de estos asuntos, cuestión que trataremos más adelante.**

(iii) Respecto de la supuesta infracción de ejecutar los contratos de buena fe.

CONADECUS señala que se infringiría la buena fe con la que se debe ejecutar todo contrato, toda vez que:

- En primer lugar, Metrogas y Agesa habrían diseñado y ejecutado un ardid para abultar artificialmente el precio cobrado por el GN a los consumidores.
- En segundo lugar, porque habrían diseñado y ejecutado una maquinación fraudulenta, de mala fe, para extraer un sobreprecio a los consumidores.
- En tercer lugar, porque vulnera las legítimas y razonables expectativas de los consumidores en orden a que el GN que adquieren se basa en costos a precio de mercado.

Sin embargo, **todas estas supuestas e infundadas acciones se encuentran tratadas en la normativa sectorial que regula la actividad de Metrogas.**

- En primer lugar, recordemos que el artículo 30 bis de la Ley de Servicios del Gas pone de cargo de la CNE la identificación de situaciones por medio de las cuales las **empresas distribuidoras de gas por red abulten indebidamente sus costos, para no sobrepasar el límite máximo de rentabilidad, asociando una sanción en el evento de sobrepasar dicho límite**, cual es, que la empresa en cuestión pase a tener regulación de precios.
- En segundo lugar, el artículo 15 de la Ley 18.410, que crea la SEC, dispone en su inciso 2° N° 7, que constituirían infracción grave aquellos hechos, actos u omisiones que: ***“Conlleven alteración de los precios o de las cantidades suministradas, en perjuicio de los usuarios.”***

Las **dos manifestaciones de la supuesta mala fe de Metrogas quedan cubiertas por estas normas sectoriales, las cuales tienen un órgano competente para declararla y le aparejan sanciones específicas.**

- En tercer lugar, en lo que dice relación con las expectativas de los consumidores de adquirir el GN en base a costos que responden a factores de mercado, el artículo 12 transitorio de la Ley N° 20.999, que ya citamos, se refiere expresamente al análisis que efectúa la CNE tendiente a verificar que la gestión de compra de gas entre empresas relacionadas sea económicamente eficiente, **de acuerdo con las condiciones de mercado**, señalando el mecanismo que debe utilizarse para dicho análisis de eficiencia.

Dicha norma legal establece expresamente que **el aprovisionamiento de GN entre empresas relacionadas debe hacerse bajo condiciones de mercado, disponiendo expresamente las medidas que pudiesen aplicarse en caso de que así no lo fuese.**

Es decir, la normativa sectorial especial se asegura de que las compras de GN que hacen las empresas distribuidoras para distribuir a sus clientes se hagan bajo condiciones de mercado, siendo la CNE la única encargada de revisar aquello, lo que determina que este Tribunal es incompetente para conocer la demanda de CONADECUS.

¿Cómo podría este Tribunal determinar que la contratación entre Metrogas y Agesa no corresponde a condiciones de mercado? Claramente **la única autoridad que cuenta con competencias técnicas y la información necesaria para ello es la CNE**, y por ello el legislador le otorgó la competencia específica para conocer de esta materia.

(iv) Respecto de la supuesta infracción del derecho del consumidor a contar con una información veraz y oportuna y publicidad engañosa.

La Ley N° 18.410 establece lo siguiente en su artículo 15 inciso 1° N° 2:

“Las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales.

Para los efectos de la aplicación de las sanciones a que se refiere el inciso anterior, las infracciones administrativas se clasifican en gravísimas, graves y leves.

Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente:

*2) **Hayan entregado información falseada o bien, hayan omitido información, que pueda afectar el normal funcionamiento del mercado o los procesos de regulación de precios**, en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia, la Comisión Nacional de Energía, el Ministerio de Energía o el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional para exigirla.”²³*

Conforme a esta norma, incurriría en los presupuestos de esta figura aquella empresa distribuidora de gas por red que entrega información no veraz, o haya omitido información relevante que pueda afectar el normal funcionamiento del mercado o los procesos de regulación de precios. **Justamente lo que erróneamente denuncia CONADECUS en la especie.**

Por lo demás, varias reglas contenidas en el Reglamento de Servicio de Gas de Red **establecen deberes de información que deben cumplir las empresas distribuidoras**

²³ Énfasis agregado.

de gas por red, tanto respecto de la autoridad, como del mercado y los consumidores, las que han sido cumplidas cabalmente por Metrogas.

Al margen de que en la especie no ha existido publicidad alguna por parte de Metrogas hacia los consumidores respecto de la división efectuada el año 2016 y posterior contratación con Agesa, lo cierto es que **cualquier supuesto de publicidad engañosa también se enmarca en las normas recién señaladas, las que son fiscalizadas por la SEC y no por este Tribunal.**

(v) Respecto de los supuestos cobros indebidos alegados por CONADECUS.

Luego, CONADECUS reclama que la conducta de Metrogas y Agesa constituye un cobro indebido a los consumidores, señalando que *“la LPC consagra expresamente la procedencia de la acción restitutoria para el reintegro de aquello que los consumidores han pagado en exceso o cobros indebidos, proscribiendo por tanto el enriquecimiento injustificado del proveedor.”*²⁴

Pues bien, para hacernos cargo de las afirmaciones de CONADECUS, valga reiterar las siguientes circunstancias:

- Las empresas de distribución de gas por red tienen libertad para fijar las tarifas que cobran a sus clientes, de conformidad a lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Servicios del Gas.
- La única limitación a este respecto es el límite máximo de rentabilidad establecido en el artículo 30 bis de la Ley de Servicios del Gas, cuya extralimitación trae como resultado la fijación de precios a la empresa correspondiente.
- En el chequeo de rentabilidad que efectúa la CNE, ésta puede determinar la existencia de cualquier acto que tenga como una finalidad abultar los costos para así impedir que se sobrepase el límite de rentabilidad.

Por ende, **la única hipótesis en que una empresa distribuidora de gas por red puede incurrir en cobros excesivos es aquella en que, sobrepasando el límite de rentabilidad, sus precios todavía no hayan sido fijados por la autoridad competente, a saber, la CNE, incluso en el caso que se detecte un actuar cuya única finalidad sea abultar costos.** Es decir, solamente habrá un cobro indebido cuando se sobrepase el límite de rentabilidad, que no es el caso de autos.

²⁴ Demanda CONADECUS, p. 69.

Sin embargo, la propia Ley de Servicios del Gas establece una sanción para estos casos en el artículo 31 bis, obligando a la empresa distribuidora a restituir, por diferentes vías, todo lo cobrado en exceso a sus clientes:

*“Artículo 31 bis. Todos los clientes de aquella empresa concesionaria que haya excedido la tasa de rentabilidad económica máxima, en conformidad a lo señalado en los artículos anteriores, **tendrán derecho a recibir la devolución del monto correspondiente al exceso de rentabilidad obtenido, el cual será calculado por la Comisión en el informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter**, y se distribuirá entre sus clientes en proporción al volumen de gas facturado durante el último año calendario.*

*Las devoluciones a que se refiere este artículo se efectuarán, a elección del cliente, **mediante reembolso en dinero efectivo o descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento de la respectiva empresa concesionaria**, reajustadas según la variación que haya tenido el Índice de Precios al Consumidor en los meses respectivos, más los intereses corrientes.*

*El monto de la devolución para los clientes será establecido por la Comisión mediante resolución, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, **correspondiéndole a la Superintendencia instruir las normas para dicha devolución.**”²⁵*

Este proceso se encuentra a cargo de la CNE, por lo que este Tribunal es completamente incompetente para acceder a lo solicitado por CONADECUS en su demanda.

- (vi) Respecto de la supuesta infracción del derecho de los consumidores a ser reparados adecuada y oportunamente de todos los daños causados.

El artículo 31 bis de la Ley de Servicios del Gas (transcrito *supra*) establece expresamente mecanismos que **aseguran una indemnización adecuada y oportuna de todos los daños a los consumidores que se vean afectados por una empresa distribuidora que eventualmente sobrepase el límite de rentabilidad**, disponiendo los mecanismos aplicables en dicho escenario.

El punto está en que dichos procedimientos y mecanismos legales no han sido aplicados porque **Metrogas jamás ha sobrepasado dicho límite, cuestión que año a año ha sido confirmada por la CNE**, cumpliendo siempre con lo dispuesto en la normativa sectorial.

1.2. Los organismos llamados a conocer de los reclamos que hace CONADECUS son la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y la Comisión Nacional de Energía.

En virtud de las normas transcritas *supra* ha quedado claro que las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa sectorial, de imponer sanciones a las empresas distribuidoras de gas y eventualmente de disponer las indemnizaciones a los consumidores

²⁵ Énfasis agregado.

son la **Superintendencia de Electricidad y Combustibles** y la **Comisión Nacional de Energía**.

Por ello, habida consideración que las normas legales aplicables establecen los **órganos competentes en la materia encargados de velar por el cumplimiento de la normativa sectorial** es improcedente que CONADECUS pretenda sortear la competencia de tales instituciones y presentar esta acción de interés colectivo y/o difuso.

En la especie, CONADECUS pretende que se obligue a Metrogas a pagar millonarias multas y, además, pagar enormes sumas por concepto de indemnización de perjuicios, sin que previamente se cumpla con aquello que expresamente ha establecido el legislador, en orden a la necesaria existencia de infracciones a las normas aplicables. La actora pretende alterar el régimen jurídico aplicable a una empresa que presta un servicio público y que en dicha condición es sujeto de derechos y deberes.

Por lo mismo, no puede validarse la alteración intempestiva del estatuto especial de derechos y deberes que rige a una empresa que presta un servicio público de régimen concesional, es decir, una empresa que, conforme al artículo 2 N° 24 de la Ley de Servicios de Gas, “goza” de una o más concesiones para prestar el servicio público de distribución de gas de red.

En estas circunstancias, **US. es incompetente para conocer de la demanda presentada por CONADECUS en autos**, recayendo tal competencia en la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y en la Comisión Nacional de Energía, según sea el caso.

1.3. La normativa sectorial establece los procedimientos para proteger el interés colectivo y/o difuso de los consumidores y velar por su adecuada reparación.

En lo que interesa a este juicio y en relación con lo señalado precedentemente, debemos **analizar si la normativa sectorial contempla mecanismos o procedimientos para resguardar el interés colectivo y/o difuso de los consumidores** –al margen que, como veremos más adelante, no existe afectación a ninguno de estos intereses–. Ello, porque, de conformidad con el artículo 2 bis letra b) de la LPDC, este Tribunal únicamente podría ser competente en el caso que la normativa especial no dispusiera de tales procedimientos.

Sobre este particular vemos que al parecer la actora soslayó que el artículo 31 bis de la LSG establece expresamente un procedimiento indemnizatorio que protege el interés colectivo y/o difuso de los consumidores, norma que volvemos a transcribir para mayor claridad de este Tribunal:

*“Artículo 31 bis. **Todos los clientes** de aquella empresa concesionaria que haya excedido la tasa de rentabilidad económica máxima, en conformidad a lo señalado en los artículos anteriores, **tendrán derecho a recibir la devolución del monto correspondiente al exceso de rentabilidad obtenido, el cual será calculado por la Comisión en el informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, y se distribuirá entre sus clientes en proporción al volumen de gas facturado durante el último año calendario.***

*Las devoluciones a que se refiere este artículo se efectuarán, a elección del cliente, **mediante reembolso en dinero efectivo o descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento de la respectiva empresa concesionaria**, reajustadas según la variación que haya tenido el Índice de Precios al Consumidor en los meses respectivos, más los intereses corrientes.*

*El monto de la devolución para los clientes será establecido por la Comisión mediante resolución, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, **correspondiéndole a la Superintendencia instruir las normas para dicha devolución.**”²⁶*

Es decir, el legislador sectorial contempla de manera clara y expresa un procedimiento para reparar a todos los clientes en caso de que se haya sobrepasado el límite de rentabilidad, que es, en parte, aquello que en el fondo reprocha CONADECUS en estos autos, toda vez que, si no se excede dicho límite, hay libertad tarifaria. Este procedimiento, conforme señala la norma transcrita, es de competencia de la CNE y de la SEC.

Y muy probablemente la contraria intentará sostener que este mecanismo para obtener la devolución del monto pagado en exceso no constituye un mecanismo indemnizatorio de carácter colectivo y/o difuso, por limitarse únicamente a los montos pagados por los consumidores.

Pero esta posible argumentación debe ser rechazada, por dos motivos:

- En primer lugar, porque los daños demandados por CONADECUS dicen relación justamente con el supuesto sobreprecio que habría sido cobrado a los consumidores, **cuestión que queda cubierta expresamente por lo que dispone el artículo 31 bis.**
- En segundo lugar, porque el legislador justamente determinó que **este es el único tipo de daño indemnizable en el supuesto que se sobrepase el límite máximo de rentabilidad.** Al respecto, el profesor Íñigo de la Maza ha señalado:

*“Lo que puede criticarse a esta sentencia, y a otras semejantes, es lo siguiente: **la regulación especial disciplina y limita el monto de la indemnización de perjuicios, determinando que, a este respecto, esta norma prefiera a la LPC.** Ahora bien, es cierto que no se refiere al daño moral, pero, muy probablemente **no lo hace porque la técnica legislativa consiste en***

²⁶ Énfasis agregado.

identificar el único tipo de daño por el que se responde, entendiéndose los demás excluidos.”²⁷

Es decir, en este caso el legislador identificó como único tipo de daño indemnizable lo pagado en exceso por los consumidores, excluyendo cualquier otro tipo de daño, como lo es el daño moral.

Así como esta norma prefiere en aplicación a la LPDC, la ley sectorial contempla el procedimiento por medio del cual los clientes podrían pretender que se les resarzan los potenciales perjuicios.

Este criterio fue ratificado recientemente por nuestro máximo tribunal, el que determinó lo siguiente en el juicio colectivo entre Sernac y la Empresa Eléctrica de Aysén S.A.:

“Dicho de otro modo, en el evento de constatarse que la normativa eléctrica regla la materia debatida y además establece un procedimiento para la compensación de los daños, entonces el estatuto sectorial desplazará -en lo discutido- a la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor. (...)

*Décimo cuarto: Que en virtud de lo reflexionado es posible afirmar que, en el caso concreto que plantea el Servicio Nacional del Consumidor, **la indemnización a los usuarios por indisponibilidad de energía eléctrica no solo se encuentra tratada en la normativa sectorial, sino que también se establece un procedimiento para que los clientes obtengan la compensación.** De manera que, **a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 bis de la Ley 19.946 y el principio de especialidad normativa, la aplicación del estatuto sectorial eléctrico desplaza -en este caso específico- a la ley del consumidor.”²⁸***

A contrario sensu, nuestros tribunales sí han aplicado la LPDC a actividades reguladas por normativa especial, o sectorial, pero en los casos donde no existen en dichas normativas especiales procedimientos para otorgar indemnizaciones íntegras a los consumidores.

Como señala el profesor Rodrigo Momberg:

“Los argumentos utilizados por los tribunales para admitir la aplicación de la LPC a los casos de actividades regidas por legislación especial se reducen esencialmente a que en la mayoría de los casos dicha legislación no contempla normas que concedan al consumidor la indemnización íntegra de los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta del proveedor, sino tan sólo sanciones administrativas o pecuniarias para este último.”²⁹

Por tanto, es inaplicable en autos la LPDC, ya sea en aquellas cuestiones de fondo (letra a) del artículo 2 bis) o en cuanto a lo procedimental para proteger el interés colectivo de los consumidores (letra b) del artículo 2 bis).

²⁷ De la Maza Gazmuri, Íñigo (2020). “Lex Especialis: sobre el artículo 2° bis de la Ley 19.496” en Revista de Derecho N° 247, p. 106. Énfasis agregado.

²⁸ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 24 de febrero de 2022 en el Ingreso a Corte N° 2.889-2020. Considerandos duodécimo y décimo quinto. Énfasis agregado. Este mismo razonamiento fue aplicado por la Excma. Corte Suprema con fecha 24 de febrero de 2022 en el Ingreso a Corte N° 2.890-2020, respecto a la acción interpuesta por Sernac contra Empresa Eléctrica de La Frontera S.A.

²⁹ MOMBERG, Rodrigo. “Artículo 2° bis”. En: “La protección de los Derechos de los Consumidores”, coordinado por DE LA MAZA, Íñigo; PIZARRO, Carlos, Ed.: Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 80.

Esta realidad normativa ha sido establecida precisamente para proteger a aquellos consumidores que puedan eventualmente haber sido afectados, pero ello no habilita a CONADECUS para sobrepasar u obviar los mecanismos y presupuestos determinados por el legislador para ello.

Conforme a lo analizado, este Tribunal es incompetente para conocer la demanda de autos porque:

- (i) Todas las conductas objeto de reproche en la demanda de autos se encuentran cubiertas por la normativa sectorial especial, la que, de conformidad a lo establecido en el artículo 2 bis de la LPDC, debe aplicar con preferencia;
- (ii) La normativa sectorial señala cuáles son los organismos llamados a resolver este tipo de controversias entre las empresas distribuidoras de gas por red y sus clientes; y
- (iii) La normativa sectorial dispone un procedimiento para tutelar el interés colectivo y/o difuso de los consumidores o usuarios y la forma en que éstos deben ser reparados.

2. SEGUNDA EXCEPCIÓN O DEFENSA: CONADECUS carece de legitimidad activa para demandar en autos – No existe un interés colectivo y/o difuso afectado y, en cualquier caso, no todos quienes dice representar ostentan la calidad de consumidores.

En segundo término, la demanda de CONADECUS deberá ser rechazada porque la actora no cuenta con la legitimidad activa para demandar en esta sede, ya sea en términos generales, o bien porque no posee la representación de todos quienes dice representar.

Respecto de la legitimidad procesal, nuestra Excma. Corte Suprema ha señalado

“Que, establecido lo anterior, surge la interrogante propuesta por las recurrentes sobre la legitimidad del demandante para deducir la acción de nulidad relativa en los términos y bajo los fundamentos que han planteado los litigantes.

A este respecto conviene precisar que ‘la legitimación se vincula con la titularidad de la situación controvertida en un juicio y es un presupuesto de fondo de procedencia de la acción; es decir una exigencia cuya falta determina ineludiblemente que no se pueda conceder la petición de tutela judicial solicitada en el proceso. Si no concurre la legitimación –activa y pasiva– faltaría un

elemento básico para acceder a la tutela judicial' (Romero Seguel, Alejandro: 'Curso de Derecho Procesal Civil.' Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 2014. Tomo I, pág. 101).

Así, la atribución subjetiva de los derechos y obligaciones deducidos en juicio es un supuesto de fondo que afecta el ejercicio de la acción y que, por lo tanto, debe ser objeto de análisis al momento de pronunciar la decisión. Constituye, entonces, deber del tribunal determinar si concurre la legitimación para impetrar la acción civil o pretensión ejercida en la demanda."³⁰

Pues bien, **justamente este presupuesto procesal de fondo no concurre en la especie**, puesto que CONADECUS carece de legitimidad activa, ya sea total o, a lo menos, parcialmente, para deducir la demanda de autos.

2.1. Falta de legitimidad activa total – En la especie no se ha afectado ningún interés colectivo y/o difuso, por lo que CONADECUS no cuenta con legitimidad activa en autos

El artículo 51 de la LPDC, que establece la legitimidad de organizaciones de consumidores como CONADECUS para presentar acciones para la protección del interés colectivo o difuso, establece en su encabezado: *"El procedimiento señalado en este párrafo se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. En este procedimiento especial la prueba se apreciará de acuerdo a las reglas de la sana crítica y se sujetará a las siguientes normas..."*³¹

Como se desprende de la norma transcrita, una asociación de consumidores solamente se verá facultada para presentar una acción para la protección del interés colectivo y/o difuso de los consumidores –como la de autos– cuando exista realmente una afectación a tales intereses. De lo contrario, carecerá de legitimidad activa en los términos de la LPDC.

En la especie, CONADECUS no cuenta con legitimidad activa, porque no se ha afectado ningún interés de los consumidores, ni de carácter colectivo ni difuso.

Ello, por cuanto, como explicaremos, **no existe el supuesto fraude civil o defraudación que reclama la demandante y, además, porque no son efectivas las infracciones a la LPDC que se denuncian en la demanda.**

Incluso más, **Metrogas no ha infringido norma sectorial alguna**. Siempre ha cumplido con las obligaciones y exigencias que le imponen la Ley de Servicios del Gas y su Reglamento y la Ley N° 18.410.

³⁰ Sentencia de la E. Corte Suprema de fecha 24 de julio de 2018 en Ingreso Corte N° 38.893-2017. Énfasis agregado.

³¹ Énfasis agregado.

En la especie se produce todo lo contrario a una afectación de algún interés colectivo o difuso de los consumidores, toda vez que la operación de Metrogas ha significado importantes beneficios para los consumidores, **ya que sus clientes están entre quienes menos pagan por el servicio de distribución de gas por red en el país.**

Así, al no existir una afectación de un interés colectivo o difuso en la especie, no se cumple con el presupuesto que le otorga legitimidad activa a CONADECUS para demandar en autos, por lo que su demanda debe ser rechazada.

Esta falta de legitimación activa total se confirma, a su vez, al verificar que no habiendo Metrogas infringido la ley sectorial que la regula, el SERNAC o una asociación de consumidores (como CONADECUS) NO pueden iniciar un juicio colectivo en el que busquen una indemnización a los consumidores, ya que para ello se requiere como presupuesto esencial, que **se hubiere producido una infracción de la normativa sectorial que haya ocasionado daño a los consumidores.**

Finalmente, debemos hacer presente que esta falta de legitimación activa se hace aún más patente en el caso de los consumidores “materiales” a los que dice representar CONADECUS en su demanda.

En varios pasajes del libelo, CONADECUS asegura que no solamente los consumidores jurídicos –aquellos que contratan con Metrogas el servicio de distribución de gas por red y, por ende, pagan la tarifa correspondiente– se han visto afectados, sino que también los denominados consumidores “materiales”, es decir, aquellos que no se encuentran vinculados con el proveedor a través de un acto jurídico oneroso, pero utilizan como destinatarios finales el bien o servicio ofrecido.

US., si lo denunciado por CONADECUS es un supuesto “fraude civil” o una “triangulación fraudulenta” para incrementar los precios del GN que es suministrado a los clientes de Metrogas –junto con mayores ganancias para nuestra representada–, **sencillamente no se entiende cómo un consumidor que no paga la tarifa cobrada por Metrogas vería afectados sus intereses con lo denunciado.**

En este caso, pese a que lo imputado por CONADECUS no es efectivo, en el hipotético caso que lo fuese, los únicos consumidores que podrían verse afectados por el actuar de nuestra representada serían los consumidores jurídicos, es decir, aquellos que contratan el servicio de Metrogas y pagan la tarifa correspondiente. Ningún otro.

2.2. En subsidio, falta de legitimidad activa parcial – No todos los clientes de Metrogas son consumidores que puedan ser válidamente representados por CONADECUS.

En subsidio de la excepción de falta de legitimación total, oponemos la excepción de falta de legitimidad parcial en función de lo que se expresa a continuación.

CONADECUS se arroga en su demanda la representación del interés de todos los clientes de Metrogas, los que alcanzarían la suma aproximada de 785.000. Así se lee de la demanda:

*“Esta demanda se ejerce en representación de todos los consumidores de gas natural de METROGAS, en las regiones Metropolitana y VI de O’Higgins, a saber, **cerca de 785.000 personas naturales (y sus respectivas familias) y jurídicas.**”³²*

“Actualmente METROGAS abastece de gas natural por redes a un total de 49 comunas de las regiones Metropolitana y de O’Higgins. Según su Memoria Anual 2020, METROGAS cuenta con 785 mil clientes.”³³

Luego, para el cálculo de las multas que se tendrían que imponer a nuestra representada, CONADECUS señala que se debe considerar *“El número de consumidores afectados (METROGAS tiene cerca de 785.00 clientes).”³⁴*

Es decir, **CONADECUS considera que tiene la representación de todos los clientes de Metrogas**, todos los cuales serían consumidores y, por tanto, se encontraría facultada para representarlos en estos autos.

Sin embargo, la contraria parece ignorar –o convenientemente soslaya– que Metrogas distribuye GN a diferentes segmentos, de los cuales solamente uno está compuesto por consumidores en los términos de la LPDC. Así, Metrogas abastece a los segmentos residencial, comercial e industrial.

¿CONADECUS pretenderá que los clientes de todos estos segmentos son consumidores y que, por tanto, se encuentra legitimada activamente para representarlos?

Evidentemente no.

Los clientes de Metrogas que se encuentran en los segmentos comercial e industrial no se encuentran comprendidos en la definición de consumidor del artículo 1° N° 1

³² Demanda de CONADECUS, p. 3. Énfasis agregado.

³³ Demanda de CONADECUS, p. 7.

³⁴ Demanda de CONADECUS, p. 75.

de la LPDC, que los define como “*las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores.*”³⁵ Incluso más, Metrogas distribuye a buena parte del sector industrial de la Región Metropolitana.

Los clientes de Metrogas que se encuentran en los segmentos comercial e industrial no se pueden considerar consumidores, ya que:

- (i) **No son los destinatarios finales** que adquieren, utilizan o disfrutan del gas natural (“GN”) suministrado por Metrogas, sino que lo adquieren para incorporarlo a su proceso productivo.
- (ii) De conformidad al artículo 1 N° 2 de la LPDC, **dichos clientes son considerados proveedores**, por lo que no se les puede tener por consumidores, ya que la definición de consumidor del N° 1 del mismo artículo es enfática al señalar que en ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo con la LPDC deban entenderse como proveedores.

En consecuencia, dado que estos clientes de nuestra representada no pueden ser considerados consumidores conforme a la LPDC, **CONADECUS no puede representar sus intereses en el marco de este procedimiento para la defensa del interés colectivo y/o difuso.**

En efecto, el párrafo 2° del Título II de la LPDC se refiere a las organizaciones para la defensa de los consumidores, y el artículo 8 señala las actividades que pueden realizar. A este respecto, es importante la letra e) de dicho artículo; a saber:

“Las organizaciones a que se refiere el presente párrafo podrán realizar las siguientes actividades:

*e) Representar tanto el interés individual, como el interés colectivo y difuso **de los consumidores** ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan.”*³⁶

Es decir, el único interés que CONADECUS podría hipotéticamente representar en estos autos es el de los consumidores propiamente tales, y no el de todos los clientes de Metrogas, como lo ha pretendido CONADECUS, razón por la que **carece, a lo menos parcialmente, de legitimidad activa para iniciar el presente procedimiento.**

³⁵ Énfasis agregado.

³⁶ Énfasis agregado.

3. TERCERA EXCEPCIÓN O DEFENSA: La demanda es improcedente, porque Metrogas no ha incumplido la normativa sectorial que la regula. De hecho, CONADECUS no lo alega en estos autos.

3.1. Metrogas ha cumplido cabalmente la normativa sectorial – La FNE, la CNE e incluso la propia CONADECUS dan cuenta de aquello.

Sobre este particular, cabe señalar que **la FNE no constata ni menos denuncia que Metrogas haya infringido la normativa sectorial**, muy por el contrario, reconoce su cumplimiento, y a partir de ello solicita una modificación legal.

Tal es así, que su recomendación, luego del Estudio de Mercado (con la que estamos en completo desacuerdo), se vinculó con una posible modificación normativa, señalando que *“El problema descrito, afortunadamente, tiene una solución muy sencilla. Consiste en derogar el artículo 33 quinquies de Ley de Servicios de Gas y el artículo 12 transitorio de la Ley Nº20.999, junto con agregar una nueva norma que establezca que el cálculo de rentabilidad de la Ley de Servicios del Gas considere la rentabilidad de todo el grupo económico verticalmente integrado.”*³⁷

Si la FNE hubiere estimado que Metrogas infringió la normativa sectorial vigente, no solicitaría su modificación, sino que, por el contrario, y tal como lo dispone su normativa interna, habría recomendado el inicio de un procedimiento para la investigación del potencial ilícito, lo que no hizo.

Incluso más, con ocasión de la publicación de la versión definitiva del Informe FNE, este organismo señaló en respuesta a los comentarios de esta parte que: **“La FNE no ha señalado que la división entre Metrogas y Agesa sea una simulación (o no lo sea).”**³⁸

En lo que se refiere a Conadecus, ésta **confesó expresa y espontáneamente que no denuncia la infracción de ninguna norma sectorial aplicable a Metrogas**. Por ejemplo, en la propia demanda señala: *“Cabe precisar, desde ya, que, si bien entendemos que METROGAS también podría estar burlando el límite legal de rentabilidad por medio de una estructura de integración con su relacionada AGESA, tal como se desprende del Informe de la FNE, esta demanda no tiene por objeto discutir si la rentabilidad de METROGAS ha sido o no mal calculada, ni tampoco*

³⁷ Página 214 del Informe Final. Énfasis agregado

³⁸ https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/12/3.-Respuestas-FNE_Comentarios-EM06_publicado.pdf, p. 20. Énfasis agregado.

si METROGAS ha incurrido o no en infracciones a las normas sectoriales, todas cuestiones absolutamente ajenas al interés que aquí se busca proteger.”³⁹

A confesión de parte, relevo de prueba.

Por lo demás, y como hemos señalado, el organismo competente, **la CNE, ha validado reiteradamente el actuar de Metrogas**, ya que, por ejemplo, mediante Resolución Exenta N° 411 de fecha 11 de agosto de 2017, resolvió que el Contrato celebrado entre Metrogas y Agesa era eficiente y, por tanto, lo validó de conformidad al artículo 12 transitorio de la Ley N° 20.999.

Año tras año la CNE ha efectuado el chequeo anual de rentabilidad de Metrogas, verificando que esta se encuentra dentro de los límites permitidos por la regulación para permanecer en libertad tarifaria. Ello consta en las **siguientes resoluciones exentas de la CNE:**

- Resolución Exenta N° 776, de fecha 29 de diciembre de 2017.
- Resolución Exenta N° 689, de fecha 22 de octubre de 2018.
- Resolución Exenta N° 33, de fecha 30 de enero de 2020.
- Resolución Exenta N° 453, de fecha 30 de noviembre de 2020.
- Resolución Exenta N° 454, de fecha 4 de noviembre de 2021.
- Resolución Exenta N° 631, de fecha 12 de agosto de 2022.

3.2. Metrogas tiene libertad tarifaria, porque siempre se ha mantenido dentro del margen de rentabilidad establecido en la Ley.

Pese a todos los eufemismos y alegaciones utilizadas para negarlo, lo que realmente se reprocha en la demanda de autos es que Metrogas habría cobrado a los consumidores un precio artificialmente mayor al que, según la demandante, correspondería. Tanto es así que en varios pasajes señala que los precios a los que nuestra representada adquiriría el GN no serían de mercado.

Sin embargo, bien cabría preguntarse, ¿Qué precio debe cobrar Metrogas a sus clientes por el servicio de distribución de gas por red que provee?

A este respecto, el artículo 30 de la Ley de Servicios del Gas establece expresamente que **Metrogas, y toda empresa distribuidora de gas por red, tiene libertad tarifaria**, en los siguientes términos:

³⁹ Demanda de CONADECUS, p. 5. Énfasis agregado.

“Toda empresa de gas podrá determinar libremente el precio del servicio de transporte o servicio de gas que realice a clientes o consumidores, o entre sí, y los precios de los servicios afines que correspondan. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del servicio público de distribución de gas, el régimen tarifario que determine la respectiva empresa concesionaria estará sujeto al límite máximo de rentabilidad señalado en el artículo 30 bis.”⁴⁰

Esta libertad tarifaria deja de ser aplicable, únicamente en caso de que la CNE determine que se ha sobrepasado el límite máximo de rentabilidad a que hace referencia el artículo 30 bis de la Ley de Servicios del Gas, lo que no ha ocurrido.

En tal caso, se inicia un proceso de determinación de tarifas, en virtud del cual la CNE fijará la tarifa de la empresa distribuidora. Así lo establece el artículo 31 de la Ley de Servicios del Gas:

“En caso que, de conformidad a los resultados del informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, la rentabilidad económica promedio de los últimos tres años de una empresa concesionaria en una determinada zona de concesión exceda la tasa máxima señalada en el artículo anterior, la Comisión deberá dar inicio, en el plazo señalado en el artículo 40-K, al proceso de fijación de tarifas del servicio de gas y servicios afines aplicables a los consumidores o clientes de dicha empresa en una determinada zona de concesión, señalados en el artículo 39.”

Este régimen de libertad tarifaria, junto al hecho irrefutable de que no se ha superado el límite de rentabilidad establecido en la Ley, determina la completa improcedencia de la demanda de CONADECUS.

Hacemos presente que conforme lo indica de manera preliminar la CNE en su Resolución 631, de agosto de 2022, la rentabilidad de Metrogas en la Región Metropolitana el año 2021 sería de un 7,85%, en la Región de O’Higgins sería de un -4,74% y en la Región de Los Lagos de un -30,04%. Es decir, en estas dos últimas regiones estamos ante rentabilidad negativa.

Si la contraria entiende que Metrogas ha cobrado a los consumidores un precio superior a aquel que a su entender corresponde, **habrá de tener claridad acerca de cuál es aquel precio que eventualmente correspondería, lo que no señala en su demanda.** A partir de ello, necesariamente debe entenderse que, no habiéndose superado el límite de rentabilidad y en régimen de libertad tarifaria, no existe aquel sobreprecio.

Y, es más, si existiese sobreprecio, por superarse el límite, cuestión que CONADECUS no alega –es más, rehúye de ella expresamente–, habría tenido que señalar las razones de porqué ello sería así y luego plantear que se tendría que aplicar la sanción establecida en el artículo 31 de la Ley de Servicios del Gas.

⁴⁰ Énfasis agregado.

Pero, como ello no es así, y como la CNE ha validado el actuar de Metrogas y ha verificado en cada chequeo de rentabilidad anual que está por debajo de límite máximo de rentabilidad, **nuestra representada puede establecer libremente sus precios, y por tanto mal podría ser sancionada por cobrar una determinada tarifa a sus consumidores.** Es más, en el **Informe Final de la FNE**, dicho organismo reconoce esta circunstancia, al señalar que *“La CNE ha validado el contrato entre Agesa y Metrogas como eficiente de acuerdo al estándar contenido en la ley.”*⁴¹

En estas circunstancias, **es improcedente que se pretenda judicialmente determinar el precio que eventualmente correspondería**, ya que **no es el órgano competente para ello y porque no concurren los presupuestos para que se produzca tal fijación de tarifas.**

3.3. No existiendo infracción de Metrogas a la normativa sectorial, CONADECUS no está habilitado para iniciar este proceso colectivo indemnizatorio.

Como ya hemos señalado en esta presentación, de conformidad al artículo 2 bis de la LDPC, **la Ley del Consumidor no es aplicable a aquellas actividades que se regulan por leyes especiales**, como es el caso de la actividad que desarrolla Metrogas, que se encuentra regulada por las normas legales ya singularizadas en esta presentación.

Sin embargo, podría ser aplicable en virtud de la contraexcepción establecida en la letra b) del artículo 2 bis –lo que negamos conforme se ha señalado anteriormente–, **el que claramente establece que su aplicación se limita únicamente “en lo relativo al procedimiento”**, para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Pero, reiteramos, **solamente en lo relativo al procedimiento.**

Siendo este el caso, ante la presencia de una ley especial, el SERNAC o una asociación de consumidores (como CONADECUS) pueden iniciar un juicio para la defensa del interés colectivo y/o difuso en el que busquen una indemnización a los consumidores, **pero siempre que se haya producido una infracción de la normativa sectorial que haya ocasionado daño a los consumidores.**

Conforme a la jurisprudencia revisada por el profesor Rodrigo Momberg Uribe, este es el entendimiento que se le ha dado a la norma por nuestros Tribunales de Justicia:

*“Así, en el ya mencionado fallo de la CA de Valparaíso sobre la aplicación de la LPC a los servicios de transporte público, dicha Corte estableció **la aplicación subsidiaria de la LPC en cuanto ley adjetiva**,*

⁴¹ Página 185 del Informe Final.

aun cuando en juicio de la Corte las normas sustantivas de la misma no resultaban aplicables por la existencia de normativa especial que regulaba la materia. En el mismo sentido se resolvió posteriormente por la CA de Santiago en un caso sobre la aplicabilidad de la LPC a un contrato de transporte aéreo. En dicho fallo, la CA señaló que sin perjuicio que el Código Aeronáutico constituye un cuerpo normativo especial que regula el contrato de transporte aéreo y la responsabilidad del transportador ‘al no contemplarse mecanismos especiales de procedimiento para hacer efectivas las normas de responsabilidad contenidas en dicho cuerpo legal, resulta procedente la aplicación del procedimiento contemplado en la Ley N° 19.496, para perseguir la responsabilidad del transportador, sin perjuicio que, en ese caso, el juez de Policía Local deba resolver el asunto conforme a las normas sustantivas o de fondo contempladas en el Código Aeronáutico’.”⁴²

Así lo ha señalado también nuestra Excma. Corte Suprema al resolver: “Que como se aprecia, el artículo 2° bis excluye de la aplicación de las normas de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, entre otras materias, aquellas referidas a la prestación de servicios regulada por leyes especiales, salvo en lo relativo al procedimiento en las causas donde esté comprometido el interés colectivo o difuso”⁴³

El profesor Íñigo de la Maza Gazmuri se pronuncia en el mismo sentido, al señalar: “aún si la materia fue tratada por una normativa específica, es posible que se apliquen las normas procedimentales de la LPC si es que la ley especial no disciplina el aspecto procesal de la indemnización de perjuicios, ya sea tratándose de acciones de interés individual o de interés colectivo o difuso. **Pero en estos casos, la aplicación de la LPC se limita a la cuestión procedimental; así al menos lo han entendido los tribunales.**”⁴⁴

Tanto es así que la propia LPDC establece el deber de los organismos sectoriales de comunicarle formalmente a SERNAC la eventual existencia de resoluciones sancionatorias, precisamente haciendo aplicación a las reglas del ámbito de aplicación de la propia LPDC y para permitir –si fuera el caso– que el SERNAC intentara el procedimiento judicial respectivo para procurar las compensaciones, indemnización o restituciones a que hubiere lugar. Demás está decir, que tal comunicación tampoco ha ocurrido en la especie.

Así, el artículo 58 bis inciso 2° de la LPDC establece que: “Asimismo, los organismos fiscalizadores sectoriales que tengan facultades sancionatorias respecto de sectores regulados por leyes especiales, según lo dispuesto en el artículo 2 bis de esta ley, deberán remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia de las resoluciones que impongan sanciones”.

⁴² Momberg Uribe, Rodrigo (2013). “Artículo 2° bis”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago, Legal Publishing, p. 82. Énfasis agregado.

⁴³ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 28 de octubre de 2013 en el Ingreso a Corte N° 3.978-2013. Énfasis agregado.

⁴⁴ De la Maza Gazmuri, Íñigo (2020). “Lex Especialis: sobre el artículo 2° bis de la Ley 19.496” en *Revista de Derecho* N° 247, p. 111. Énfasis agregado.

Por tanto, en este procedimiento **US. debe resolver la controversia con base a las normas que se encuentran contenidas en la Ley de Servicios del Gas (modificada por la Ley N° 20.999), el Reglamento de Servicio de Gas de Red y la Ley N° 18.410, que son aquellas que rigen la actividad de Metrogas.**

Sin embargo, como ya señalamos, **CONADECUS no denuncia la infracción de ninguna norma sectorial aplicable a Metrogas**, sino que se limita a señalar en su demanda que existiría un contrato simulado, y luego solamente alega infracciones a normas de la LPDC, sin ninguna referencia a las normas que regulan la actividad de Metrogas.

Y lo anterior se torna aún más grave cuando verificamos que todo aquello que CONADECUS denuncia como infracción se encuentra regulado expresamente en la normativa sectorial, tal como lo vimos respecto de la excepción de incompetencia. Entonces, ¿por qué la contraria no las cita para su demanda?

Por una sencilla razón, cual es que **todos los organismos sectoriales, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la Comisión Nacional de Energía, e incluso la propia FNE, reconocen explícita e implícitamente que Metrogas no ha incurrido en incumplimiento normativo alguno.**

Así, al haber cumplido nuestra representada con todas las normas que le son aplicables en razón de la actividad especial que desarrolla, la demanda deducida por CONADECUS debe ser rechazada por improcedente.

4. CUARTA EXCEPCIÓN O DEFENSA: No existe el “fraude civil” o la “triangulación fraudulenta” denunciada por CONADECUS.

CONADECUS plantea en su demanda que la división de Metrogas, la constitución de Agesa y la posterior contratación entre ambas sería un “fraude civil” o una “triangulación fraudulenta”, llevado a cabo con la única intención de cobrar mayores precios a los consumidores y, con ello, aumentar sus ganancias. Así, sostiene:

“Como se dijo, en esencia, el ilícito infraccional contra la protección de consumidores consiste en una maquinación para aumentar artificialmente los costos que traspasan a sus clientes, mediante una triangulación fraudulenta que envuelve varios actos y contratos, en particular, la división de la sociedad para la creación de la persona jurídica instrumental AGESA y contratos simulados para materializar esa triangulación de costos.”⁴⁵

Como veremos, ninguna de las alegaciones que plantea CONADECUS al efecto son efectivas y mal pueden configurar una inexistente hipótesis de defraudación o fraude civil.

⁴⁵ Demanda de CONADECUS, p. 56.

Incluso más, como señalamos anteriormente, con ocasión de la publicación de la versión definitiva del Informe FNE, este organismo señaló en respuesta a los comentarios de esta parte que: “**La FNE no ha señalado que la división entre Metrogas y Agesa sea una simulación (o no lo sea)**,”⁴⁶ lo que ha sido reiterado por la autoridad, como acreditaremos.

4.1. Consideraciones previas sobre la idea de fraude civil y los contratos simulados.

Previo a referirnos a las razones por las que no existe el “fraude civil” denunciado por CONADECUS y tampoco existen contratos simulados, es necesario hacer algunas precisiones al respecto.

4.1.1. Respetto del fraude civil

Como señalamos, en la demanda CONADECUS advierte en reiteradas ocasiones que nos encontraríamos ante un “fraude civil” o ante una “triangulación fraudulenta”, sin explicar en qué consisten estos conceptos ni cuáles son los requisitos que se deben satisfacer para que una conducta sea considerada como fraudulenta.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que el fraude civil corresponde a una conducta en virtud de la cual un sujeto, a través de una conducta aparentemente lícita, busca que una determinada norma jurídica que es contraria a sus intereses no le sea aplicable.

Al respecto, nuestra Excma. Corte Suprema señaló:

*“Al respecto, cabe recordar que el fraude civil ha sido conceptualizado ‘como el **actuar con el objeto de eludir la aplicación en su contra de una regla que les desfavorable**’ (Marco Antonio Escobar Martínez. ‘Levantamiento del Velo Corporativo en la Jurisprudencia’. Editorial El Jurista, primera edición año 2017, pág. 64). Del mismo modo el profesor Jorge Ugarte Vial, citando a Ramón Domínguez Águila, señala que el fraude civil ‘**tiene por fin principal eludir la aplicación de una regla desfavorable para quien realiza la conducta fraudulenta**; en otras palabras, en el fraude civil la voluntad de dañar puede o no estar presente, y ello tendrá importancia únicamente para fines indemnizatorios; pero lo verdaderamente definitorio es la maniobra evasiva de una regla que no se quiere cumplir’ (Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 N° 5, página 703-704). En esta materia el principio de la buena fe juega un rol trascendental, el que se contrapone a la mala fe, la que implica oponer deliberadamente tropiezos a la otra parte para impedir o dificultar el ejercicio de sus derechos o satisfacer los intereses por los cuales ha contratado.”*⁴⁷

En otra sentencia, nuestro Máximo Tribunal determinó:

⁴⁶ https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/12/3.-Respuestas-FNE_Comentarios-EM06_publicado.pdf, p. 20. Énfasis agregado.

⁴⁷ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 16 de octubre de 2017 en el Ingreso a Corte N° 18.236-2017. Énfasis agregado.

“(…) el fraude a la ley consiste, en definitiva, en usar la regla jurídica para un fin ilícito o no tolerado por el derecho, como destaca el profesor Ramón Domínguez, en este caso ‘el acto celebrado o ejecutado, si se le mira aisladamente, es inatacable, porque en él no existe vicio alguno (...), ‘se trata de actos permitidos, lícitos en sí, regulados incluso por el derecho positivo’, respecto de los cuales en principio no se observa razón para sancionarlos, pero lo distintivo es que ‘el resultado que busca el autor, no es sólo el previsto por la regla que lo autoriza, él tiene en vista un fin diverso: impedir la aplicación de otra norma, la que resulta así eludida y justamente porque ésta le impone un deber que no quiere observar porque resulta gravoso’ (Artículo ‘Fraus Omnia Corruptit’, Notas sobre el Fraude Civil en el Derecho Civil, Domínguez A., Ramón, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 189, año 1991, pág. 19).”⁴⁸

Así, el rasgo distintivo del fraude civil consiste en evadir la aplicación de una norma jurídica que resulta desfavorable, cuestión que, como veremos, Metrogas jamás hizo, sino que todo lo contrario, **siempre se ha sometido al estricto escrutinio de la CNE, de conformidad a la normativa sectorial aplicable**, como ordenan los artículos 30 bis de la Ley de Servicios del Gas y 15 de la Ley 18.410.

4.1.2. Respecto de la Simulación

Sin dar ninguna justificación, CONADECUS sostiene que Metrogas y Agesa se habrían valido de un contrato supuestamente simulado para abultar artificialmente sus costos y con ello cobrar más a los consumidores a los que nuestra representada distribuye GN.

Sobre el particular nuestra Excma. Corte Suprema ha establecido que *“comúnmente se ha entendido que los **desacuerdos entre voluntad real y declarada** pueden originarse en dos situaciones diversas; sea porque el sujeto que emite su declaración tiene su consentimiento viciado en razón de error, fuerza o dolo; o debido a que tal disconformidad ha sido buscada y querida por el autor del acto o las partes de la convención. En este último caso, cuando estamos frente a un acto bilateral, nos hallamos en el campo de la simulación, la que desde el punto de vista jurídico debe ser entendida como ‘la **declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo**’ (L.C.F., ‘El negocio jurídico’, Editorial Aguilar, Madrid, 1956, pág. 56).”⁴⁹*

Es decir, conforme ha entendido nuestra jurisprudencia, lo que es respaldado por nuestra doctrina, estaremos en presencia de un contrato simulado siempre que los contratantes, conscientes de ello, hayan celebrado un contrato sin la intención de vincularse realmente, ya sea con la intención de ocultar otro contrato verdaderamente existente, o simplemente dar la apariencia de haber celebrado un contrato, sin que exista otra convención disimulada.

⁴⁸ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 3 de marzo de 2020 en el Ingreso a Corte N° 23.194-2018.

⁴⁹ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 21 de marzo de 2016 en el Ingreso a Corte N° 3.329-2015. Énfasis agregado.

Pues bien, como veremos a continuación, la celebración del Contrato entre Metrogas y Agesa **no constituye una simulación**, sino que se trata de un contrato existente, que obedece a circunstancias y justificaciones legítimas, que traspasa grandes riesgos a Agesa, razón por la que ésta recibe una remuneración, al igual que cualquier otra empresa proveedora de GN en el país.

4.2. Circunstancias que demuestran que Metrogas y Agesa no han incurrido en fraude civil y no han celebrado contrato simulado alguno.

4.2.1. La división de Metrogas y posterior contratación con Agesa obedeció a fines legítimos y la autoridad sectorial ha reconocido el Contrato como económicamente eficiente.

Como veremos, es imposible atribuir a Metrogas la ejecución de alguna conducta que pueda ser constitutiva de fraude civil, como tampoco que el Contrato sea simulado, por cuanto aquello reprochado por CONADECUS, a saber, la división de la Compañía y la posterior contratación con Agesa, **respondió a fines legítimos y a las particulares condiciones en las que en aquel entonces Metrogas desarrollaba sus actividades.**

Las diferencias entre las actividades de distribución y aprovisionamiento de GN justifican una separación en la forma como se realizó, conforme a la libertad económica garantizada en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República.

No resulta jurídicamente factible que una demanda colectiva pudiera impedir el ejercicio de garantías reconocidas en la Constitución. La libertad económica constituye la expresión del reconocimiento de la libre iniciativa de toda persona (natural o jurídica) para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes colaborando en la promoción del bien común. Por consiguiente, y tal como lo ha ratificado el Tribunal Constitucional, se trata de un derecho fundamental para las personas, al permitirles desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas.⁵⁰

Por su parte, y respecto del derecho constitucional a la libertad económica y que debe respetar las normas legales que lo regulan, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha aclarado que expresión “regular” no puede jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho.⁵¹

⁵⁰ Sentencia Tribunal Constitucional rol 226, de fecha 30 de octubre de 1995, considerando 41. En el mismo sentido, Sentencia Tribunal Constitucional rol 2870 considerando 24 y Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2871 considerando 24.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional rol 146 de fecha 21 de abril de 1992, considerando 9. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional rol 167 considerandos 12 y 14, y Sentencia del Tribunal Constitucional rol 226 considerando 43.

4.2.1.1. A la fecha Metrogas era la única empresa distribuidora de gas por red que, a su vez, desarrollaba la actividad de aprovisionamiento.

Como ya señalamos, Metrogas se hizo partícipe del Proyecto GNL, para suplir la falta de GN producto de la crisis del gas argentino, incurriendo en importantes inversiones para viabilizar el proyecto.

Producto de dicha incorporación, nuestra representada pasó a ser la **única empresa distribuidora que, además, desarrollaba la actividad de aprovisionamiento de GN a otros agentes del mercado**, como por ejemplo otra distribuidora de GN y generadores eléctricos.

En este segmento de aprovisionamiento de GN también participan, desde aquel entonces y hasta el día de hoy, Enel y Enap, empresas que no son distribuidoras del servicio del gas por red, como sí lo es Metrogas.

¿No se pregunta acaso la demandante por qué no hay ninguna otra empresa distribuidora de GN en Chile que desarrolle además la actividad de aprovisionamiento?

Adicionalmente, la separación de actividades obedeció a las políticas implementadas por el nuevo controlador de la Compañía, el que desde 2014 empezó a separar o desprenderse de áreas de negocio según su naturaleza y su regulación, tal y como ya desarrollamos.

Fue precisamente en el marco de dicho proceso, que **se tomó la determinación de separar la actividad de aprovisionamiento o comercialización de GN, que no se encuentra regulada, de la actividad de distribución, que sí es regulada.**

Por ende, era completamente natural que Metrogas se focalizara en su actividad principal, cual es la distribución de gas natural, y que la actividad de aprovisionamiento fuese desarrollada por otra empresa, aun cuando sea relacionada, lo que no está prohibido por ley, y era técnica y económicamente preferible.

4.2.1.2. La distribución y el aprovisionamiento tienen lógicas y riesgos comerciales diversos – La contratación con Agesa permitió a Metrogas desprenderse de tales riesgos, lo que beneficia a los consumidores finales.

Pese a que Metrogas desarrolló estas actividades de forma simultánea, la verdad es que **difieren enormemente.**

- Como ya se dijo, la distribución de GN es una actividad **regulada** por la Ley de Servicios del Gas y que constituye un servicio público. En efecto, de conformidad al artículo 3° de dicha Ley, las empresas deberán obtener una concesión para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas de red.
- Por su parte, la actividad de aprovisionamiento o comercialización de GN es una actividad que **no se encuentra regulada**. Esta actividad tiene una **lógica y riesgos muy particulares**, los cuales se reflejan en los precios que son pactados por los clientes en los contratos que celebran para la compra del GN.

En estas circunstancias, podemos clasificar estos riesgos de la siguiente forma:

- **Riesgos provenientes del contrato de aprovisionamiento:**

El contrato entre Agesa y su proveedor internacional permite a este último entregar, sin expresión de causa, naves con **un determinado porcentaje menor de lo pactado o hasta un determinado porcentaje mayor de lo comprometido**, generando un déficit o superávit de inventario que debe ser administrado por Agesa para minimizar los efectos económicos negativos que ello genera, por lo que no recibe remuneración adicional.

- **Riesgos del Sistema:**

Dado que los proveedores internacionales de GNL entregan determinada cantidad de naves al año, los cargadores del sistema (Enel, Enap y Agesa) deben funcionar de manera integrada con el objeto de transformar cada nave en un suministro continuo en base diaria de GN.

Esto se traduce en un mecanismo en que permanentemente los cargadores prestan y piden prestado GN entre sí, obteniendo suma 0 al final del año (en inglés "*borrowing and lending*"). Esta operación integrada requiere, además, que los cargadores del sistema dispongan de capacidad para descargar las naves, almacenar el GNL y regasificarlo, lo que ocurre a través de la suscripción de contratos con GNL Chile.

Si bien el funcionamiento de manera integrada es una ventaja desde el punto de vista del suministro continuo, tiene como desventaja que **los cargadores se ven afectados -directa o indirectamente- por el proceder que cada cual siga**.

Teniendo en cuenta que los actuales cargadores -directos e indirectos- pertenecen a **sectores diversos**, generación eléctrica, refinación de crudo y comercialización mayorista,

entre otros, **el comportamiento de cada uno es distinto y afecta a los restantes**. Así, por ejemplo, la generación eléctrica responde al costo marginal del sistema eléctrico y este a su vez a la disponibilidad de agua, sol, viento, carbón, GN, diésel y a la demanda.

- **Riesgos del cliente:**

Los riesgos del cliente dicen relación con las **estipulaciones contractuales acordadas entre la empresa aprovisionadora y el cliente al cual aprovisiona de GN**.

Contrariamente a lo que denuncia livianamente CONADECUS, este Contrato no consistió en un aumento artificial de costos, que permitiera a Metrogas cobrar precios más altos a sus consumidores.

El precio del Contrato se basa en que **Agesa se hizo cargo de riesgos de los que GNL Chile no se responsabilizaba en el contrato que tenía con Metrogas**. En el caso del contrato de Metrogas con GNL Chile, todos los riesgos eran de cargo de nuestra representada.

Es así como las partes incorporaron diferentes cláusulas contractuales que hacen que el riesgo del aprovisionamiento de gas recaiga precisamente en Agesa, a saber:

- En primer lugar, bajo el Contrato, una vez confirmado el volumen solicitado por Metrogas, **Agesa entrega la curva de demanda estacional requerida por Metrogas**, lo que es difícil de obtener en el mercado y que evidentemente haría subir los costos de nuestra representada.

Esta curva corresponde a la **demanda estacional** que tiene una empresa distribuidora como Metrogas, en que la demanda crece fuertemente en los períodos de invierno por las condiciones más extremas de temperatura.

Así, Metrogas pide anualmente a Agesa la curva de demanda para el año siguiente. Luego, la misma Agesa, junto con los otros cargadores del sistema, solicitan al proveedor de GNL, según las reglas del sistema, las cantidades de GNL requeridas para cubrir la demanda de forma agregada.

Posteriormente, el proveedor de GNL entrega un programa de naves al año en respuesta a los requerimientos de los cargadores.

Dado que los requerimientos de los cargadores son diarios y el programa de naves es discreto, se producen descalces, los que deben ser absorbidos por los cargadores, entre ellos Agesa.

Bajo dicho marco contractual, Agesa ha confirmado el programa solicitado por Metrogas los seis años que lleva de vigencia el Contrato, por lo que ha debido asumir los descalces que han resultado en la programación con el proveedor de GNL, liberando de todo riesgo a Metrogas a este respecto.

En cambio, en **el contrato que Metrogas tenía con GNL Chile, el riesgo por dicho descalce era completamente asumido por Metrogas.**

- En segundo lugar, el Contrato otorga a Metrogas cierto margen de tolerancia del volumen nominado, en términos tales que nuestra representada puede demandar mensualmente 5% más o 5% menos del volumen de gas programado (la “Tolerancia”).

Esto significa que cuando Metrogas consume menos, pero siempre dentro de la tolerancia permitida por el Contrato, **Agesa tiene que tomar una decisión respecto de esos volúmenes excedentarios, para no generar efectos tales como sobrestadía de naves (el “demurrage”) y partida de naves (“sail away”), indemnidades entre cargadores y recompra de derechos de GN perdidos como resultado del sail away.**

Si, por el contrario, Metrogas nomina por sobre el volumen programado, pero siempre dentro de la tolerancia permitida por el Contrato, Agesa **debe obtener el volumen faltante, ya sea en la forma de préstamo y/o compra (mercado spot), utilizando stock acumulado (“excess stock”) si tiene disponible, o adelantando alguna nave.**

En las condiciones actuales, es decir, con precios de mercado *spot* sustancialmente más altos que los del Contrato, ello implica un riesgo muy importante.

- En tercer lugar, Agesa otorga un stock de seguridad para enfrentar eventos climáticos de, por hasta 8 días de la Cantidad Diaria Contratada promedio de dicho mes, con un tope de 885.608 MMBtu. Para mantener el referido stock de seguridad, Agesa debe utilizar parte de la capacidad de almacenamiento del Terminal de GNLQ.

Dado que dicha capacidad es limitada, se trata de un recurso escaso, que impone, una vez más sobre Agesa, la necesidad de soportar un riesgo adicional no traspasado a la distribuidora, cual es el de no contar con espacio suficiente en los estanques para permitir la descarga de una nave dentro de los plazos contractuales con el proveedor.

Este servicio **le resta flexibilidad a Agesa, por cuanto una parte de la capacidad de almacenamiento a la que tiene derecho en el Terminal de GNLQ queda ocupada por este servicio.** Esta capacidad del Terminal es un recurso escaso que ningún otro cargador ha estado disponible a ofrecer, al menos no al precio cobrado por Agesa.

Así, al haberse incorporado estos riesgos al Contrato, **es natural y legítimo que Agesa sea retribuida por ello**, lo que se refleja en el precio; el que, en todo caso, y según se desprende de lo indicado por la propia FNE en su Informe, **es el menor entre todas las empresas suministradoras en Chile.**

Por lo demás, los riesgos referidos se han incrementado en el tiempo. Basta notar, por ejemplo, que **el precio spot del GNL en el año 2021 excedió a los precios que garantiza el Contrato a Metrogas por casi cuatro veces, y que los precios del gas en Europa y Asia se han multiplicado por diez, según se aprecia en el gráfico de precios internacionales contenido en la página 8 de esta contestación.**

De hecho, Agesa debió soportar efectos negativos relevantes sobre sus resultados, como ocurrió el año 2021, cuando producto de una mayor actividad industrial resultado de la recuperación económica por efecto del control de la pandemia y entregas menores en cada nave por parte del proveedor de GNL, tuvo que salir a comprar volúmenes adicionales, en momentos en que el mercado *spot* del GNL se encontraba en niveles de precio históricamente altos, varias veces superior al precio contractualmente convenido con Metrogas.

Por último, debemos reafirmar que Agesa asumió por completo la totalidad de los riesgos económicos y financieros propios del desarrollo de la actividad de aprovisionamiento o comercialización mayorista en la operación de adquisición y almacenamiento de GNL y su posterior venta, en particular a Metrogas. Por ello, Agesa asume una serie de riesgos que pueden materializarse, y así ha ocurrido, con mayores costos y efectos económicos adversos para ella.

La contingencia más clara en el contexto del suministro de largo plazo asumida por Agesa corresponde a los posibles efectos de la situación de descalce que existe en relación con la nominación que el Contrato le permite a Metrogas, y que en la práctica puede significar que Agesa se vea obligada a adquirir más gas del nominado. Además, Agesa está obligada a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones mediante el otorgamiento de instrumentos

denominados Stand By Letter Of Credit (“SBLC”)⁵², que la compañía toma en beneficio de sus proveedores internacionales.

La radicación de estos riesgos en Agesa permite a Metrogas tener un costo de abastecimiento de gas natural con mayor estabilidad que si hiciera la labor de aprovisionamiento en forma directa.

4.2.1.3. Organismos internacionales recomiendan la separación entre distintas actividades, lo que no sólo ha sido implementado en relación con el mercado del GN

Atendidas las claras diferencias entre estas actividades, varios informes han señalado la necesidad de que las mismas se desintegren y sean desarrolladas por diferentes empresas.

- Así, por ejemplo, en el informe del Banco Mundial denominado “Improving Natural Gas Distribution in Chile” se indica:

“4. Recommendations

4.1. Corporate and Industry Structure

4.1.1. Corporate separation between bottleneck facilities and competitive activities

- *Bottlenecks include: terminals and pipelines (perhaps storage)*
- *Carefully consider whether to implement **full corporate unbundling** or establishing behavioral codes with monitoring mechanisms to assure that there be no favoritism in access to the bottleneck facilities.*
- *Minimal requirements for successful separation include segregated accounts for each activity, prohibition of cross subsidies, prohibition of any discrimination among users of bottleneck facilities, alignment of incentives of market participants with public interest objectives, transparency of information regarding utilization of bottleneck facilities, and reduced barriers to entry in the gas commodity market.*
- *Create secondary capacity markets for bottleneck facilities.”⁵³*

⁵² La Excma. Corte Suprema se ha referido a estas garantías en los siguientes términos: “La doctrina mercantil define la carta de crédito stand by o stand by letter of credit como una **garantía autónoma y de plazo fijo otorgada por un banco (banco emisor), obrando de conformidad con las instrucciones y por cuenta de un cliente (el ordenador), y emitida por escrito o por medios de teletransmisión, en virtud de la cual el banco se obliga frente a un tercer (el beneficiario) a pagarle a su requerimiento una cierta cantidad de dinero contra la sola recepción conforme de algunos documentos especificados en su texto**, en los cuales se expresa que una persona (deudor garantizado) ha dejado de cumplir alguna obligación con dicho tercero. En el caso de autos, es evidente que la calidad de banco emisor fue asumida por el Banco de la Nación Argentina sucursal Madrid, la de ordenador por Avanzit S.A., la de beneficiario por el Banco de la Nación Argentina sucursal Santiago y la de deudor garantizado por Radiotrónica de Chile S.A.

La emisión de una stand by letter of credit supone la ejecución de un acto jurídico complejo, compuesto de diversos otros actos jurídicos distintos, aunque relacionados entre sí por una finalidad económica común. Lo relevante es que estos actos que componen la carta de crédito stand by **conservan su individualidad propia y son independientes entre sí, de manera tal que cada uno de ellos tiene efectos relativos, es decir, restringidos a las partes que intervienen.**

Asimismo, la stand by letter of credit reviste la naturaleza jurídica de una **garantía**, esto es, de uno de los diversos medios de que puede echar mano el acreedor para ponerse a cubierto ante la eventual insolvencia de su deudor. Sin embargo, no se trata de una garantía cualquiera, puesto que su utilidad radica en que constituye una **garantía autónoma, en el sentido que a fin de dotarla de mayor eficacia se le ha elevado a categoría de contrato principal, es decir, con existencia propia e independiente de la obligación que garantiza.** Esta última afirmación, que podría hacer dudar de su calidad de garantía - por definición accesorias a otro contrato principal-, debe entenderse en el sentido que podrá procederse al cobro de la carta de crédito stand by en tanto se cumplan los requisitos formales acordados a tal efecto y que **el banco emisor no podrá excepcionarse de su pago alegando que la obligación garantizada no existe o que ha sido cumplida fiel y oportunamente por el deudor garantizado.**”(sentencia de fecha 28 de enero de 2009, Ingreso Corte Rol N° 689-2008. Énfasis agregados).

⁵³ Banco Mundial, “Improving Natural Gas Distribution in Chile”, mayo de 2015, p. 34. Énfasis agregado.

De hecho, esta desintegración **ha sido llevada a cabo por diferentes países en los últimos años.**

- Por su parte, la abogada Marina Serrano⁵⁴, miembro del estudio de abogados Pérez-Llorca, al comentar el proyecto de ley de modificación a la LSG, señaló:

“111. La regulación de los sectores energéticos, especialmente del eléctrico y del gasífero, suele recoger, en mayor o menor grado, entre sus principios, el de separación de actividades.

112. En aras de introducir condiciones de competencia y eficiencia en el sector energético y en particular en el sector gasífero, la regulación suele prever o aplicar, con una mayor o menor intensidad, la técnica de separación de actividades, la cual permita una gestión eficiente y competitiva de las distintas actividades y una mayor transparencia en la determinación de costes y la fijación de precios a los consumidores.

113. En el caso concreto del mercado gasífero chileno cabe diferenciar: (i) de una parte, la actividad de aprovisionamiento del gas natural, tanto en el mercado primario como en mercado secundario; y (ii) de otra parte la actividad que se presta ‘aguas abajo’ hasta el suministro del gas natural al consumidor final, y que es objeto de regulación a través de la Ley de Servicios del Gas, cuya modificación aborda el Proyecto de Ley.

114. Por carácter general, la actividad de aprovisionamiento no es objeto de regulación por parte de los Estados, mientras que sí lo es la actividad de suministro de gas al consumidor final. Ello, en particular, por cuanto la actividad de aprovisionamiento se realiza a través de transacciones de ámbito global que tienen lugar, en función de las condiciones de mercado, en distintas plazas internacionales. Por ello, dada esta especial naturaleza de dichas transacciones, las mismas no son objeto de regulación a nivel nacional.

115. Pues bien, en el momento en que una misma compañía verticalmente integrada tiene la posibilidad de llevar a cabo distintas actividades relacionadas con el suministro de gas natural, la separación coadyuva, en estos supuestos, a una fijación de precios transparente, eficiente y en condiciones de competencia, en relación con cada una de las actividades.”⁵⁵

- Este también ha sido el objetivo del regulador nacional en otros mercados de energía. Así, el artículo 7º de la Ley General de Servicios Eléctricos prohíbe que las empresas dedicadas a la distribución de energía eléctrica se dediquen, por sí o a través de personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma, el giro de generación o distribución de electricidad y el desarrollo de cualquier otra actividad sólo podrán llevarlo a cabo a través de sociedades anónimas filiales o coligadas.

Es decir, nuestro legislador ya ha entendido la conveniencia de separar las diferentes actividades vinculadas a un mercado energético, en este caso el eléctrico. Justamente esto fue lo que hizo Metrogas, por iniciativa propia, en el mercado del GN.

⁵⁴ Abogada de la Universidad de Zaragoza. Ex Secretaria del Consejo de Administración de Red Eléctrica de España. Secretaria de Consejo y Directora de Servicios Jurídicos de la Comisión Nacional de Energía de España. Vicepresidenta Primera de la Asociación de Reguladores Iberoamericanos de Energía. Presidenta de la Asociación de Empresas de Energía Eléctrica. Vicepresidenta de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales.

⁵⁵ Dictamen. Principios y Buenas Prácticas Regulatorias en el Sector Gasífero. Análisis del Proyecto de Ley que modifica la Ley de Servicios de Gas de Chile. Elaborado por Marina Serrano, abogada del estudio Pérez-Llorca el 25 de junio de 2015, pp. 25-26.

- Y esta separación de actividades no se ha seguido sólo en Chile, sino que también en otras partes del mundo. Por ejemplo, en la Unión Europea, las primeras Directivas que, en materia de mercado interior, abordaron esta cuestión, introduciendo el principio de separación contable. Luego, con la aprobación de la Directiva N° 2003/55/CE, el Parlamento Europeo y el Consejo impusieron la separación jurídica y funcional de las diferentes actividades asociadas al GN.

4.2.1.4. Los accionistas de Metrogas decidieron separar ambas actividades, y focalizarse principalmente en la distribución, para cumplir con los estándares de la industria y no asumir en dicha empresa los riesgos propios del aprovisionamiento.

La finalidad perseguida por el controlador de la Compañía, en orden a diferenciar las actividades de aprovisionamiento y distribución –y que en ningún caso constituye un fraude civil o triangulación fraudulenta– queda en evidencia al analizar los documentos que le dieron origen.

Al efecto, la Sesión de Directorio de Metrogas, de fecha 9 de mayo de 2016, en términos literales explica que:

*“... en la cadena de valor del gas natural se han ido distinguiendo en forma cada vez más marcada, por una parte, la actividad de aprovisionamiento de gas a nivel mayorista y, por otra, la actividad de suministro y distribución propiamente tal de gas natural al consumidor final, actividad esta última que se encuentra sujeta a regulación con el objetivo de garantizar un suministro estable y de calidad. Se trata, por tanto, de **actividades de diferente naturaleza, con distintos requerimientos estratégicos, comerciales y financieros y sujetos a regímenes distintos. La separación de estas actividades es una práctica habitual en mercados donde el gas natural está más desarrollado, por lo que esta decisión de separar ambos negocios va en línea con adoptar las mejores prácticas internacionales de la industria en esta materia.** Esta operación permite generar perfiles de inversión y afrontar necesidades de capital distintas, y definición de estrategias y políticas comerciales dedicadas en función a giros propios. Además, esta separación jurídica de ambos negocios permitirá aumentar la visibilidad de los activos que integran cada negocio y facilitar su análisis por parte de terceros desde un punto comercial y crediticio. Finalmente, se considera que no existirán mayores costos operacionales tras la división ni se anticipan efectos o impactos tributarios adversos, por tratarse de una operación de reestructuración societaria.”⁵⁶*

Lo anterior fue replicado en la exposición efectuada por el Presidente de la Compañía durante la Junta Extraordinaria de Accionistas de fecha 26 de mayo de 2016:

*“ las razones que han dado origen a la propuesta de división presentada por el Directorio, las cuales se relacionan con la **separación de las áreas de negocio de la Sociedad y la obtención de una independencia financiera en cada una de las sociedades resultantes de la división.** Al respecto,*

⁵⁶ Acta de Sesión de Directorio de Metrogas de fecha 9 de mayo de 2016, p.2. Énfasis agregado.

explica que actualmente, en el sector de gas natural coexisten, por una parte, la actividad de aprovisionamiento de gas y, por otra, la actividad de suministro de gas al consumidor final, la que se encuentra sujeta a regulación con el objetivo de garantizar un suministro estable y de calidad. Se trata, por tanto, de actividades de diferente naturaleza y sujeta a regímenes distintos. La separación de estas actividades es una práctica habitual en mercados donde el gas natural está más desarrollado, por lo que esta decisión va en línea con adoptar las mejores prácticas internacionales de la industria en esta materia. Esta operación permite generar perfiles de inversión y necesidades de capital distintos y definición de políticas comerciales dedicadas en función a giros propios. Además, esta separación funcional permitirá aumentar la visibilidad de los activos que integran este negocio y facilita su análisis por parte de terceros. Finalmente, consideramos que no existirán mayores costos operacionales tras la división ni se anticipan efectos o impactos tributarios adversos, por tratarse de una operación de reestructuración societaria.”⁵⁷

Por ello, no se entiende que una decisión que responde a los más altos estándares de la industria a nivel internacional, que busca dar mayor estabilidad en los precios a los consumidores y velar por el buen funcionamiento de la industria, sea reprochada por CONADECUS en su demanda.

4.2.1.5. Por lo demás, la separación de actividades fue una decisión adoptada por el controlador, plasmándose en distintos ámbitos.

Como ya hemos dicho, la división de Metrogas correspondió a una efectiva separación de líneas de negocio de nuestra representada y corresponde a una decisión que se enmarcó en un proceso de simplificación corporativa y separación de actividades adoptada por su controlador.

En dicho proceso, como ya se ha visto, **el controlador se desprendió de los activos en los que participaba en el mercado del GLP.**

En ese contexto se produjo la separación de las actividades de distribución de gas por red y el aprovisionamiento de GN, siendo real y efectiva, y no una quimera, como pretende plantear CONADECUS.

Tanto es así que nuestra representada no sólo se desprendió del contrato que mantenía con GNL Chile, sino que también de los activos vinculados a la actividad de aprovisionamiento de GN.

Basta revisar la Junta Extraordinaria de Accionistas de 26 de mayo de 2016, para constatar que a Agesa le **fueron asignados todos los contratos necesarios para desarrollar la actividad de aprovisionamiento de GN a clientes distintos de Metrogas** y participaciones accionarias en otras sociedades, por ejemplo:

⁵⁷ Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de Metrogas de fecha 16 de mayo de 2016, p. 8. Énfasis agregado.

- i) Contrato de Suministro de Gas Natural, celebrado entre Metrogas S.A. y GNL Chile S.A., suscrito con fecha 25 de julio de 2013 ("Third Amended and Restated Gas Sales Agreement"). La asignación de este contrato incluye todos sus anexos.
- ii) Amended and Restated SPA Direct Agreement, celebrado entre Metrogas S.A., GNL Chile S.A. y BG LNG Trading, LLC, suscrito con fecha 29 de abril de 2014.
- iii) Master AQ SPA Direct Agreement, celebrado entre Metrogas S.A., GNL Chile S.A. y BG LNG Trading, LLC, suscrito con fecha 06 de mayo de 2011.
- iv) SPA Pledge Agreement (*prenda comercial*) celebrada entre GNL Chile S.A., BG LNG Trading, LLC y Metrogas S.A., incluyendo todas sus modificaciones.
- v) Second Amended and Restated Terminal Use Direct Agreement, celebrado entre Metrogas S.A., GNL Chile S.A. y GNL Quintero S.A., suscrito con fecha 15 de junio de 2010.
- vi) TUA Pledge Agreement (*prenda comercial*) celebrada entre GNL Chile S.A., GNL Quintero S.A. y Metrogas S.A., incluyendo todas sus modificaciones.
- vii) Umbrella Arbitration Agreement, celebrado entre GNL Chile S.A., BG LNG Trading, LLC, BG International Limited, BG International Limited Chilean Branch, Inversiones BG (Chile) Limitada, GNL Quintero S.A., Empresa Nacional del Petróleo, ENAP Refinerías S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A. y Metrogas S.A., suscrito con fecha 31 de mayo de 2007.
- viii) Amended and Restated Conditional Terminal Use Agreement, celebrado entre Metrogas S.A., GNL Quintero S.A. y BG LNG Trading, LLC, suscrito con fecha 15 de junio de 2010.
- ix) Contrato de Suministro de Gas Natural, celebrado entre Metrogas S.A. y Gasvalpo S.A., suscrito con fecha 03 de enero de 2013.
- x) 4.000.000 acciones de GNL Chile S.A., de propiedad de Metrogas S.A.
- xi) 200 acciones de GNL Quintero S.A., de propiedad de Metrogas S.A.⁵⁸
- xii) 39.229.491 acciones de Gasoducto Gasandes Argentina S.A., de propiedad de Metrogas S.A.
- xiii) 81.216 acciones de Gasoducto Gasandes S.A., de propiedad de Metrogas S.A.
- xiv) 4.163.834 acciones de Andes Operaciones y Servicios S.A., de propiedad de Metrogas S.A.
- xv) 199.990 acciones de Empresa Chilena de Gas Natural S.A., de propiedad de Metrogas S.A.
- xvi) Contrato de Financiación de Proyecto, adjunto como Anexo Seis a la Transacción suscrita entre Metrogas S.A. y Gasoducto GasAndes S.A., otorgada mediante escritura pública de fecha 19 de julio de 2012, en la Notaría Pública de doña Nancy de la Fuente, Repertorio N° 5849-2012.

⁵⁸ Cabe señalar que esta participación en GNL Quintero S.A. fue posteriormente vendida.

- xvii) Contrato de Compraventa de Gas Natural, celebrado entre Empresa Chilena de Gas Natural S.A. y Metrogas S.A., suscrito con fecha 16 de diciembre de 2014.

A consecuencia de lo anterior, Agesa desarrolla su actividad de aprovisionador mayorista, la que va más allá del Contrato, lo que la lleva a competir con aquellas empresas que prestan los mismos servicios (por lo pronto Enel y Enap) y a suministrar GN a otras empresas distribuidoras, no sólo a Metrogas.

Es decir, **Agesa participa activa y legítimamente en un segmento diferente del mercado**, en el que tiene que competir con otros agentes, con una lógica y riesgos completamente diversos, y en la que tiene el legítimo derecho a percibir una retribución.

4.2.1.6. No puede existir la “triangulación fraudulenta”, el “fraude civil” o “contratos simulados” si las condiciones del Contrato han sido validadas por la autoridad sectorial – Principio de protección de la Confianza Legítima.

Cuesta entender que CONADECUS cuestione este Contrato, llegando al extremo de plantear una hipótesis de fraude civil e incluso de simulación a partir del mismo, cuando las propias autoridades de la industria del gas han validado sus condiciones.

En efecto, la CNE, organismo técnico llamado por la Ley a efectuar el chequeo de rentabilidad, **reconoce la eficiencia del Contrato, de conformidad con lo establecido en los artículos 33 quinquies y 12 transitorio de la Ley N° 20.999.**

En efecto, en su Resolución Exenta N° 441 de 11 de agosto de 2017 estableció:

*“g) Que, habiendo Metrogas S.A., declarado que ha suscrito contratos con empresas relacionadas, la Comisión mediante Resolución Reservada N°436 aprobó el Informe Técnico que fija el Costo del gas al ingreso del sistema de distribución de la empresa Metrogas S.A., en el cual **verificó que la gestión de la compra de los contratos con empresas relacionadas fuese económicamente eficiente de acuerdo a las condiciones de mercado;** y*

*h) Que, en consecuencia y en virtud del resultado del informe reservado señalado en el considerando anterior, **corresponde tener por verificada la gestión de compra de los contratos de Metrogas S.A. que se indican para los efectos de la Ley de Servicios del Gas.***

Resuelvo:

ARTÍCULO PRIMERO:

Téngase por verificada que la gestión de compra de los siguientes contratos de Metrogas S.A. con empresas de su mismo grupo empresarial o por personas o entidades relacionadas, en los términos señalados en la ley N°187.045, de Mercado de Valores, en lo relativo a la compra de gas, servicios de regasificación y transporte por ductos, son económicamente eficientes de acuerdo a las condiciones de mercado, para efectos del chequeo de rentabilidad a que hace referencia la Ley de Servicios de Gas.

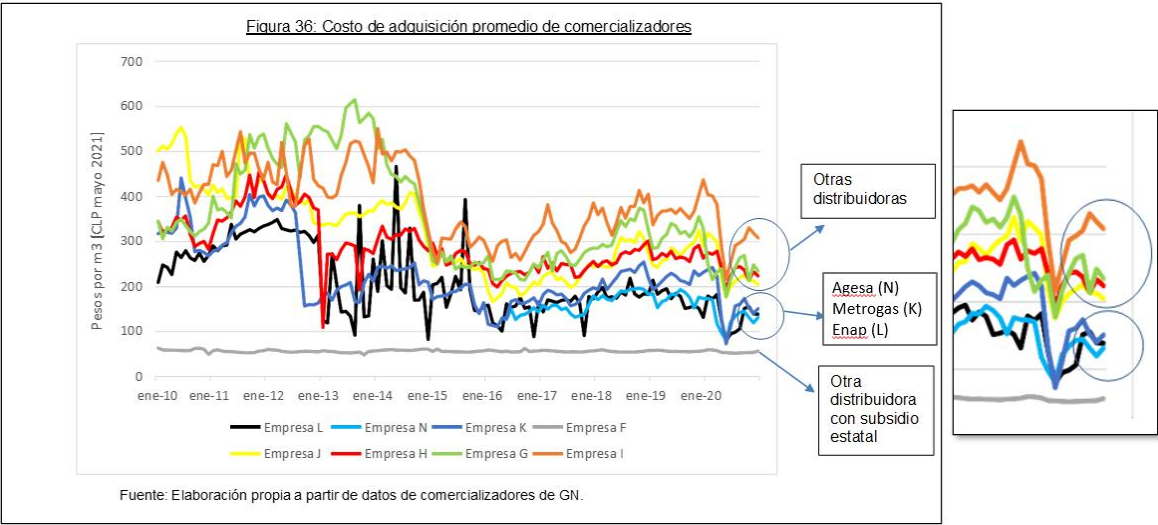
- **Contrato de Aproveccionamiento de gas con Aproveccionadora Global de Energia S.A., de fecha 20 de julio de 2016.**
- **Contratos de Transporte de Gas suscritos con Gasoductos Gas Andes S.A., celebrados desde el 2012 al 2016.**⁵⁹

Además de ello, **nunca ha sobrepasado el chequeo de rentabilidad que año a año practica la CNE.**

Así se desprende de todos los **chequeos de rentabilidad que ha realizado la CNE**, lo que consta en las Resoluciones Exentas emitidas por la CNE, singularizadas anteriormente en esta presentación, saber: N° 776, de fecha 29 de diciembre de 2017, N° 689 de 22 de octubre de 2018, N° 33 de fecha 30 de enero de 2020, N° 453 de fecha 30 de noviembre de 2020, N° 454 de fecha 4 de noviembre de 2021 y N° 631, de fecha 12 de agosto de 2022

Es decir, **la CNE ha verificado que el Contrato es económicamente eficiente, conforme a las condiciones de mercado.** Por ello, llama tanto la atención que CONADECUS, sin antecedente alguno, señale tan livianamente que Metrogas compra GN a Agesa en condiciones que no serían de mercado. Lo resuelto por la CNE y la realidad del mercado demuestran que ello no es así.

Todo esto ha tenido como consecuencia que **los precios pagados por Metrogas a Agesa sean los más bajos en Chile por una distribuidora sin subsidio**, lo que fue **reconocido por la propia FNE**. Así se desprende de la siguiente figura, que tiene como base la figura 36 de su Informe Final⁶⁰:



Tal como lo muestra la FNE en esta figura, **Agesa es la comercializadora que menos cobra (menos que Enap, su principal competidor)** y su precio se justifica en base al servicio que entrega y riesgos que asume.

⁵⁹ Énfasis agregado.

⁶⁰ Figura incorporada en la página 159 del Informe Final de la FNE.

Las empresas Enap (L) y Agesa (N) son proveedores o comercializadores mayoristas y las empresas F, G, H, I, J y K son otras empresas distribuidoras. Como se aprecia, **Metrogas es la distribuidora que compra a menor precio el gas que distribuye a sus clientes en relación con las otras empresas distribuidoras del gráfico.** En el gráfico, Agesa es la empresa N y Metrogas la empresa K.

Es decir, el obrar de Metrogas está amparado por el principio de protección de la confianza legítima, el que ha sido acogido por nuestro ordenamiento jurídico.

En las palabras del académico y actual Contralor de la República, profesor Jorge Bermúdez, podemos indicar que *"se puede colegir que la protección de la confianza legítima se encuentra fuertemente fundada en el principio de seguridad jurídica. La seguridad jurídica garantiza "la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes". [9] Con lo que "la seguridad jurídica significa por eso para el ciudadano en primera línea protección de la confianza [10]"*.⁶¹

La validación de la CNE no puede sino generar seguridad jurídica en la actuación de Metrogas, y ha generado una legítima confianza en que la respectiva actuación que cuenta con esta validación y expreso reconocimiento es conforme a Derecho, y no puede ser cuestionada jurídicamente, como se pretende con esta demanda colectiva.

4.2.2. CONADECUS crea una forzada tesis de fraude civil sobre la base de una norma legal que no existía al tiempo de acordarse y materializarse la división cuestionada.

Como señalamos, Conadecus plantea que Metrogas y Agesa intentaron defraudar la ley al mismo tiempo en que ésta se estaba tramitando, refiriéndose al artículo 12 transitorio de la Ley 20.999.

Cuesta entender aquello, ya que es prístino que no puede existir fraude civil si el referido artículo 12 transitorio **no existía cuando Metrogas decidió dividirse y contratar posteriormente con Agesa**, puesto que no era parte del Proyecto de Ley e, incluso, en caso de que nuestra representada la hubiese conocido, tampoco podría haber cometido fraude civil atendido el sistema instaurado por la ley para chequear la eficiencia de los contratos de suministro de gas celebrados con partes relacionadas.

⁶¹ Bermúdez Soto, Jorge, El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria, Revista de derecho (Valdivia) [online], 2005, vol.18, n.2, pp.83-105.

Recordemos que la doctrina del fraude civil se sustenta en un acto en apariencia legítimo, que tiene por finalidad eludir la aplicación de una norma que resulte desfavorable para quien ejecuta el acto. En este caso ¿cómo Metrogas iba a eludir la aplicación de una norma que ni siquiera existía como proyecto cuando se dividió, constituyó Agesa y celebró el Contrato? Realmente imposible.

4.2.2.1. En primer lugar, a la fecha de la división de Metrogas y de la suscripción del Contrato, no existían las normas que posteriormente obligaron a nuestra representada a validarlo.

Por una simple circunstancia de orden temporal, no es ni puede ser efectiva la hipótesis de hechos que levanta CONADECUS para sustentar el supuesto fraude civil que livianamente imputa en su demanda.

Sobre el particular es menester recurrir a una básica e irrefutable cronología de los hechos relevantes:

- En noviembre del año **2014**, Gas Natural Fenosa (“GNF”) (hoy Naturgy Energy Group S.A.) adquiere el control de Metrogas. Desde ese momento, el nuevo controlador promovió una serie de operaciones societarias, **dentro de las cuales se contempló, precisamente la separación de las actividades de distribución y la de aprovisionamiento de GN.**
- Con fecha 13 de enero de 2015 se envía a la Cámara de Diputados el Mensaje N° 1054-362, correspondiente al Proyecto de la Ley N° 20.999. Sin embargo, **en dicho Proyecto no se contemplaban normas referidas al tratamiento del aprovisionamiento de gas entre empresas relacionadas.**
- En el mes de septiembre de 2015 se planteó en el Directorio de Metrogas la necesidad de crear una abastecedora, **separando las actividades de distribución y aprovisionamiento, constituyendo una sociedad dedicada exclusivamente a esta última.** Cabe señalar que, a dicha fecha, Metrogas era la única distribuidora en Chile que además desarrollaba la actividad de aprovisionamiento.
- Luego, y tras varios meses de preparación de los antecedentes justificativos, con fecha 9 de mayo de 2016 **se sometió al directorio de Metrogas la decisión de convocar a junta extraordinaria de accionistas para dividir la Sociedad, el que aprobó la moción tras debatir sobre las razones que justificaban la proposición y conocer sus antecedentes justificativos.**

- El día 26 de mayo de 2016 se celebró la Junta Extraordinaria de Accionistas, **la que aprobó por unanimidad la división de Metrogas y la adjudicación a la nueva sociedad, Agesa, del contrato entre Metrogas y GNL Chile celebrado en 2013, entre otros contratos y activos de la Sociedad.**⁶²
- Como consecuencia de lo anterior, el 20 de julio de 2016 **Metrogas suscribió con Agesa el denominado “Contrato de Aproveccionamiento de Gas”**, en virtud del cual esta última se obligó a proveer de GN a Metrogas al precio y bajo las condiciones que en dicho documento se indican.
- Recién con fecha 9 de agosto de 2016, en el Primer Informe de la Comisión de Minería y Energía en el Senado, se discutió la necesidad de **incorporar normas referidas al aprovisionamiento de GN a empresas distribuidoras por parte de empresas relacionadas**. Se señaló en dicha oportunidad *“Por vía de indicación se incorporará una norma especial para valorizar el gas al ingreso del sistema de distribución en caso de empresas relacionadas.”*
- Por último, con fecha 2 de septiembre de 2016, se presentaron las indicaciones formuladas durante la discusión en general del Proyecto, **ocasión en la que se incorporaron los artículos 33 quinquies y 12 transitorio al Proyecto de Ley**, que son aquellas normas referidas al aprovisionamiento de gas a una empresa distribuidora por parte de una sociedad relacionada.

Conforme a esta cronología, la que ha sido ratificada públicamente por las autoridades de la época, es imposible que Metrogas haya fraguado un fraude civil mediante su división para eludir la aplicación del artículo 12 transitorio de la Ley N° 20.999 y así incrementar sus costos para cobrar precios “inflados” a los consumidores, ya que **cuando ésta fue acordada y llevada a cabo, y cuando se celebró el Contrato con Agesa, el Proyecto de Ley en tramitación no contenía normas referidas al aprovisionamiento de GN a una empresa distribuidora por medio de sociedades relacionadas y desconocía que dichas normas someterían el Contrato a un análisis de rentabilidad y en qué términos.**

Los antecedentes citados en la cronología demuestran inequívocamente que las decisiones de Metrogas **no estuvieron motivadas por los cambios normativos que se proponía en la, entonces en tramitación, Ley N° 20.999, toda vez que a esa fecha la norma transitoria no existía en el Proyecto.**

Es decir, la historia de la Ley desvirtúa aquella intencionalidad y propósitos a que alude CONADECUS en su demanda.

⁶² Metrogas informó de su decisión a la autoridad administrativa, cuando aún no se discutía legislativamente la posibilidad de una norma transitoria como la que posteriormente se dictó.

4.2.2.2. En segundo lugar, el chequeo de eficiencia establecido en el artículo 12 transitorio de la Ley N° 20.999 no permite a Metrogas eludir su aplicación, ya que se basa en datos que nuestra representada desconoce.

A mayor abundamiento, Metrogas no podría haber eludido la aplicación del artículo 12 transitorio ni de ninguna otra norma, como escuetamente lo plantea CONADECUS, debido a que evidentemente **desconocía los elementos que consideraría la CNE para el chequeo de eficiencia de los contratos de compra de gas entre partes relacionadas celebrados con anterioridad a la promulgación de la ley.**

En otros términos, **Metrogas no tenía forma de saber con antelación si el Contrato iba a ser considerado eficiente por la CNE**, ya que ello depende de las condiciones del mercado, la que se determina, por ejemplo, a partir del precio promedio proyectado de los contratos existentes en el mercado internacional, contratos que celebraron terceros ajenos a nuestra representada y cuyo contenido desconoce.

Es decir, nuestra representada no podía diseñar un mecanismo para eludir una norma que no existía, y que además se aplica e implementa en base al análisis de factores desconocidos para Metrogas, como son los contratos internacionales celebrados por otros agentes del mercado para la compra de gas.

Conforme a lo revisado, **no existía -ni existe- norma legal alguna que prohibiera a Metrogas y AGESA realizar los actos cuestionados por CONADECUS.** En efecto, no existe norma legal alguna que hubiera hecho ilícito a Metrogas dividirse y crear a una empresa relacionada (Agesa), así como tampoco existe norma legal alguna que le prohibiera cederle a dicha empresa relacionada, entre otros, el contrato de aprovisionamiento de gas que tenía con GNL Chile S.A. Tampoco existe ilegalidad alguna en que Agesa le cobre un precio a Metrogas por el gas que le vende y que ello se considere como costo para el chequeo del límite de rentabilidad.

La Ley N° 20.999, lejos de prohibir lo anterior, lo contempló expresamente en su artículo 12° transitorio, estableciendo que “En caso que, al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la empresa concesionaria cuente con contratos de compra de gas suscritos con empresas de su mismo grupo empresarial o a personas o entidades relacionadas en los términos señalados en la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, no aplicará a dichos contratos lo dispuesto en

los incisos segundo y tercero del artículo 33 quinquies, determinándose el costo del gas asociado a tales contratos de acuerdo al presente artículo”.

Este artículo 12° transitorio exige a la CNE, según si la entidad relacionada cuenta o no con acceso a instalaciones que permitan realizar importaciones de gas, verificar que la gestión de compra de los contratos en cuestión sea económicamente eficiente, de acuerdo a las condiciones de mercado, o que el costo del gas sea valorizado al menor precio de compra del gas calculado en base a los contratos de importación de largo plazo existentes con el mercado internacional.

De esta forma, dado que Metrogas ya había efectuado su división, constituido AGESA, asignado a la misma activos y contratos dentro del cual está el contrato de aprovisionamiento de gas con GNL Chile S.A. y celebrado un contrato de suministro de gas con su empresa relacionada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.999, resulta perfectamente natural y lícito que los cálculos de los costos del gas asociado a su contrato de aprovisionamiento de gas con su empresa relacionada (AGESA) se sujetaran a las disposiciones de la disposición transitoria duodécima de la ley mencionada.

Por lo tanto, **en este hecho no existe ilegalidad, ni fraude a la ley, sino que el pleno respeto de las disposiciones transitorias de la Ley N° 20.999, las que contemplaron esta situación.**

5. QUINTA EXCEPCIÓN O DEFENSA: Metrogas no ha incurrido en ninguna de las infracciones a la LPDC que son denunciadas por CONADECUS en su demanda.

Además de no existir el supuesto fraude civil y los contratos simulados denunciados por CONADECUS, tampoco concurren en la especie ninguna de las infracciones a la LPDC que denuncia en su libelo, tal como veremos a continuación.

5.1. Consideración Previa: La demandante intenta crear de manera artificiosa supuestas infracciones a la LPDC, violando el principio de tipicidad que rige en la materia.

Sobre este particular, debemos hacer presente a US. algo que a estas alturas es obvio, cual es que la demanda de autos, así como todas las infracciones denunciadas en ella, son un **estéril intento de CONADECUS por levantar una teoría del caso y así lograr la imposición de una multa en contra de Metrogas y, junto con ello, solicitar abultadas y desproporcionadas indemnizaciones.**

Para ello CONADECUS alega la supuesta existencia de un fraude civil y de contratos simulados –que como vimos no son tales– para luego de ello “derivar” **inexistentes infracciones a la LPDC que no cumplen con el más mínimo análisis de plausibilidad.**

La actora soslaya que, encontrándonos dentro del ámbito infraccional, se exige la concurrencia precisa de los hechos que configurarían las infracciones que se imputan, **sin que sea jurídicamente admisible la aplicación por analogía de hechos que no obedecen a aquellos que sancionan las correspondientes normas legales.**

Ello porque, como bien sabe US., las infracciones y multas que se pueden imponer en esta sede son una manifestación del ius puniendi estatal. Así lo ha señalado nuestra Excma. Corte Suprema, al resolver que “*el legislador le otorga al juez una potestad sancionadora, que no es más que una manifestación del ius puniendi estatal y que **debe aplicarse entonces bajo los principios que la inspiran.***”⁶³

Dentro de los principios que inspiran la actividad sancionatoria del Estado se encuentra el principio de tipicidad, respecto del que el profesor Eduardo Cordero Quinzacara ha dicho: “*Estrechamente vinculado con el principio de legalidad, pero con elementos que permiten marcar algunas diferencias, **el principio de tipicidad ha sido también proclamado como uno más de los principios a los que debe someterse el Derecho administrativo sancionador.***”⁶⁴, agregando que “*lo cierto es que en materia administrativa la tipicidad cumple esta doble función. Por una parte, dada la complejidad de las materias, conductas y deberes que se imponen en el ámbito administrativo, **es necesario que los particulares tengan la certeza de los mismos con el objeto de adecuar su conducta a lo exigido por la autoridad para no incurrir en alguna infracción. Al mismo tiempo, dicha conducta es en principio legítima, salvo que el propio legislador determine que debe ser prohibida y sancionada, cuestión de estricta reserva legal.***”⁶⁵

Así, en virtud de este principio, **ningún particular puede ser sancionado por una conducta que no esté expresamente establecida como infracción en la ley.** Ello es justamente lo que pretende CONADECUS en su demanda, que se sancione a Metrogas en base a normas que no son aplicables en la especie, en base a improcedentes analogías, intentando ampliar el contenido y alcance de las normas que cita.

A continuación, veremos las razones por las que afirmamos que Metrogas no ha incurrido en ninguna de las infracciones que se denuncian en la demanda.

⁶³ Sentencia de la E. Corte Suprema de fecha 7 de marzo de 2018 en el Ingreso a Corte N° 79.123-2016. Énfasis agregado.

⁶⁴ Cordero Quinzacara, Eduardo (2014) “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII, p. 415. Énfasis agregado.

⁶⁵ Ídem, p. 416. Énfasis agregado.

5.2. No concurre la primera infracción legal denunciada: No existe infracción a la ley del contrato – No se infringen los artículos 12 de la LPDC y 1545 del Código Civil

Para fundar esta infracción, la demandante señala:

“¿Por qué la conducta defraudatoria de METROGAS viola la fuerza obligatoria del acuerdo?

La razón también es muy simple: el servicio contratado con las demandadas envuelve determinadas condiciones generales, como en todo contrato por adhesión, que integran el acuerdo explícita e implícitamente, y éstas fueron voluntariamente incumplidas por ellas. Esto porque entre tales condiciones debe comprenderse naturalmente el costo del gas que se compromete a adquirir para suministrar a los consumidores, que es nada menos el insumo principal para cumplir con el objeto del contrato. Ahora bien, con su triangulación fraudulenta las demandadas han alterado e inflado artificialmente esos costos, de forma unilateral y a espaldas de los consumidores, alterando por sí y ante sí lo pactado con ellos.”⁶⁶

Es decir, en palabras de la demandante, se habrían incumplido el artículo 12 de la LPDC y artículo 1545 del Código Civil, toda vez que el costo de adquisición del GN por parte de Metrogas sería una condición general del contrato que ésta celebra con sus clientes, el que habría sido modificado producto de una supuesta maquinación fraudulenta.

Ahora veremos las razones por las que esta infracción no concurre en la especie.

5.2.1. No existe la maquinación fraudulenta o el fraude a la ley que alega CONADECUS en su demanda – Además, el Contrato celebrado entre Metrogas y Aqesa no es simulado

En primer lugar, esta infracción no concurre, puesto que no existe maquinación fraudulenta o fraude civil alguno. Anteriormente nos referimos a las razones de aquello, lo que solicitamos se tenga por expresamente reproducido en este apartado.

CONADECUS señala expresamente que esta infracción denunciada derivaría necesariamente de la maquinación fraudulenta que acusa, puesto que debido a ella se habrían modificado las condiciones generales.

Además, CONADECUS alega que esta infracción se vería reforzada por el carácter de simulado del Contrato, lo que como vimos, no es efectivo. Este Contrato importa una operación real económica y jurídicamente, toda vez que a través de él Metrogas traspassa a

⁶⁶ Demanda de CONADECUS, p. 60.

Agesa riesgos propios de la actividad de aprovisionamiento mayorista de GN, lo que le permite mantener estabilidad de precios para sus clientes.

Así, como no existe la maquinación fraudulenta que denuncia CONADECUS en su demanda ni la simulación que alega, tampoco puede existir infracción a la ley del contrato y, con ello, a los artículos 12 LPDC y 1545 del Código Civil.

5.2.2. La LSG establece expresamente la libertad de las empresas distribuidoras de establecer las tarifas que cobrarán a sus clientes, por lo que no puede existir infracción a la ley del contrato

La segunda razón que determina la improcedencia de la infracción alegada por CONADECUS es fiel reflejo de su desconocimiento de la normativa que regula a nuestra representada, o bien, de la razón por la que la demandante prefiere rehuir de ella para plantear su infundado libelo.

Lo anterior puesto que no puede existir una infracción a la ley del contrato como lo sostiene CONADECUS, atendido a que **las empresas concesionarias del servicio de distribución de gas tienen libertad para determinar la tarifa que cobran a los consumidores**, siempre que no sobrepasen el límite de rentabilidad máxima por zona de concesión que establece la Ley de Servicios del Gas.

El artículo 30 de la LSG prescribe, en lo pertinente:

*“Toda empresa de gas podrá **determinar libremente el precio del servicio de transporte o servicio de gas que realice a clientes o consumidores**, o entre sí, y los precios de los servicios afines que correspondan. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del servicio público de distribución de gas, el régimen tarifario que determine la respectiva empresa concesionaria estará sujeto al límite máximo de rentabilidad señalado en el artículo 30 bis.*

...

*En todo caso, **cada vez que una empresa distribuidora modifique el precio a cliente final del servicio de gas o servicios afines**, deberá informarlo a la Superintendencia con la anticipación y en la forma que determine el reglamento. Asimismo, deberá publicarlo previamente en sus sitios electrónicos y por una vez al menos en un diario de amplia circulación en las zonas que presta servicio u en otros medios similares disponibles, y notificar a los clientes o consumidores en la boleta o factura de cobro, de acuerdo a la forma que establezca el reglamento.”⁶⁷*

Esta norma determina que no pueda existir una infracción a la ley del contrato, ya que ésta se integró a los contratos celebrados con los consumidores, y la misma determina que **Metrogas puede determinar libremente su tarifa siempre que no sobrepase el máximo**

⁶⁷ Énfasis agregado.

de rentabilidad establecido en la ley (cuestión que no ha hecho) y que incluso **puede modificar sus tarifas cumpliendo las condiciones señaladas en la Ley.**

En otras palabras, los contratos celebrados con los clientes de Metrogas establecen la posibilidad de que nuestra representada modifique las tarifas que cobra, y no porque así lo haya impuesto Metrogas a sus clientes, sino que porque la propia LSG lo establece así expresamente.

Por tanto, lo alegado por CONADECUS en ningún caso puede constituir una infracción a la ley del contrato, sino que, muy por el contrario, constituye el ejercicio legítimo de los derechos que asisten a Metrogas de conformidad con la LSG y los contratos celebrados con sus clientes.

5.2.3. El costo de adquisición del GN por parte de Metrogas no puede constituir una condición general garantizada por nuestra representada a los consumidores, atendidas las características de este mercado

Finalmente, hacemos presente a US. que el costo al que Metrogas adquiere el GN no puede ser una condición general que nuestra representada garantice a sus clientes, como erradamente entiende CONADECUS. De hecho, ni la ley sectorial ni los propios consumidores han exigido incluir en el contrato aquello pretendido por la actora.

En primer término, esta pretensión de Conadecus implicaría que todo aquel que vende a los consumidores un producto o presta u servicio, estaría impedido de modificar sus costos y de traspasar esta modificación (al alza o la baja) al precio final.

Ello es un imposible y no sólo en esta industria.

Pero, además, un elemento consustancial al mercado del GN es la variabilidad de sus costos y consecuentemente sus precios, ya que hay diversos factores que lo determinan, tal como ya lo hemos señalado. Eso hace imposible que Metrogas pueda o deba asegurar un costo de adquisición mayorista.

Tanto es así, que para el análisis de rentabilidad anual y el cálculo del límite de rentabilidad –que determina, en último término, las tarifas que puede cobrar nuestra representada– se considera expresamente el costo de aprovisionamiento del GN.

Es decir, conforme a la Ley del Gas, el costo de aprovisionamiento mayorista de GN es un costo que per se está sujeto a variaciones y, por ende, las empresas distribuidoras pueden

modificar sus tarifas de conformidad a las variaciones de dicho costo, ya sea a la baja o al alza.

Además, es del todo contradictorio que CONADECUS reproche el Contrato celebrado con Agesa y, al mismo tiempo, sostenga que Metrogas debe asegurar un determinado costo de aprovisionamiento mayorista a sus clientes, toda vez que precisamente este Contrato lo que hace es estabilizar los costos que enfrenta Metrogas, al asumir Agesa los riesgos de las variaciones en el mercado.

5.3. No concurre la segunda infracción legal denunciada: No existe infracción al deber de ejecutar los contratos de buena fe ni infracción a los artículos 16 letra g) LPDC y 1546 del Código Civil.

A este respecto, CONADECUS sostiene que existiría infracción a la buena fe por cuanto:

“En primer lugar, porque las demandadas han diseñado y ejecutado un ardid, a través de contratos simulados, para abultar artificialmente los precios del GN suministrado a los consumidores, infringiendo con ello las condiciones generales que integran el contrato, en un aspecto tan esencial como el costo del GN que adquieren, y que luego es suministrado a los consumidores.

En efecto, por aplicación del principio general de la buena fe, que obliga a considerar aquello que emana de la naturaleza de la obligación, ese costo debe entenderse comprendido en las condiciones generales de los contratos celebrados por los consumidores. Y es precisamente ese elemento el que ha sido manipulado de mala fe por las demandadas, a través de una triangulación fraudulenta, con el único objeto de inflar o abultar los precios cobrados a los consumidores, infringiendo con ello de manera evidente el principio de buena fe, que obligaba a las demandadas a adquirir el GN en condiciones de mercado, traspasando luego a los consumidores esos costos y no aquellos que de manera fraudulenta generaban a través de la triangulación de contratos.

En segundo lugar, y quizás lo más evidente, las demandadas han infringido el principio de buena fe, porque diseñaron y ejecutaron una maquinación fraudulenta, de mala fe, para extraer un sobreprecio de los consumidores.

En efecto, aunque parezca autoevidente, la mala fe puede definirse como la antítesis de la buena fe. Pues bien, en este caso resulta evidente que las demandadas se han apartado ostensiblemente de ese estándar, ya que han diseñado y ejecutado una farsa contractual, con el objeto de infringir las condiciones generales de los contratos celebrados con los consumidores, abultando artificiosamente sus costos. Esta maquinación, que envuelve un fraude de las legítimas expectativas de los consumidores en orden a que el GN suministrado es adquirido en condiciones de mercado, no puede ser calificada sino como una conducta de mala fe, desde el momento que se trata de una acción voluntaria de las demandadas, y no de un simple descuido.

En tercer lugar, la conducta de las demandadas infringe también el principio de buena fe porque vulnera las legítimas y razonables expectativas de los consumidores, en orden a que los costos del GN que las demandadas adquirirían obedecían a factores de mercado, y no a una triangulación fraudulenta para inflar ese costo.”⁶⁸

⁶⁸ Demanda de CONADECUS, p. 63-65.

Como se aprecia, la base sobre la cual CONADECUS afirma que hay una transgresión a la ejecución del contrato conforme al principio de la buena fe es el haber celebrado el Contrato con Agesa, en una supuesta triangulación fraudulenta y simulación, lo que habría hecho que nuestra representada adquiriera el GN a valores que no son de mercado, contraviniendo con ello la expectativa de los consumidores de que el gas natural sea adquirido bajo estas condiciones.

A continuación, veremos las razones por las que esta infracción no se verifica en la especie.

5.3.1. La división de Metrogas y posterior contratación con Agesa no constituye una triangulación fraudulenta o un contrato simulado, como lo pretende hacer creer CONADECUS.

En primer término, reiteramos que la operación que es objetada por CONADECUS no supone ni constituye un caso de triangulación fraudulenta o simulación contractual, como infundadamente plantea la demandante.

Ya hemos visto en profundidad cómo esta operación corresponde a una necesaria separación de actividades de Metrogas entre la actividad de distribución y el aprovisionamiento de GN.

Esta separación se hacía necesaria atendidas las diferencias evidentes entre ambas actividades, lo que hacía inconveniente que Metrogas siguiera desarrollándolas en forma conjunta.

Además, hemos visto que el Contrato celebrado entre Metrogas y Agesa es un contrato con existencia efectiva y que traspasa importantes riesgos a Agesa, por los que recibe una remuneración que se encuentra dentro de los parámetros del mercado. En ningún caso se trata de una mera recompra como pretende hacerlo ver CONADECUS.

Así, al tratarse de una operación legítima y real, no puede existir la transgresión al principio de buena fe que alega CONADECUS, toda vez que no estamos frente a una triangulación fraudulenta o una simulación contractual.

5.3.2. El Contrato entre Metrogas y Agesa responde a condiciones de mercado y ha sido permanentemente reconocido como eficiente por la CNE, por lo que no se ha defraudado la confianza de los consumidores

Recordemos que, conforme al relato de CONADECUS, estaríamos en presencia de una infracción a la buena fe debido a que Metrogas habría defraudado la confianza de los consumidores de que el GN es adquirido en condiciones de mercado.

Pues bien, de lo que ya hemos relatado supra, queda en evidencia que Metrogas en ningún caso ha traicionado esa expectativa, puesto que **el precio al que adquiere el GN responde a condiciones de mercado**, conforme lo indicó la autoridad sectorial, la CNE. En efecto, en su Resolución Exenta N° 441 de 11 de agosto de 2017 estableció:

“...

Resuelvo:

ARTÍCULO PRIMERO:

Téngase por verificada que la gestión de compra de los siguientes contratos de Metrogas S.A. con empresas de su mismo grupo empresarial o por personas o entidades relacionadas, en los términos señalados en la ley N°187.045, de Mercado de Valores, en lo relativo a la compra de gas, servicios de regasificación y transporte por ductos, son económicamente eficientes de acuerdo a las condiciones de mercado, para efectos del chequeo de rentabilidad a que hace referencia la Ley de Servicios de Gas.

- ***Contrato de Aprovisionamiento de gas con Aprovevisionadora Global de Energía S.A., de fecha 20 de julio de 2016.***
- ***Contratos de Transporte de Gas suscritos con Gasoductos Gas Andes S.A., celebrados desde el 2012 al 2016.***⁶⁹

Pero no sólo eso, sino que en la actualidad Metrogas es la empresa distribuidora de gas por red que adquiere el GN al menor precio en el mercado (según se desprende del propio informe de la FNE), por lo que, incluso si se aprovisionara de otro agente en el mercado, compraría a precios más caros que aquellos que le cobra Agesa.

Por ende, no puede haberse defraudado la expectativa de los consumidores de adquirir el GN a precio de mercado para después distribuirlo a sus clientes. Tanto es así que Metrogas es la empresa distribuidora de gas natural sin subsidio que menores tarifas cobra a sus clientes.

5.3.3. No puede existir infracción al artículo 16 letra g) de la LPDC, por cuanto esta norma regula el contenido contractual y no la ejecución del contrato

Finalmente, debemos señalar que, incluso en el improbable caso que US. determine que los hechos que denuncia CONADECUS son efectivos –lo que negamos tajantemente–, de todas formas no puede existir una infracción al artículo 16 letra g) de la LDPC, puesto que **esta norma constituye una limitación al contenido del contrato, y no así un parámetro para su ejecución.**

⁶⁹ Énfasis agregado.

En efecto, la norma en cuestión establece: ***“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a las exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.”***⁷⁰

De esta forma, el artículo 16 de la LPDC contiene un catálogo de cláusulas abusivas que, en caso de ser incorporadas por el proveedor en los contratos con los consumidores, deberán declararse nulas, constituyendo la letra g) la regla general de este tipo de cláusulas.

En este sentido se ha pronunciado la doctrina nacional, al señalar que la norma legal referida sólo permitiría controlar “desequilibrios jurídicos”, pero jamás podría ser aplicada para controlar los contenidos económicos del contrato o la adecuación del precio a los bienes o servicios que se proveen:

*“Cabe apuntar que esta tarea judicial no puede implicar intervención del Estado en aras de asegurar una supuesta “equidad” en la determinación de los elementos esenciales del contrato -por ejemplo, cosa y precio-, puesto que la determinación de dichos elementos queda fuera del ámbito de la adhesión, y una tal intervención dislocaría el orden público económico y las bases mismas del sistema social, infringiendo la Constitución. Como lo ha expuesto un autor español, ‘las cláusulas que regulan los elementos esenciales no son condiciones generales en sentido técnico y ello por dos razones: en primer lugar, porque éstos sí los ha tenido en cuenta el adherente, y si no hubiera estado de acuerdo con ellos no hubiera celebrado el contrato o su consentimiento estaría viciado y, por tanto, el contrato sería anulable, y en segundo lugar, porque el control del equilibrio sería en este caso inconstitucional, ya que la fijación de los precios y de la oferta de bienes y servicios está encomendada al mecanismo del mercado por medio de la competencia’.”*⁷¹

*“¿Podría el juez determinar, por ejemplo, el carácter abusivo de la cláusula porque el precio no se compadece con el bien o servicio, en detrimento del consumidor? La respuesta a esta pregunta parece ser negativa. La razón de lo anterior –siguiendo en esto a Bercovitz– es que, en general, los bienes y servicios a los que se aplica la ley del consumidor no están sujetos a fijación de precios, estos quedan determinados por mecanismos de mercado, por lo mismo si se le permitiera al juez adecuar los precios a los bienes o servicios lo que, en definitiva estaría haciéndose es implantar al mercado un sistema de control de precios. En el mismo sentido Llamas ha sugerido, para el caso español que ‘se hace referencia a un desequilibrio jurídico y no económico; y por este motivo, tal ponderación no se extiende a las cláusulas esenciales sobre el objeto principal del contrato ni a la relación precio-calidad, pues ello atentaría contra la libertad de mercado.”*⁷²

⁷⁰ Énfasis agregado.

⁷¹ WAHL S., Jorge, Los Contratos de Adhesión: Normas de Equidad en las Estipulaciones y en el Cumplimiento, en “Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes”, N° 12, 2006, p. 69. Énfasis agregado

⁷² DE LA MAZA G., Iñigo, El Control de las Cláusulas Abusivas y la Letra G), en BARRIENTOS C., Francisca et. al., “Consumidores”, Santiago, Thomson Reuters, 2012, pp. 145-146. Énfasis agregado

Por ende, esta norma establece una limitación en cuanto al contenido de los contratos que son celebrados entre proveedores y consumidores, considerando al consumidor como la parte débil y sin poder de negociación de la relación de consumo, **pero no regula la ejecución del contrato de consumo.**

Entonces, respecto a esta supuesta infracción, CONADECUS incurre en una confusión de la etapa del iter contractual que regula, por cuanto aquello que denuncia como una infracción a esta norma se refiere a la ejecución de los contratos con los consumidores y no así a una disposición que deba ser declarada nula y que se haya incorporado en la celebración de la relación de consumo. De hecho, la actora no se refiere a cláusula alguna que pudiese adolecer de algún vicio.

Por ende, incluso en el caso que lo relatado por CONADECUS sea efectivo –lo que negamos– igualmente se debe descartar la infracción al artículo 16 letra g) de la LPDC que denuncia la demandante, ya que aquello no se ajusta al supuesto jurídico regulado por dicha norma.

5.4. No concurre la tercera infracción legal denunciada: No existe infracción al derecho de los consumidores a contar con una información veraz y oportuna, ni publicidad engañosa.

CONADECUS alega que existiría una infracción al derecho del consumidor de contar con una información veraz y oportuna, consagrado en el artículo 3 letra b) de la LPDC. Al respecto señala que: *“Como se ha venido señalando, las demandadas no sólo han omitido información fundamental respecto a los verdaderos costos de adquisición del GN, sino que han ejecutado maniobras destinadas a ocultarlos como el uso de AGESA como ‘intermediaria de papel’.”*⁷³

Luego, en este mismo apartado la demandante alega la existencia de publicidad engañosa, de conformidad con el artículo 28 de la LPDC, señalando: *“En este caso, la infracción se configura pues METROGAS, al informar sobre las supuestas razones de su división de sus líneas de negocio entre dos sociedades y la creación de AGESA como ‘intermediador’ en el año 2016, indujo a los consumidores a error o engaño al anunciar (como se expuso) que esa división tenía por objeto aplicar las mejores prácticas regulatorias de la industria a nivel mundial, en circunstancias que esa maniobra tenía por verdadero propósito que METROGAS recomprara el mismo gas que ya tenía asegurado, pero a un precio más caro, para ocultar su verdadero costo.”*⁷⁴

⁷³ Demanda CONADECUS, p. 67.

⁷⁴ Demandas CONADECUS, pp. 68-69.

Como veremos, **Metrogas no ha incurrido en las infracciones denunciadas por CONADECUS.**

5.4.1. Respecto a la supuesta infracción del derecho del consumidor de contar con una información veraz y oportuna

5.4.1.1. Metrogas cumple con todos los deberes de información que impone la normativa sectorial especial y la LPDC.

A este respecto, cabe precisar cuál es el contenido del derecho establecido en la letra b) del artículo 3 de la LPDC.

Al respecto, Marcelo Barrientos Zamorano señala: “*Nos preguntábamos en otro trabajo nuestro ¿Cuál es el límite de la información y su deber de entregarla en los tratos preliminares de la relación de consumo? Esta pregunta tiene una respuesta llena de matices y de suyo compleja de responder de manera categórica, aunque hoy podemos dar una idea más certera a la luz de la historia de la norma del artículo 3 letra b) de la ley N° 19.496*”⁷⁵, para luego indicar a pie de página: “*Recordemos que además esta Ley de protección del consumidor 19.496 y sus reformas posteriores, señalan como un deber del proveedor suministrar la **información básica comercial** (art. 1° 3 y 30, por nombrar algunos).*”

Conforme lo sostenido por el profesor Barrientos, **el derecho del consumidor a contar con una información veraz y oportuna se vincula directamente con el suministro de la información básica comercial por parte del proveedor.**

Esta información es definida por el artículo 1 N° 3 de la LPDC como “*los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica.*”

Es decir, el derecho del consumidor a contar con una información veraz y oportuna **se satisface cuando se le suministra aquella información que, en virtud de una norma jurídica, un proveedor se encuentra obligado a entregarle.**

En el caso de Metrogas, el inciso final del artículo 23 de la LSG establece que “*Las empresas comercializadoras estarán obligadas a proporcionar a los clientes o consumidores la información*

⁷⁵ Barrientos Zamorano, Marcelo (2013). “Artículo 3° B)”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago, Legal Publishing, p. 99. Énfasis agregado.

relativa a las condiciones de prestación de sus servicios y la información generada por la prestación de éstos, conforme a lo establecido en el Reglamento.⁷⁶

Pues bien, el Reglamento de la Ley de Servicios del Gas (Decreto N° 67 de 2004) establece una serie de **deberes de información a cumplir por las empresas concesionarias del servicio de distribución de gas por red**, sin que ninguno de dichos deberes diga relación con el costo de aprovisionamiento pagado por la empresa distribuidora de gas por red, que es aquella información que CONADECUS denuncia como no entregada.

- Por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento establece:

*“Para garantizar la adecuada **atención e información a los clientes o consumidores**, las empresas deberán mantener un listado que se encuentre disponible a cualquier interesado, en forma gratuita, con todos los tipos de servicio de gas y servicios afines que presten. En este listado se detallará la estructura de las tarifas que corresponda aplicar en cada caso, las condiciones específicas de cada servicio y, respecto de los servicios de gas, su orden de prioridad en la asignación del suministro de gas en caso de interrupción. Las tarifas serán netas del impuesto al valor agregado, aunque deberán publicarse con dicho impuesto incluido.*

El listado será público, visible al menos en las oficinas de atención de la empresa y en su sitio en Internet, si lo posee, y deberá ser actualizado cada vez que se agregue, elimine o modifique las características de un servicio, las que regirán sólo desde que estén incorporadas en el listado. La empresa deberá enviar a la Superintendencia una copia de cada listado de servicios en un plazo de 5 días desde que ofrece los servicios o desde que se produzca alguna modificación en uno o más de los servicios prestados.

*En todo caso, cada vez que una empresa de servicio público de distribución modifique sus tarifas de servicio de gas y/o de servicios afines deberá publicarlas previamente en un diario de amplia circulación en las zonas donde presta servicio con al menos 5 días de anticipación a la entrada en vigencia de las nuevas tarifas, o alternativamente dar aviso previo a los clientes o consumidores en la boleta o factura, informando en ella la estructura y nivel de las nuevas tarifas. El formato de la publicación en el diario será definido por la Superintendencia.*⁷⁷

- A su vez, el artículo 14 del Reglamento prescribe que:

*“Las empresas distribuidoras de gas deberán tener a disposición de quien lo solicite, respecto de cada red de distribución de su propiedad, **al menos la siguiente información:***

- a) Tipo de Gas a suministrar.*
- b) Presión de servicio que puede suministrar.*
- c) Capacidad de suministro.*

Sin perjuicio de lo anterior, cundo se solicite información sobre las características técnicas del suministro para cumplir con la normativa de seguridad correspondiente, la empresa deberá entregar en un plazo no mayor de 10 días un Certificado de Factibilidad de Suministro, el cual deberá contar con la información ya señalada, complementada con la siguiente:

⁷⁶ Énfasis agregado.

⁷⁷ Énfasis agregado.

- d) **Potencia máxima y factor de simultaneidad, informados por el proyectista a la empresa.**
- e) **Fecha estimada de disponibilidad de suministro.**
- f) **Diámetro de tuberías de la red de distribución de gas para conexión, cuando corresponda.**

Asimismo, las empresas distribuidoras o suministradoras deberá atender y entregar, en forma oportuna y transparente, al interesado o al proyectista de la instalación interior de gas debidamente registrado en la Superintendencia, o de arquitectos o constructores civiles, en los casos en que están autorizados y facultado para ello por el interesado, según corresponda, toda la información sobre los servicios ofrecidos por ella y sobre las características técnicas del suministro, de acuerdo a las condiciones específicas del interesado. Para ello utilizará la información que entregue el solicitante y podrá utilizar la información que sea obtenida mediante inspección u otros medios, todo ello a elección de la empresa.

No obstante, la Superintendencia podrá determinar las condiciones sobre la oportunidad y forma de atender e informar a los interesados respecto de los servicios de gas y servicios afines que ofrezcan las empresas y de las características técnicas del suministro.⁷⁸

- Finalmente, el artículo 16 establece:

“Los clientes o consumidores podrán pedir a la empresa distribuidora o suministradora, en cualquier momento desde que se haya iniciado el servicio, información sobre las condiciones en que es prestado el servicio de gas y los servicios afines y sobre la propiedad y financiamiento del medidor y empalme, cuando corresponda. La empresa deberá entregar por escrito u otro medio que deje registro de ello, en un plazo de 15 días hábiles, los antecedentes al respecto, indicando, a petición del cliente o consumidor, la información requerida, sobre cualesquiera de las siguientes materias:

- a) Nombre o razón social de la empresa;
- b) Nombre o razón social y número del cliente o de quien haya suscrito la solicitud de servicio;
- c) Ubicación del lugar de suministro y determinación del inmueble o instalación a que está destinado el servicio de gas;
- d) Clasificación del consumidor de acuerdo al tipo de servicio;
- e) Características del servicio;
- f) Capacidad contratada, plazo de vigencia y condiciones de servicio;
- g) Tipo de tarifa y sus condiciones de aplicación;
- h) Servicios afines que se prestan, sus tipos de tarifas y condiciones de aplicación;
- i) Propiedad del medidor y su financiamiento; y
- j) Forma de financiamiento del empalme y condiciones en que se materializa, por parte del cliente, la adquisición de la parte del empalme que corresponda, cuando éste haya sido financiado por la distribuidora.

Cuando la empresa haya informado sobre estos antecedentes no podrá con posterioridad modificar de manera contradictoria dicha información, salvo excepciones justificadas que sean calificadas por la Superintendencia.⁷⁹

Como podrá apreciar US., ninguna de estas normas se refiere a una obligación de nuestra representada de informar a los consumidores sobre los términos del Contrato celebrado entre Metrogas y Agesa o el valor del aprovisionamiento de GN pagado por nuestra representada.

⁷⁸ Énfasis agregado.

⁷⁹ Énfasis agregado.

Lo que sí ordena la normativa sectorial, en virtud de lo expresado en los artículos citados del Reglamento, es a informar las tarifas, su tipo y los servicios afines a los que están asociados y demás puntos expuestos en los artículos transcritos precedentemente. Es decir, **nuestra representada tiene obligaciones legales de información, exhaustivas y precisas, para con la autoridad que la rige y con sus clientes.**

En este contexto, **Metrogas cumple con todas sus obligaciones de información para con sus clientes, consumidores y no consumidores**, disponiendo de diversos medios para entregar toda la información mandatada por el Reglamento y demás normativa sectorial.

Así, las boletas de Metrogas contienen todos los datos e información necesaria para el adecuado conocimiento de los valores a pagar, su desglose en consumo de los distintos tipos de servicio, identificación de los clientes, detalle de la cuenta, período cobrado, fecha de emisión, fecha de vencimiento, montos afectos y exentos a impuesto, total de boleta, consumo del mes, y demás información obligatoria en virtud de la normativa sectorial.

Asimismo, Metrogas ha dispuesto en su sitio web una herramienta para explicar a los clientes cada elemento de sus boletas, en los enlaces www.metrogas.cl/conocetuboleta y www.metrogas.cl/conocetuboletametrogas, que contienen explicaciones en texto, vídeo y secciones interactivas donde cada cliente puede hacer click en los puntos que desee consultar para desplegar la explicación respectiva.

Además, en cuanto a la información que debe proporcionarse en virtud del artículo 7 del Reglamento, Metrogas tiene publicado en su sitio web www.metrogas.cl/empresa el Listado de Tipos de Gas y Servicios Afines Prestados por Metrogas S.A., documento actualizado al 4 de agosto de 2022, y que expone en forma detallada todos los servicios prestados por Metrogas, en cuanto a sus características generales, especificaciones técnicas, condiciones específicas, requisitos a cumplir por la instalación, orden de prioridad del suministro en caso de interrupción, tarifas para cada tipo de servicio, definiciones de clientes según su tipo, y servicios no sujetos a cobro.

Todo lo anterior es fácil y claramente disponible para cualquier cliente, al acceder al siguiente botón que luego despliega el documento con la referida información al detalle:



Por si lo anterior fuera poco, Metrogas dispone de una sección de preguntas frecuentes en su sitio web⁸⁰, donde se abordan consultas relacionadas con precios, cortes y reposición del servicio, métodos de pago, facturación, entre otros.

Por tanto, no puede existir infracción al artículo 3° letra b) de la LPDC si aquella información que CONADECUS reclama no se encuentra dentro de aquella **información básica comercial que toda empresa debe entregar a los consumidores a partir de la aplicación de la LPDC y de las normas sectoriales aplicables a nuestra representada.**

Asimismo, estando definido de forma específica el estándar legal sobre la información que debe entregarse a los clientes, y cumpliéndose éste a cabalidad, según se ha expuesto en los párrafos precedentes, es totalmente antojadizo que CONADECUS estime que existiría infracción a cualquier deber de entregar información veraz y oportuna a los consumidores y de información básica comercial, ya que el contenido específico de dichas obligaciones se encuentra en la normativa sectorial, y ésta es cumplida estrictamente.

5.4.1.2. Por lo demás, Metrogas no se encuentra obligada a entregar a los consumidores el detalle de sus costos – No se trata de características que incidan en la decisión del consumidor a contratar sus servicios.

La infracción denunciada por CONADECUS es completamente falsa, ya que en ningún caso el derecho del consumidor a contar con una información veraz y oportuna alcanza a los costos en los que incurren los proveedores para vender un bien o prestar un servicio.

Al respecto, nuestra doctrina ha señalado que *“El derecho a la información del consumidor en la actualidad presupone una obligación precontractual legal del proveedor de **dar a conocer las características del bien, producto o servicio que constituye el objeto del contrato que pretende celebrar.**”*⁸¹

La estructura de costos de Metrogas, la identidad de sus proveedores del servicio de aprovisionamiento y las condiciones en las que se contrata este servicio **no** forman parte de la información que debe ser suministrada a los consumidores. **Lo único que Metrogas debe informar a los consumidores son las características del servicio que presta, es decir, el precio final del servicio y las cantidades suministradas a los consumidores.**

⁸⁰ http://www.contactometrogas.cl/index.php?controller=preguntas_frecuentes&seccion=1

⁸¹ Barrientos Zamorano, Marcelo (2013). “Artículo 3° B)”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago, Legal Publishing, p. 97. Énfasis agregado.

Este límite a la obligación de informar es reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia:

- Sobre esta materia, el profesor Marcelo Barrientos Zamorano señaló:

“Nos preguntábamos hace un momento ¿qué es lo que se ha de informar? La ley da mínimos: los componentes del producto en general, así como la idoneidad del bien o servicio para el fin que pretende satisfacer; las condiciones en que opera la garantía; el hecho de que el producto no dañe el medioambiente; la calidad de reciclable o reutilizable; en el caso de promociones por e-mail o a distancia, una dirección para suspender el envío de éstos (art. 28 B LPDC); el hecho de ser promoción u oferta y su duración, no bastando con depositar las bases en el oficio del notario como ocurría antes; el precio o la tarifa, total (con IVA u otros impuestos); la forma de pago y el costo del crédito asociado (art. 30 y 37 de LPDC).”⁸²

- En la misma línea, la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago dispuso:

“Que, asimismo, se cuestiona por el primer impugnante que hubiese incumplido el ‘deber’ establecido en el artículo 3° letra b) de la misma ley. Como es bien sabido, dicha disposición establece los derechos y deberes básicos del consumidor. Y en su letra c), se dispone: ‘b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos’. Esto es, establece por una parte el derecho a la información veraz y oportuna que tiene todo consumidor y, de manera correlativa, la obligación que sobre él pesa de informarse sobre los bienes, en este caso, ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos.

*Esto es, la norma legal, aunque resulte obvio decirlo, no está pensando en los vicios redhibitorios u ocultos del bien que se transa, sino en aquellas **características relevantes, destacadas, que distinguen al bien ofrecido de otros similares en el mercado**. Desde luego, en un bien nuevo, de una marca de alto estándar, no parece ser admisible que exista la obligación de informar probables fallas, que se producen en cerca de un 15% de los casos de esos vehículos, según se expresó en la querella y que no fue desmentido por la querellada y demandada.”⁸³*

Es decir, la información que debe proveer Metrogas a sus clientes es aquella que dice relación con las **características relevantes del servicio que presta a los consumidores para que puedan decidir correctamente sobre que producto comprar o que servicio adquirir; por lo que en el caso de Metrogas lo único relevante sería la seguridad del servicio y el precio cobrado por volúmenes de GN distribuido**. En ningún caso la descomposición de los costos de un proveedor constituye una característica relevante para que los consumidores contraten el servicio.

Sobre este particular bien cabría preguntarse:

⁸² Barrientos Zamorano, Marcelo (2013). “Artículo 3° B)”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago, Legal Publishing, p. 101. Énfasis agregado.

⁸³ Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones con fecha 24 de agosto de 2016 en el Ingreso a Corte N° 922-2016.

- ¿Acaso resultaría razonable que a un vendedor de zapatos se le exigiese informar a los consumidores el valor de sus suelas, del cuero, de los cordones? ¿Y cuál es su margen?
- ¿Alguien ha exigido a los vendedores de autos que informen al consumidor acerca del valor en que compraron a sus proveedores los neumáticos, piezas determinadas del motor, etc.?

Y así podríamos seguir eternamente. Es inadmisibles exigir a los proveedores de bienes o servicios que informen a los consumidores acerca de sus costos y de la utilidad que obtienen por aquellos productos que venden a público. De lo contrario, prácticamente todos los proveedores de nuestro país incurrirían en esta infracción, ya que ninguno informa sobre los costos de los insumos que derivan en el precio final de los bienes o servicios que ofrecen.

Es más, este tipo de información generalmente se refiere al *know how* y estrategias comerciales de los proveedores, constituyendo en muchos casos secretos industriales o comerciales que, según lo define el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI) “*Se puede considerar como secreto industrial o empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva.*”⁸⁴ Este tipo de información, a todas luces, no está disponible para el público general ni los consumidores, al encontrarse protegida por derechos de propiedad industrial.

En el caso de Metrogas, **esta es información que debe entregar a la Autoridad**, en específico a la CNE, y así lo ha hecho siempre, y siempre se ha determinado que no se ha sobrepasado el límite de rentabilidad impuesto por la Ley de Servicios del Gas, pese a que dicho órgano, para efectos de este chequeo, puede no considerar los gastos que tengan por único fin abultar los costos de una empresa distribuidora de gas por red.

En ningún caso se trata de información que deba ser suministrada a los consumidores. No es información relevante para que éstos elijan si contratarán o no el servicio que ofrece Metrogas, menos aun cuando la propia FNE ratifica que Metrogas es la empresa distribuidora, sin subsidio, que vende gas natural más barato en Chile.

⁸⁴ Definición de INAPI disponible en: <https://www.inapi.cl/portal/institucional/600/w3-article-832.html>

Todo lo anterior determina que no existe la infracción denunciada por CONADECUS. **Metrogas siempre ha cumplido con los deberes de información que le exige la normativa sectorial especial y siempre ha informado a los consumidores de las características relevantes de los servicios que presta.**

5.4.2. Respecto de la supuesta publicidad engañosa

Además, CONADECUS alega que Metrogas habría utilizado publicidad engañosa para inducir a error o engaño a los consumidores, respecto del verdadero costo de aprovisionamiento de GN.

Para señalar lo anterior, sostiene que esta información fue entregada a través de una publicación en el sitio web de nuestra representada: *“A partir de las declaraciones con las que la propia METROGAS informó al público sobre las razones de su división en el año 2016, los consumidores fueron inducidos a creer que estas mejores prácticas regulatorias de la industria a nivel mundial, que según METROGAS justificaban la división, se traducirían en mejores condiciones de suministro, concretamente en mejores precios.”*⁸⁵

A continuación, veremos las razones por las que no nos encontramos en un supuesto de publicidad engañosa como lo sostiene CONADECUS.

5.4.2.1. La información entregada por Metrogas es efectiva – La división corresponde al cumplimiento de las mejores prácticas regulatorias a nivel mundial.

En primer lugar, CONADECUS objeta que la división de nuestra representada, la constitución de Agesa y la celebración del Contrato no respondieron realmente a la aplicación de las mejores prácticas internacionales en la industria, sino que a una supuesta maquinación fraudulenta para aumentar los costos de Metrogas y con ello aumentar los precios a los clientes.

Sin embargo, la demandante solamente señala esto para afirmar su teoría del caso y con pleno desconocimiento acerca de las razones que justificaron la operación denunciada.

En efecto, ya hemos visto *supra* que el Banco Mundial, la Unión Europea y abogados extranjeros han recomendado expresamente la separación corporativa entre las actividades de distribución y aprovisionamiento de GN, para que de tal forma el mercado funcione de manera más eficiente.

⁸⁵ Demanda de CONADECUS, pp. 46-47.

Además, hemos visto como nuestro legislador ha tomado esta misma decisión para otros mercados energéticos, como el eléctrico, en el que las empresas distribuidoras solamente pueden desarrollar su giro de distribución de energía eléctrica.

Sin embargo, todo ello es convenientemente soslayado por CONADECUS, con el único afán de teñir de falsedad aquella información entregada por Metrogas a sus accionistas en el marco de la citación para la Junta Extraordinaria que decidió la división de nuestra representada.

Finalmente, debemos señalar a US. que la citación a Junta Extraordinaria de Accionistas en ningún caso señaló que la división fuese a significar necesariamente menores precios para los clientes de Metrogas. Esta afirmación efectuada por CONADECUS no es efectiva.

5.4.2.2. La información entregada por Metrogas a sus accionistas no constituye publicidad en los términos de la LPDC.

Como señalamos, esta imputación de CONADECUS se sustenta en una citación a Junta Extraordinaria de Accionistas de Metrogas, que es la siguiente:

Metrogas convoca a junta extraordinaria de accionistas para proponer la aprobación de división societaria



• Con el objeto de potenciar el desarrollo y enfocar la gestión de las actividades de distribución y aprovisionamiento de gas natural, que presentan distintos regímenes jurídicos, perfiles de riesgos y clientes, y en línea con las mejores prácticas internacionales se ha decidido la división de ambos negocios en sociedades diferentes. * Metrogas S.A. continuará siendo la distribuidora de gas natural para sus clientes residenciales, comerciales e industriales y la sociedad Aprovevisionadora Global de Energía S.A. será la encargada del negocio de aprovisionamiento. * Esta decisión forma parte de una reestructuración societaria que está llevando a cabo CGE, controlada por Gas Natural Fenosa, y que se inició con el acuerdo de división de los negocios de gas natural y gas licuado en diciembre 2015.

Santiago, 9 de mayo 2016. En sesión ordinaria de Directorio, Metrogas S.A. resolvió citar a una Junta Extraordinaria de Accionistas para proponer la aprobación de la división de Metrogas en dos sociedades, separando el negocio de aprovisionamiento de gas natural, del negocio de distribución, este último sujeto a regulación.

Metrogas S.A. continuará con la distribución de gas natural atendiendo a sus clientes residenciales, comerciales e industriales; mientras que la nueva sociedad **Aprovevisionadora Global de Energía S.A.**, realizará la compra del gas natural y comercialización mayorista a clientes que no están sujetos a regulación, tales como generadoras eléctricas, distribuidoras de gas natural y eventuales ventas internacionales.

Ambas sociedades tendrán la misma composición accionaria esto es: Gas Natural Chile S.A. 51,84%, Empresas Copec S.A. 39,83% y Gas Natural Fenosa Chile SpA 8,33%.

Esta división está en línea con las mejores prácticas regulatorias de la industria a nivel mundial y las recomendaciones de organismos internacionales, que aconsejan una separación entre la actividad de aprovisionamiento y la actividad de distribución del gas natural.

Esta decisión forma parte de una reestructuración societaria que está llevando a cabo CGE, controlada por Gas Natural Fenosa, y que se inició con el acuerdo de división de los negocios de gas natural y gas licuado en diciembre 2015.

86

Pues bien, esta supuesta infracción debe ser descartada, toda vez que Metrogas no ha emitido publicidad a los consumidores relacionada con su proveedor del servicio de aprovisionamiento, sino que se trata de una publicación en cumplimiento de lo que exige la Ley sobre Sociedades Anónimas.

El artículo 1° N° 4 de la LPDC define por publicidad “*la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28.*”

Como se puede ver, se entiende por publicidad una información que **(i)** va dirigida al público; y **(ii)** tiene por finalidad informar y motivar a los consumidores para la adquisición de un bien o la contratación de un servicio.

⁸⁶ Disponible en http://www.metrogas.cl/empresa/index.php?controller=noticia¬icia_id=299

Respecto de la finalidad de la publicidad, el profesor Íñigo de la Maza ha señalado: “*En cambio, tratándose de la publicidad, lo que se procura es estimular al consumidor a celebrar el acto de consumo.*”⁸⁷

En la especie **Metrogas no ha suministrado información a los consumidores respecto de su división y posterior contratación con Agesa, y lo que ha informado no tuvo por finalidad motivar a los consumidores a contratar sus servicios.**

- En primer lugar, la información en la que se basa CONADECUS para señalar que existe publicidad engañosa no fue dirigida al público consumidor. Como ya se señaló, fue información **dirigida a los accionistas de la Compañía para efectos de que votaran de manera informada en la Junta Extraordinaria de Accionistas** que decidió la división de Metrogas.
- En segundo lugar, dicha información no tuvo por finalidad motivar a los consumidores para que contratasen los servicios de Metrogas, sino que la **finalidad fue informar a sus accionistas sobre la separación de Metrogas y AGESA, y con ello la separación del negocio de aprovisionamiento de gas natural del de distribución**, lo que forma parte de una reestructuración societaria que estaba llevando a cabo CGE, y que está en línea con las mejores prácticas regulatorias de la industria a nivel mundial y las recomendaciones de organismos internacionales.

Así, al no constituir publicidad la información que Metrogas publicó en su momento, no puede existir publicidad engañosa, como alega CONADECUS.

5.5. No concurre la cuarta infracción legal denunciada: No existen cobros indebidos por parte de Metrogas.

A este respecto, CONADECUS, luego de una extensa exposición sobre la doctrina del enriquecimiento sin causa, sostiene: “*En este caso, las demandadas idearon y ejecutaron una estructura para subir artificialmente los precios de aprovisionamiento de GN para luego, por medio del engaño, ‘traspasar’ esos costos inflados a los consumidores. Pero ese mayor costo cobrado a los consumidores carece por completo de causa, esto es, no tiene una justificación económica ni jurídica, sino que responde únicamente a una estrategia elaborada por las demandadas para extraer un sobreprecio. Por ello debe ser necesariamente calificado como un ‘cobro indebido’.*”⁸⁸

A continuación, veremos las razones por las que no concurre esta supuesta infracción.

⁸⁷ De la Maza Gazmuri, Íñigo (2013). “Artículo 1° N° 3” en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago, LegalPublishing, p. 36.

⁸⁸ Demanda CONADECUS, p. 71.

5.5.1. Los cobros efectuados por Metrogas siempre han respetado la normativa sectorial que la regula.

En primer lugar, debemos descartar la existencia de cualquier cobro indebido por parte de Metrogas puesto que las tarifas que cobra a sus clientes siempre han respetado los límites establecidos por la regulación sectorial.

En efecto, como hemos planteado en esta presentación, nuestra representada está sujeta a un régimen de libertad tarifaria con un límite máximo de rentabilidad.

En este escenario, la CNE, autoridad que se encarga de velar por el cumplimiento de este régimen, analiza rigurosa y pormenorizadamente los costos de nuestra representada y sus ingresos, para verificar si se mantiene dentro del límite de rentabilidad establecido en la Ley del Gas.

En caso de que se sobrepase el límite, la sanción será la devolución de lo pagado en exceso a los clientes y la **imposición de tarifas reguladas**.

Sin embargo, como hemos señalado anteriormente:

- La CNE ha **verificado que Metrogas se mantiene dentro del límite de rentabilidad establecido por el legislador**, por lo que es libre de cobrar las tarifas que estime pertinentes.

Nos remitimos a los informes a que hemos hecho referencia.

- La CNE reconoció que Metrogas es la empresa de distribución de gas natural por red, sin subsidio estatal, **que cobra los precios más bajos a sus clientes**.

Sobre este punto y sin perjuicio de lo ya señalado, exhibimos lámina presentada en el Congreso Nacional por el economista experto de la Universidad de Santiago, Sr. Humberto Verdejo, quien, a partir de información pública, ratifica lo que hemos expuesto:



89

- La CNE también **validó el Contrato celebrado con Agesa**, determinando que las condiciones de aprovisionamiento establecidas en él corresponden a condiciones de mercado.

Nos remitimos a las Resoluciones de la CNE, ya citadas en este escrito.

En estas circunstancias, Metrogas no pudo haber impuesto cobros indebidos a los consumidores, más aún cuando goza, hasta el día de hoy, de libertad tarifaria, sin que haya sobrepasado el límite de rentabilidad establecido por el legislador.

5.5.2. Los cobros efectuados por Metrogas a sus clientes tienen causa, tanto jurídica como económica.

Además, luego de hacer una extensa exposición de la teoría del enriquecimiento sin causa, CONADECUS plantea que los supuestos cobros excesivos efectuados por Metrogas a sus clientes carecerían de causa, tanto jurídica como económica.

Sin embargo, como veremos, **lo planteado por la demandante es falso:**

⁸⁹ Presentación realizada con fecha 16 de agosto de 2022 por el Dr. Humberto Verdejo, Profesor del Departamento de Ingeniería Eléctrica de la Universidad de Santiago, ante la comisión especial investigadora de la Cámara de Diputados "[e]ncargada de reunir antecedentes sobre los actos del Ministerio de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles relativos al eventual sobreprecio cobrado por la distribuidora Metrogas", p. 10.

- **En primer lugar, los cobros efectuados por Metrogas a sus clientes sí tienen causa jurídica**, la que es obvia, el contrato celebrado con cada consumidor en virtud del cual presta el servicio de distribución de gas por red, servicio público regulado por la normativa sectorial, la que es cumplida a cabalidad por nuestra representada.

Recordemos que, en materia de enriquecimiento sin causa, la existencia de causa se refiere a un título que sirva de causa eficiente para la disposición patrimonial. Es decir, si existe un antecedente jurídico que justifique el traslado de bienes –en este caso dinero– de un patrimonio a otro.

En este caso **dicho antecedente jurídico es el contrato que Metrogas ha celebrado con cada uno de sus clientes**, el que, por lo demás, se encuentra regulado por la LSG, la que establece expresamente que las empresas distribuidoras de gas por red son libres de determinar sus tarifas y las pueden modificar siempre que cumplan con el límite de rentabilidad establecido por el legislador.

- **En segundo lugar, los cobros efectuados por Metrogas a sus clientes sí tienen causa económica**, puesto que constituyen la contraprestación del servicio de distribución de gas por red.

Ahora bien, en cuanto al mayor precio pagado luego de la división de Metrogas, éste también tiene un antecedente económico real, puesto que se sustenta en que Agesa pasó a hacerse cargo de todos los riesgos de la actividad de aprovisionamiento que antes era desarrollada por Metrogas.

Esto permite que nuestra representada cobre precios estables a sus clientes, que no estarán sujetos a la verificación de los riesgos de la actividad de aprovisionamiento, como ocurría antes.

Por tanto, como existe causa jurídica y económica para los cobros que efectúa nuestra representada a sus clientes, no puede considerarse que estemos ante una hipótesis de cobros indebidos.

- **Finalmente**, debemos reiterar que **el aumento de las tarifas que nuestra representada cobra a sus clientes no se vincula necesariamente con la operación cuestionada por CONADECUS**, sino que se debe al aumento de otros costos que nuestra representada debe asumir y que son considerados por el legislador para el cálculo del límite máximo de rentabilidad.

5.6. No concurre la quinta infracción legal denunciada: No existe infracción al derecho del consumidor a contar con una reparación oportuna y adecuada – Se trata de una norma programática que obliga al juez y que solamente recibe aplicación en el improbable caso que Metrogas sea condenada en autos.

Finalmente, CONADECUS sostiene que Metrogas habría infringido el derecho establecido en el artículo 3 letra e) de la LPDC, consistente en la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo con los medios que la ley le franquea.

Sobre este particular debemos señalar:

- En primer lugar, no puede existir infracción a esta norma, ya que ésta **es un mandato del legislador para que, en el marco de un procedimiento vinculado a la protección de los derechos de los consumidores, y en caso de que se acredite la existencia de una infracción y de daños a los consumidores, éstos sean reparados.**

Tal como lo señala el profesor Juan Ignacio Contardo:

*“En primer lugar, debe descartarse la idea de una atribución ‘legal’ de un derecho subjetivo (o poder) al consumidor por parte de este artículo. En efecto, por la sola virtud de este artículo el consumidor no tiene un poder para ejercer la ‘reparación’ e ‘indemnización’ en contra de alguien. **La norma adquiere individualidad cuando se concretiza por violación a otras normas de la LPDC, por ejemplo, la falta de conformidad de un producto (arts. 20 y 21) o servicio (arts. 40, 41 y 43), normas de seguridad (art. 44 y ss.), entre otras.***

Una opción interpretativa podría ser que la ‘reparación e indemnización oportuna y adecuada’ es una aspiración programática del derecho de consumo.

*Sin embargo, reducirla sólo a este carácter sería restringir en demasía su eficacia. Por esta razón, creemos que la norma en comento puede cumplir tres roles o funciones. En primer lugar, constituye un **mandato al poder público, en especial el judicial, para velar por la indemnidad (en sentido amplio) del consumidor frente a una infracción a la LPDC.** En segundo lugar, puede servir de norma interpretativa a la hora de decidir un conflicto determinado. Y, en tercer lugar, puede cumplir una función integradora de vacíos legales específicos dentro de la LPDC, frente a la ausencia precisa de normas que ordenen ‘reparaciones’ o ‘indemnizaciones’ a favor del consumidor.”⁹⁰*

Continúa el profesor Contardo:

“Por otra parte, es deseo del legislador que la reparación e indemnización sea ‘oportuna’.

⁹⁰ Contardo González, Juan Ignacio (2013). “Artículo 3° E”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago, Legal Publishing, p. 119. Énfasis agregado.

*Esta calificación del legislador más bien se condice con un **ideal procesal de acceso rápido y eficiente a la justicia, más que una problemática de derecho sustantivo.***

*Solo destacamos que se trata de un **postulado programático de no aplicación directa**, puesto que su configuración dependerá del procedimiento establecido por el legislador para la defensa de los derechos de los consumidores, por lo que no tiene un contenido propio o independiente de la normativa procesal de consumo.”⁹¹*

Es decir, **se trata de una norma programática que recibirá aplicación por el juez si procede**, el que, en virtud de ella, deberá aplicar el principio de “reparación integral del daño” y, ante una infracción y daños acreditados, deberá ordenar su indemnización.

Por tanto, previo a un procedimiento en el que se constaten las infracciones a la LPDC y la existencia de perjuicios ocasionados a los consumidores, **no puede existir infracción a su derecho de ser indemnizados adecuada y oportunamente de todos los daños.**

- En segundo lugar, no puede existir infracción a esta norma, porque **Metrogas no ha incurrido en ninguna infracción a la Ley de Servicios del Gas, a la LPDC, ni a ninguna otra norma aplicable a las materias analizadas.** Sin que se establezca dicha infracción, no surge la obligación de indemnizar supuestos daños.

CONADECUS pretende en autos algo distinto, ya que busca establecer respecto de Metrogas una obligación de indemnizar perjuicios sin un juicio previo legalmente tramitado en que se establezca la existencia de una infracción, violentando con ello, entre otros, el **derecho a defensa y al debido proceso** que asiste a Metrogas en este procedimiento.

- En tercer lugar, porque **los consumidores no han sufrido ningún daño.** Como demostraremos, la división de Metrogas y la contratación con Agesa no ha implicado los sobreprecios que señala CONADECUS en su demanda o la FNE en su Informe. Es más, **los clientes de Metrogas son los que pagan el menor precio por GN en todo Chile** (con excepción de la Región de Magallanes, que es subsidiado) y Metrogas es la empresa distribuidora de GN que lo adquiere al menor costo y que es más competitiva.

6. SEXTA EXCEPCIÓN O DEFENSA: No procede la aplicación de multas contra Metrogas.

Como veremos en este capítulo, no corresponde la imposición de multas a nuestra representada y, en subsidio, no las que pretende “conceptualmente” CONADECUS en su demanda.

⁹¹ Ídem, p. 128. Énfasis agregado.

En su demanda, pese a no solicitar un monto determinado de multas, CONADECUS incorpora un capítulo denominado “consideraciones para la determinación de las multas”, en el que expone las razones por las que, en su concepto, procedería la aplicación del máximo de las multas contempladas en la LPDC, por cada consumidor afectado y por cada infracción.

Al efecto, la demandante sostiene que *“las demandadas deben ser condenadas al máximo de las multas que la LPC prevé, por cada infracción y por cada consumidor afectado, o a las multas que S.S. determine conforme a derecho.”*⁹²

Como veremos a continuación, no corresponde la aplicación de ninguna multa a Metrogas y, en subsidio, en ningún caso aquella que CONADECUS pretende.

6.1. Metrogas no ha incurrido en ninguna infracción que amerite la imposición de multas.

En primer lugar, y como resulta lógico, **Metrogas no puede ser condenada al pago de multas porque no ha cometido ninguna infracción de ley, ya sea de la normativa especial que la regula como de las normas de la LPDC. Tampoco ha incurrido la triangulación fraudulenta que denuncia CONADECUS y menos ha celebrado contratos simulados.** Sobre el particular nos remitimos a lo ya señalado en esta presentación.

6.2. Metrogas no puede ser condenada al pago de una multa, toda vez que su actuar no es jurídicamente reprochable – Siempre actuó bajo la confianza legítima que le otorgó la validación de la autoridad competente.

Bien sabe US. que la responsabilidad infraccional derivada de la LPDC constituye el ejercicio del *ius puniendi* estatal, actividad sancionatoria del estado, y como tal, el hecho a sancionar debe cumplir con todos los requisitos necesarios para tales efectos.

Entre los principios sustantivos que rigen esta actividad sancionatoria nos encontramos con los de **legalidad, tipicidad, culpabilidad**, entre otros. Así lo señala el profesor Eduardo Cordero Quinzacara:

*“La jurisprudencia constitucional sigue un concepto amplio de sanción administrativa, comprensivo de los actos administrativos de efectos desfavorables, en el marco de los principios y garantías del racional y justo procedimiento administrativo (artículo 19 N° 3). Sin embargo, en relación con los principios sustantivos que rigen la potestad sancionadora de la Administración (**legalidad, tipicidad,***

⁹² Demanda de CONADECUS, p. 76.

*culpabilidad, responsabilidad personal, etc.), se ha centrado fundamentalmente en las sanciones administrativas stricto sensu.*⁹³

Así, las sanciones a imponer en virtud de infracciones a la LPDC deben dar estricto cumplimiento a tales principios, y por ende se deberá determinar para su aplicación la **conducta antijurídica y culpable del infractor**, es decir, **que exista un reproche a su conducta, más allá de la mera existencia de la infracción**. Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia:

- La ltma. Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto:

*“Que en el mismo orden de ideas y al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley N° 19.496, el concepto central es el del hecho ilícito, el que puede ser considerado desde un doble punto de vista, desde la perspectiva de aspecto contravencional y desde la perspectiva del derecho civil. La citada ley permite acumular al proceso infraccional una cuestión de naturaleza civil, y ello por cuanto un mismo hecho repercute en dos ámbitos del ordenamiento jurídico. De ahí entonces que la responsabilidad civil, en cuanto deber jurídico reparatorio, surge siempre que la conducta humana describe una hipótesis consagrada en la ley. De forma tal, la responsabilidad es una sanción destinada a restaurar el orden jurídico cuando éste se ha alterado como consecuencia de que un sujeto ha dejado de dar cumplimiento a sus obligaciones –responsabilidad contractual– **o ha cometido con dolo o culpa una conducta típica y antijurídica.**”*⁹⁴

- La ltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique ha establecido:

*“Que, para resolver adecuadamente la cuestión controvertida, cabe señalar que el artículo 23 inciso 1° de la Ley N° 19.496, Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores señala textualmente: ‘Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio’. **Se trata de una norma infraccional, pues el objetivo de la norma es establecer las infracciones en perjuicio del consumidor, y para lo cual, en consecuencia, y tener por configurada la infracción, se requiere que la conducta sea típica, antijurídica y culpable,** elementos todos que concurren en el presente caso, si se tiene presente que la ley establece que el proveedor responde por la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio.*”⁹⁵

Pues bien, **en la especie no concurre ni la antijuridicidad ni la culpabilidad que se exige para aplicar multas en esta sede**, toda vez que **Metrogas actuó cumpliendo con la normativa sectorial que la regula y bajo la confianza legítima de estar haciéndolo conforme los constantes pronunciamientos de la CNE.**

⁹³ Cordero Quinzacara, Eduardo (2013). “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativa en la doctrina y jurisprudencia chilena”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 20, N° 1, 2013, p. 101. Énfasis agregado.

⁹⁴ Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 3 de junio de 2014, Rol N° 8.281-2013. Énfasis agregado.

⁹⁵ Sentencia I. Corte de Apelaciones de Coyhaique con fecha 18 de julio de 2017, Rol N° 14-2017. Énfasis agregado.

Recordemos que la **CNE determinó que el Contrato era eficiente y por tanto lo validó de conformidad al artículo 12 transitorio de la Ley N° 20.999**. Nos hemos referido a la Resolución Exenta N° 411, de fecha 11 de agosto de 2017, en que se resolvió:

“Téngase por verificada que la gestión de compra de los siguientes contratos de Metrogas S.A. con empresas de su mismo grupo empresarial o por personas o entidades relacionadas, en los términos señalados en la ley N°18,045, de Mercado de Valores, en lo relativo a la compra de gas, servicios de regasificación y transporte por ductos, son económicamente eficientes de acuerdo a las condiciones de mercado, para efectos del chequeo de rentabilidad a que hace referencia la Ley de Servicios de Gas.”⁹⁶

Además de ello, **Metrogas nunca ha sobrepasado el chequeo de rentabilidad que año a año practica la CNE**. Así ha señalado por la propia CNE en las Resoluciones Exentas ya singularizadas en este escrito, referencia a la cual nos remitimos.

Es decir, el órgano competente **ha validado el actuar de nuestra representada y, debido a ello, Metrogas actuó bajo la confianza legítima de proceder conforme a derecho**.

Sobre el principio de confianza legítima, el actual Contralor de la República, don Jorge Bermúdez, ha señalado que: *“El principio de confianza legítima se deduce desde los principios constitucionales de Estado de Derecho (arts. 5, 6 y 7 CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N° 26 CPR). En virtud de él se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico. Se encuentra muy vinculado a la doctrina iusprivatista de los actos propios, de alcance más bien procesal, y aplicable a las partes del pleito, sean estas públicas o privadas. Por su parte, el principio de protección de la confianza legítima (Vertrauensschutz) supone **el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto ésta lo seguirá haciendo de esta misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares.**”*⁹⁷

En virtud del referido principio Metrogas no puede ser condenada al pago de multas en estos autos. **Al existir la confianza legítima de nuestra representada en que su actuar se ajusta a derecho, no hay antijuridicidad ni culpabilidad en su proceder**, por lo que no se cumplen con los requisitos necesarios para dar lugar a la multa solicitada por CONADECUS en su demanda.

⁹⁶ Énfasis agregado.

⁹⁷ Bermúdez Soto, Jorge, El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria, Revista de derecho (Valdivia) [online], 2005, vol.18, n.2 [citado con fecha 29-09-2016], pp.83-105. Énfasis agregado.

6.3. En subsidio, es improcedente la multa, por cuanto no hay consumidores afectados.

En subsidio, no corresponde la aplicación de multas a nuestra representada, puesto que no se ha afectado a los consumidores que son clientes de Metrogas.

Como hemos señalado en esta presentación, es muy llamativo que CONADECUS impute a nuestra representada haber afectado a los consumidores, en circunstancias que Metrogas es la empresa de distribución de gas por red, sin subsidio estatal, **que cobra los precios más bajos a sus clientes.**

Cabe recordar que el artículo 24 A de la LPDC establece: “*Tratándose de infracciones que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores, el tribunal graduará la multa de acuerdo a lo señalado en el artículo precedente y **al número de consumidores afectados.***”⁹⁸

Es decir, el criterio fundamental que tiene que utilizar el tribunal para graduar la multa a aplicar a una empresa que infringe la LPDC es el número de consumidores afectados.

Pese a que negamos categóricamente cualquier infracción a la LPDC, es del caso señalar que Metrogas no ha afectado a ningún consumidor con aquello que imputa CONADECUS.

Lo anterior, toda vez que sigue siendo la empresa de distribución de gas por red, sin subsidio, que cobra los precios más bajos a sus clientes, siempre se ha mantenido dentro del límite de rentabilidad que autoriza la LSG, conforme lo ha determinado la CNE –único organismo con competencia en esta materia– e incluso ha hecho importantes inversiones con la finalidad de expandir su red de distribución de gas, beneficiando con ello a nuevos sectores de la Región Metropolitana y la VI y X Regiones.

Si Metrogas puede cobrar los precios más bajos entre las distribuidoras de GN en Chile, es, entre otras razones, porque compra el gas natural a Agesa a los precios más bajos de Chile, tal como lo reconoció la propia FNE en su Informe. De hecho, así lo han reconocido expertos en esta área de la actividad económica.

En tal sentido, es evidente que **no existen consumidores afectados con los actos ejecutados por Metrogas**, incluso en el improbable caso que US. considere que éstos constituyen infracciones a la normativa sectorial especial que regula a nuestra representada y a la LPDC.

⁹⁸ Énfasis agregado.

6.4. En subsidio, no se puede imponer a Metrogas el máximo de las multas establecidas en la LPDC, como pretende CONADECUS.

En subsidio, para el improbable caso que US. determine que sí ha de aplicársele multa a Metrogas, en ningún caso ésta puede ser el máximo establecido por la LPDC por cada consumidor y por cada infracción, como lo pretende CONADECUS.

6.4.1. El número de consumidores que se habrían visto afectados por el actuar de Metrogas sería sustancialmente inferior al señalado por CONADECUS.

Primero, debemos señalar que no resulta aplicable en forma alguna la norma de la LPDC relativa a la aplicación de multas por cada consumidor que establece el artículo 24 A, por cuanto los hechos alegados en la demanda colectiva (que se precisan por el actor desde mediados de 2016 en adelante) son anteriores a la reforma legal que incorporó los criterios sancionatorios del artículo 24 A de la LPDC.

La Ley N° 21.081, que introdujo la referida modificación legal, fue publicada en el diario oficial recién el 13 de septiembre de 2018, por tanto, en virtud del artículo 19 N°3 de la Constitución Política, que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal, no puede aplicarse a una -supuesta- infracción sancionada con un castigo penal con otra pena distinta de aquella señalada por una ley promulgada con anterioridad a la perpetración de la -supuesta- infracción.

Intentar aplicar retroactivamente el artículo 24 A de la LPDC a los hechos que se discuten en esta demanda sería una flagrante infracción a la Constitución vigente. A mayor abundamiento, la Ley N°21.081, que estableció el nuevo artículo 24 A de la Ley del Consumidor, que faculta al tribunal para establecer multas por cada consumidor afectado, poseía vigencia diferida de 6 meses desde su publicación, esto es teniendo aplicación para aquellas infracciones cometidas con posterioridad al 13 de marzo de 2019.

Mismo criterio de irretroactividad de la ley debe tenerse en consideración en relación con el monto de la multa y los criterios del artículo 24 de la LPDC que también fue reformado por la Ley N° 21.081.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 24 A de la LPDC establece que *“Tratándose de infracciones que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores, el tribunal graduará la multa de acuerdo a lo señalado en el artículo precedente y **al número de consumidores afectados.**”*⁹⁹

⁹⁹ Énfasis agregado.

De esta forma, la multa debe ser sustancialmente rebajada porque de existir **consumidores afectados por las supuestas infracciones reclamadas por CONADECUS, éstos son sustancialmente menos que aquellos señalados por la demandante.**

- En primer lugar, CONADECUS se arroga la representación de los 785.000 clientes que aproximadamente tiene Metrogas, señalando que esta sería la cantidad de afectados por las supuestas infracciones que se imputan a nuestra representada, en circunstancias que:

- No pueden -como ya se explicó- considerarse aquellos clientes que pertenecen a los segmentos comercial e industrial, porque no pueden entenderse como consumidores bajo la LPDC.

Sobre este particular la LPDC es especialmente clara, en términos que, como ya señalamos, sólo pueden entenderse afectados aquellos que detentan la calidad de consumidores, calidad que no concurre en el caso de los clientes comerciales e industriales.

- **No pueden considerarse para estos efectos los consumidores que se encuentran en zonas de concesión respecto a las cuales el límite de rentabilidad no podría ser superado en ninguna circunstancia**, por lo que aquello que invoca CONADECUS como supuesto ilícito no produce ningún efecto.

Respecto a esto último, porque como bien sabrá US., el límite de rentabilidad sólo constituye una restricción activa para aquellas zonas de concesión que se encuentren cerca de alcanzarlo. En este caso, **Metrogas únicamente está en tal situación en la Región Metropolitana, pero no en sus otras zonas de concesión, las que incluso tienen rentabilidades negativas.**

Así, **los consumidores de la VI y X Región no se podrían ver afectados por aquello que CONADECUS reprocha en su demanda, porque en tales zonas de concesión, aun incorporando el margen de Agesa, el incremento de precios no habría sobrepasado el límite de rentabilidad.**

- **No pueden considerarse aquellos períodos en que el límite de rentabilidad no se habría superado incluso considerando el margen de comercialización de Agesa con Metrogas.**

Sólo podría existir algún daño si, considerando el margen de Agesa con Metrogas, se superase el límite de rentabilidad anual y sólo en el porcentaje al que corresponde dicho exceso. Por ello, no puede haber consumidores afectados en los períodos en que dicho límite no se hubiese superado.

Por todo lo anterior, en el improbable caso que se estime que debe aplicarse alguna multa a Metrogas, **ésta debe rebajarse de manera sustancial**, vinculándose sólo con los consumidores realmente afectados.

6.4.2. La aplicación del principio de confianza legítima determina que la multa deba ser sustancialmente menor a la máxima solicitada por CONADECUS – El actuar de Metrogas siempre fue validado por las autoridades sectoriales competentes.

En cualquier caso, si el principio de confianza legítima no es suficiente para excluir la aplicación de cualquier multa en contra de nuestra representada, **al menos debe ser un factor por considerar para rebajar la multa que se aplique a Metrogas.**

Comprenderá US. que si el actuar de Metrogas siempre ha sido validado por las autoridades sectoriales correspondientes, como la SEC y la CNE, **su conducta es menos grave**, justamente por confiar legítimamente que su conducta era completamente legal.

Esto es relevante toda vez que el inciso séptimo del artículo 24 LPDC establece que *“Efectuada dicha ponderación y para establecer el monto de la multa, se considerarán prudencialmente los siguientes criterios: **la gravedad de la conducta**, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso de que lo hubiere y la capacidad económica del infractor.”*

Como se puede ver, de conformidad a la norma, **la gravedad de la conducta constituye un factor preponderante a la hora de determinar las multas a las que se puede ver sujeto un proveedor en el marco de un juicio de estas características**, y ha de ser debidamente ponderado por S.S. al momento de imponer una eventual multa.

Así, al establecerse expresamente en la LPDC que la gravedad de la conducta es una de las circunstancias que US. debe tener en cuenta al momento de regular la multa, es perentorio que la multa a imponer a Metrogas sea rebajada sustancialmente, puesto que su conducta no puede considerarse como grave, atendido a que siempre fue ejecutada bajo la

confianza legítima de estar actuando dentro de la legalidad, en virtud de las resoluciones de la CNE a que hemos hecho referencia *supra*.

6.4.3. El Contrato Metrogas-Agesa se vincula sólo con un componente del precio cobrado a los consumidores, siendo el efecto en precio sustancialmente menor al que se invoca

Al solicitar Conadecus en estos autos una medida cautelar, pretende “***una rebaja en las cuentas mensuales que emite a sus consumidores, equivalente al 20% del componente “Servicio Gas Consumido” ...***”, es decir, limita su petición a dicho componente, sin vincularse con los demás elementos que pueden aparecer en una boleta.

Pero adicionalmente a ello, US. habrá de saber que el denominado “**Servicio Gas Consumido** incluye distintos elementos y conceptos, que van mucho más allá del costo al que Metrogas compra gas a Agesa.

En efecto, estos **elementos adicionales al costo de compra del gas** son, por ejemplo, (i) costo de regasificación; (ii) costos de terminal y transporte; (iii) gastos de comercialización; (iv) gastos de administración, (vi) costo de respaldo, (vii) los costos anuales de inversión, (viii) impuestos, etc.

Estos elementos **conforman en su totalidad un porcentaje muy elevado de lo que se cobra a los clientes por gas consumido y no se ven afectados por el contrato en cuestión.**

La consecuencia de ello es relevante en la especie, ya que determina que la **incidencia del contrato con Agesa, en el periodo en análisis, es, en promedio, inferior al 4%** del precio final a los clientes residenciales, es decir, sustancialmente menor a lo que se sostiene en la demanda.

De hecho, tal como incluso lo ha reconocido, públicamente la CNE, el efecto que puede haber tenido en los precios la celebración del contrato con Agesa, por ejemplo para el año 2020, es cercano al 5%.

Evidentemente Conadecus nada señala sobre este particular, pese a su relevancia.

6.4.4. La multa debe ser sustancialmente rebajada, debido a los beneficios que la operación de Metrogas reporta a los consumidores.

Por lo demás, la multa debe ser rebajada considerablemente, considerando los **importantes beneficios que trae para los consumidores la operación de Metrogas en el mercado de distribución de gas natural por red, tal como lo hemos señalado.**

Entre tales beneficios, podemos destacar los siguientes:

- En primer lugar, como ya hemos señalado a lo largo de esta presentación, **Metrogas es la empresa distribuidora, sin subsidio, que cobra los menores precios a sus clientes, todo ello gracias a una eficiente estructura de costos que se lo ha permitido.** Estructura de costos en los que se encuentra, precisamente, el Contrato.
- En segundo lugar, Metrogas ha desarrollado un intensivo programa de inversión para ampliar su red de distribución de gas, favoreciendo con ello a nuevos sectores de sus respectivas zonas de concesión, tal como vimos *supra*.
- En tercer lugar, incluso en aquellas zonas de concesión en que mantiene una rentabilidad negativa (Regiones VI y X), Metrogas ha desarrollado su programa de inversión.
- En cuarto lugar, y por último, existe un beneficio que deriva directamente del Contrato, cual es que en virtud de éste, **los precios a público pudieron mantenerse como los más bajos, sin verse alterados por las alzas que tuvo que asumir Agesa en sus precios de compra**, tal como señalamos *supra*.

Todos estos beneficios que la operación de Metrogas trae a sus clientes determinan que cualquier multa que haya que imponérsele a la Compañía deba ser sustancialmente rebajada por S.S.

6.4.5. En subsidio, concurre la circunstancia atenuante de no haber sido sancionada anteriormente por la misma infracción.

En subsidio, la multa también debe ser rebajada porque respecto de Metrogas concurre la circunstancia atenuante contemplada en la letra d) del inciso cuarto del artículo 24 de la LPDC, el que dispone:

“Se considerarán circunstancias atenuantes:

d) No haber sido sancionado anteriormente por la misma infracción durante los últimos treinta y seis meses, contados desde que esté ejecutoriada la resolución o sentencia sancionatoria. En caso de tratarse de una micro o pequeña empresa en los términos del inciso segundo del artículo segundo de la ley N° 20.416, no haber sido sancionada por la misma infracción durante los últimos dieciocho meses contados de la misma manera.”

Pues bien, Metrogas no ha sido condenada por las conductas que acusa CONADECUS en autos. Todo lo contrario, **todas las autoridades competentes han validado su actuar en todas las instancias correspondientes, por lo que corresponde aplicar esta circunstancia atenuante al momento de determinar cualquier multa.**

7. SÉPTIMA EXCEPCIÓN O DEFENSA: Prescripción extintiva de la acción infraccional deducida por CONADECUS – Desde el Contrato entre Metrogas y Agesa han transcurrido más de 2 años.

Por último, oponemos a la demanda infraccional deducida por CONADECUS la **excepción de prescripción extintiva de la acción, por haber transcurrido largamente el plazo establecido para tales efectos.**

- **Debe aplicarse a este respecto la norma vigente a la época de los hechos que denuncia la actora como supuesta infracción, la que establecía un plazo de 6 meses para la prescripción de la acción infraccional**

Conadecus reprocha en la especie la división de Metrogas, la constitución de Agesa y la contratación del aprovisionamiento de GN entre estas dos compañías, de fecha **20 de julio de 2016**. Es decir, el hecho sobre el cual se reprocha una supuesta triangulación fraudulenta y simulación contractual de las que se derivarían las infracciones a la LPDC que denuncia la demandante, **se remonta a ese momento preciso, cual es la celebración del Contrato de aprovisionamiento entre Metrogas y Agesa.**

A partir de ello, **corresponde aplicar la norma que regula la prescripción de la acción infraccional y que se encontraba vigente a la época del contrato con Agesa.**

Esta circunstancia es relevante en la especie, ya que el estatuto de prescripción de las acciones que persiguen la responsabilidad contravencional de los proveedores en ese momento era distinto, rigiendo el artículo 26 de la LPDC anterior a la reforma introducida por la Ley N°21.081, cuya vigencia comenzó el 14 de marzo de 2019.

Desde esta perspectiva, no cabe duda de que las acciones que persiguen la responsabilidad contravencional, derivadas de lo alegado por CONADECUS se han

extinguido al haberse cumplido el plazo de prescripción establecido en el artículo 26 inciso primero de la LPDC vigente al momento de verificarse las supuestas infracciones, que indicaba: “*Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva*”.¹⁰⁰

A este respecto debemos agregar que en razón de los principios que gobiernan la aplicación de la ley penal en el tiempo (comprendiendo para estos efectos todas las normas que asocian a sanciones y, en este caso, incluyen el Derecho Penal Económico, como ocurre precisamente con el Derecho del Consumidor y las infracciones que considera y que conlleva la aplicación de la pena de multa), **no puede realizarse una nueva valoración de los hechos pasados**. Los cambios de valoración legal de ciertos hechos no pueden hacerse extensivos a hechos pasados, sino solamente a hechos futuros.

Sobre este particular cabe precisar que una reciente sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, marzo 2021, rechaza expresamente la aplicación de normas de prescripción que no estaban vigentes en la fecha de ocurrencia de los hechos que se denuncian como supuesta infracción.

La sentencia declara que, atendido que la ampliación a 2 años del plazo de prescripción en la nueva norma del artículo 26 de la LPDC no se encontraba vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos que fueron ventilados en el juicio seguido ante la empresa Distribuidora de Industrias Nacionales S.A (Abcdin) por no respetar las condiciones de venta en Cybermonday 2016 (causa rol N° 13.900-2020 de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 9 de marzo de 2021),¹⁰¹ por cuanto la modificación legal que introdujo las nuevas reglas de prescripción entró en vigencia el 13 de septiembre de 2018, por lo que no cabe sino concluir que el plazo de prescripción legal que resulta aplicable en el caso de referido es aquél de 6 meses que establecía la ley con anterioridad a la reforma de que fue objeto.

Hay, por consiguiente, una aproximación, en lo relativo a la prescripción, que merece ser especialmente considerada, y que se relaciona con lo siguiente; “*Las expresiones ley vigente y ley aplicable no son sinónimas; puede suceder que la primera no sea la aplicable al caso, pero sí la segunda, que no está vigente por haber sido derogada o modificada*”.¹⁰²

¹⁰⁰ Énfasis agregado.

¹⁰¹ El considerando cuarto de esta sentencia establece lo siguiente: “(...) Huelga decir que la ley que debe aplicarse para resolver la cuestión, viene a ser aquella que regulaba los hechos al momento de su ocurrencia, entiéndase las infracciones, que como ya se dijo, son los días 7, 8 y 9 de noviembre de 2016. Lo anterior es de total relevancia y pertinencia por cuanto la demandada opuso la excepción de prescripción y, tal como lo señala y reconoce la propia sentencia impugnada en su considerando vigésimo cuarto, el antiguo artículo 26 de la Ley N° 19.496, llamada de Protección del Consumidor, establecía un plazo de prescripción de 6 meses computados desde que se hubiere incurrido en la infracción respectiva, plazo que, tras la modificación legal introducida por la Ley N° 21.081 publicada en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 2018, se amplió a 2 años contados desde que se hubiere cesado en la infracción respectiva”.

¹⁰² Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, segunda edición, 2019. Editorial Jurídica de Chile. P. 107.

El principio de legalidad que rige para todo el Derecho Sancionador (incluye las normas de Derecho Penal Económico como ocurre precisamente con la LPDC¹⁰³) exige recordar que en esta materia rige el principio de legalidad o de reserva, que exige que la ley que describe un delito sea previa, esto es, haya sido promulgada con anterioridad a la comisión del hecho.

De esta forma, y en relación con el caso de autos, **ninguno de los contenidos del actual artículo 26 de la LPDC aplica a estos hechos, es decir, ni la regla del mayor plazo de prescripción ni la regla de considerar el inicio del cómputo del plazo solo desde que hayan cesado la o las infracciones que correspondan.**

Por lo tanto, habiendo transcurrido con creces los 6 meses desde el acto que se estima constitutivo de las infracciones denunciadas, la acción está prescrita.

- **En subsidio, se encuentra igualmente prescrita la acción conforme a las normas de prescripción actualmente vigentes**

El artículo 26 de la LPDC establece:

“Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de dos años, contado desde que haya cesado en la infracción respectiva. Con todo, las acciones civiles prescribirán conforme a las normas establecidas en el Código Civil o leyes especiales.

El plazo contemplado en el inciso precedente se suspenderá cuando, dentro de éste, el consumidor interponga un reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Servicio Nacional del Consumidor, según sea el caso. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo. Asimismo, dicho plazo se suspenderá por la intervención del Servicio, entendiendo por ésta la comunicación formal del acto a través del cual se efectúe el primer requerimiento referido a la infracción en cuestión, el que en todo caso deberá ser suscrito por el funcionario competente, por requerir el afectado la intervención del Servicio o por el inicio de oficio de un procedimiento administrativo sancionatorio.

Las multas impuestas por dichas contravenciones prescribirán en el término de un año, contado desde que hubiere quedado firme la sentencia condenatoria.”¹⁰⁴

Como se aprecia, la norma establece un plazo de prescripción de la acción infraccional de dos años. Por lo tanto, debemos ver desde cuándo computaremos el plazo de prescripción para determinar si la acción deducida por CONADECUS se encuentra prescrita o no.

¹⁰³ Lorenzini Barría, Jaime. El derecho del consumidor como rama autónoma. ESTUDIOS DE DERECHO DEL CONSUMIDOR II (UDP) RUBICÓN EDITORES 2021. VIII Jornadas de Derecho del Consumo, Santiago, 28 y 29 de noviembre de 2018.

¹⁰⁴ Énfasis agregado.

La infracción sería una y clara, el supuesto abultamiento artificial de costos mediante la celebración del Contrato con una persona relacionada. Todos los hechos posteriores bien podrán ser consecuencia de aquel, pero no una ejecución de esta supuesta infracción.

Entonces, valga recordar que el Contrato se celebró entre nuestra representada y Agesa el día 20 de julio de 2016. **Es decir, entre dicho Contrato y la fecha de interposición de la demanda de autos transcurrieron más de 5 años, lo que determina que la acción infraccional esté prescrita.**

Asimismo, se cumplen los requisitos legales para declarar la prescripción extintiva de la acción, que son: a) Que la acción sea prescriptible; b) La inactividad del acreedor durante el tiempo que la ley haya determinado; c) Que la prescripción no haya sido interrumpida; y, d) Que la prescripción sea alegada.¹⁰⁵

a) Que la acción interpuesta sea prescriptible

La regla general de nuestro ordenamiento es que las acciones sean prescriptibles, existiendo sólo contadas excepciones a esta regla. La acción deducida por CONADECUS, que busca hacer efectiva la responsabilidad contravencional de Metrogas en el marco de la LPDC no es una de estas excepciones.

b) Transcurso del tiempo

Uno de los presupuestos básicos de la prescripción es el transcurso del tiempo.

Para establecer este elemento se deben determinar dos circunstancias: **(i)** desde cuándo comienza a correr el plazo (*102* *iez a quo*) y **(ii)** cuál es su extensión.

Por ello, el ya citado artículo 26 de la LPDC vigente al momento de las supuestas infracciones, en su inc. 1°, señala el plazo de seis meses desde la infracción.

En virtud de lo expuesto precedentemente, considerando que la supuesta conducta infractora se habría producido el día 20 de julio de 2016, la acción contravencional prescribió el 20 de enero de 2017 conforme al artículo 26 inciso 1° de la LPC vigente al momento de verificarse la supuesta infracción.

c) Inactividad de las partes

¹⁰⁵ DOMINGUEZ, R. *La prescripción extintiva*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 147.

La prescripción no sólo exige el transcurso de un determinado periodo de tiempo, sino también la inactividad jurídica de las partes. Esto quiere decir que **el transcurso del plazo no sea interrumpido válidamente antes de su cumplimiento.**

La regla general en la materia se encuentra en el artículo 2518 del Código Civil que dispone que la interrupción de la prescripción se produce por la **notificación de una demanda judicial**, salvo los casos enumerados en el artículo 2503. A su vez, el artículo 2503 señala que no se producirá la interrupción de la prescripción “1°. *Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal*”.

La Excma. Corte Suprema, interpretando este conjunto de normas, ha señalado que “*No se produce la interrupción si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal, por lo que, a contrario sensu, sólo dicha notificación tiene la virtud de producirla*”.¹⁰⁶

En fallos recientes ha ratificado esta postura. Por ejemplo, el año 2020 la E. Corte Suprema dispuso que: “*A juicio de esta Corte, la interpretación correcta de dichas normas [art. 2503 y 2518 del Código Civil] es aquella que considera que **la interrupción del plazo de prescripción extintiva se produce con la notificación judicial de la demanda, efectuada en forma legal, actuación que impide que se complete el plazo de que se trata.** Entender que para ello basta su sola presentación, implicaría, en primer lugar, que quedaría al arbitrio del demandante la determinación de la época en que la interrupción se consolidaría, lo que ocurriría solo cuando decida que se lleve a cabo la notificación; en segundo término, no se comprender a la excepción del número 1° del artículo 2305 del texto legal antes citado, ya que si no se produce la interrupción en el caso de notificación ilegal de la demanda, menos se concebiría que la interrumpe si no ha sido notificada de modo alguno; y, en tercer lugar, porque con tal postura se estaría dotando a esa actuación judicial -notificación de la demanda- de un efecto retroactivo que no reconoce nuestra legislación*”¹⁰⁷.

Por tanto, no cabe duda que según lo expuesto, se han cumplido todos los requisitos de la prescripción extintiva, al haber transcurrido con creces los plazos correspondientes, entre que se verificó la infracción alegada y la notificación de la acción colectiva de CONADECUS.

Ello determina que se encuentra cumplido el plazo de 6 meses (e incluso el plazo de 2 años) para el ejercicio de la acción contravencional o infraccional deducida por CONADECUS.

En virtud de todo lo anterior, aún en el improbable caso que US. Determine que Metrogas incurrió en las infracciones que reclama la demandante, la demanda deberá ser de todas formas desestimada por encontrarse las acciones ejercidas prescritas.

¹⁰⁶ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema de fecha 27 de abril de 2005 en el Ingreso a Corte N° 2.579-2003.

¹⁰⁷ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 16 de octubre de 2020, Ingreso Corte N° 19.556-2019, Considerando quinto. Énfasis agregado.

POR TANTO,

Con el mérito de lo expuesto, de las normas legales citadas en la presentación y demás aplicables,

PEDIMOS A US. Tener por contestada la demanda deducida por CONADECUS en representación del interés colectivo y difuso por infracciones a la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, interpuesta en lo principal de la presentación de folio 1 de este cuaderno y, en virtud de lo expuesto en esta presentación, rechazarla en todas sus partes, con expresa condena en costas.

PRIMER OTROSÍ: José Miguel Gana Eguiguren y Rubén Urrutia Pulido, abogados, en representación de **Metrogas S.A. (“Metrogas”)**, en autos caratulados **“CONADECUS con Aprovevisionadora Global de Energía S.A. y otra”**, rol **C-8.843-2021**, cuaderno principal, a US. Respetuosamente decimos:

Que estando dentro de plazo, **venimos en contestar la demanda de indemnización de perjuicios deducida por CONADECUS en representación del interés colectivo, interpuesta en el primer otrosí de la presentación de folio 1 de este cuaderno, solicitando su completo rechazo, con expresa condena en costas**, en razón de los argumentos de hecho, derecho y económicos que pasamos a desarrollar.

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA INDEMNIZATORIA EN REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO INTERPUESTA POR CONADECUS.

En el primer otrosí de su presentación de folio 1, y conjuntamente con la demanda deducida en lo principal de dicha presentación, CONADECUS deduce demanda de indemnización de perjuicios en representación del interés colectivo de los consumidores, buscando la reparación de los daños que se habrían ocasionado por las supuestas e inexistentes infracciones denunciadas en autos.

Al efecto, señala que los consumidores habrían sufrido tanto daño emergente, lucro cesante y daño moral. Sobre el particular, señala que *“tales daños son patrimoniales (restitución de los cobros indebidos, además de aquellas sumas por concepto de lucro cesante) y morales (por*

vulneración a la dignidad humana, y por la angustia y aflicciones provenientes de la afectación de los derechos irrenunciables de los consumidores)."¹⁰⁸

En lo que sigue, revisaremos las razones por las que la demanda de indemnización de perjuicios en representación del interés colectivo de los consumidores presentada por CONADECUS es totalmente improcedente, razón por la que deberá ser rechazada por US. En todas sus partes.

II. REMISIÓN EXPRESA A LOS ANTECEDENTES DE HECHO EXPUESTOS EN LO PRINCIPAL.

Para evitar caer en reiteraciones innecesarias, y en virtud del principio de economía procesal, solicitamos a US. Tener por expresamente reproducidos los hechos expuestos en el Capítulo II de lo principal de esta presentación, los que determinan la total improcedencia de la demanda indemnizatoria en representación del interés colectivo deducida por CONADECUS.

III. RAZONES QUE DETERMINAN LA IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS SOLICITADA POR CONADECUS.

1. Metrogas no ha incurrido en las infracciones denunciadas.

En primer lugar, debemos descartar cualquier posibilidad de indemnización de perjuicios porque Metrogas no ha incurrido en ninguna infracción a la normativa sectorial que la regula, a la LPDC o a cualquier otro cuerpo normativo. Todo lo contrario, el actuar de Metrogas siempre ha sido validado por todas las autoridades competentes. Nos remitimos a lo ya señalado en lo principal de esta presentación.

Así, al no existir infracción, no hay antecedente que justifique la obligación de Metrogas de indemnizar perjuicios en estos autos.

2. No existe factor de imputación: Metrogas no ha actuado con culpa o dolo – Siempre contó con la aprobación de la autoridad sectorial.

Como bien sabe US., a menos que nos encontremos en un régimen de responsabilidad objetiva, el factor que determina que una persona deba responsabilizarse del perjuicio sufrido por otra es la culpa. Ya sea en el ámbito contractual como en el ámbito extracontractual.

¹⁰⁸ Demanda CONADECUS, p. 78.

Así, el artículo 1547 del Código Civil, referido a la responsabilidad contractual señala:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes.”

Por su parte, el artículo 2329 del Código Civil, referido a la responsabilidad extracontractual, dispone:

“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”

Es decir, **el régimen general de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento es por culpa, vale decir, debe concurrir la culpa o dolo del agente que ocasiona el daño para que sea obligado a indemnizar perjuicios**. Ello aplica a la responsabilidad que invoca CONADECUS en estos autos.

Al respecto, el profesor Enrique Barros sostiene:

“La culpa da lugar al régimen común y supletorio de responsabilidad civil. Por el contrato, en todos los sistemas jurídicos, la responsabilidad estricta está referida a riesgos o actividades específicos. Por eso, aunque la responsabilidad estricta ocupe ámbitos relativamente amplios de la vida de relación (como es el caso del derecho francés), el régimen residual es siempre la responsabilidad por culpa- En verdad, que la culpa sea constitutiva del régimen general de responsabilidad civil resulta de las exigencias de la vida en comunidad, porque es simplemente impensable un sistema de responsabilidad que nos obligue a reparar los innumerables daños que recíprocamente nos provocamos a consecuencia de nuestra actividad cotidiana.”¹⁰⁹

Sin embargo, en la especie no existe culpa por parte de Metrogas. Recordemos que **nuestra representada actuó siempre bajo la confianza legítima de que su actuar se apegaba estrictamente a la normativa sectorial vigente que la regula**.

Es decir, Metrogas **en ningún momento tuvo conciencia o se llegó a representar incluso que podría incurrir en un incumplimiento normativo al momento de dividirse, contratar con Agesa y posteriormente que dicho contrato fuese validado como eficiente por la CNE**.

¹⁰⁹ Barros Bourie, Enrique (2010). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 75-76.

Elo incluso se verifica si vemos los chequeos de rentabilidad a los que se ha sometido Metrogas y verificamos que en ninguno de ellos se ha sobrepasado el límite de rentabilidad que establece la Ley de Servicios del Gas.

Así, **es imposible formular un reproche a la conducta de nuestra representada, ya sea constitutivo de culpa o dolo**, razón por la que no puede ser obligada a indemnizar perjuicios a los consumidores que CONADECUS dice representar.

3. Inexistencia de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

Como es obvio, para que sea procedente la indemnización de perjuicios **es necesaria la existencia de daño**. Ello, conforme al principio de reparación integral del daño, el que señala que debe repararse *“todo el daño y nada más que el daño”* y que tiene su sustento normativo en el artículo 2329 del Código Civil.

Pues bien, en el caso de autos **existen múltiples factores que determinan que no existen daños reales a los consumidores que son clientes de Metrogas y aquellos otros que dice representar CONADECUS**.

3.1. Inexistencia del daño emergente demandado por CONADECUS.

3.1.1. No existe daño emergente a los consumidores, porque Metrogas no ha superado el límite de rentabilidad legal – En un régimen de libertad tarifaria un distribuidor solo podría afectar a sus consumidores en tanto sobrepasara tal umbral fijado por la ley sectorial, caso en el que pasaría a régimen de tarificación.

Tal como hemos revisado, el artículo 30 de la LSG establece expresamente que **Metrogas, y toda empresa distribuidora de gas por red, tiene completa libertad tarifaria**, disponiendo en lo pertinente que *“Toda empresa de gas podrá determinar libremente el precio del servicio de transporte o servicio de gas que realice a clientes o consumidores, o entre sí, y los precios de los servicios afines que correspondan.”*¹¹⁰

Esta libertad tarifaria reconoce un límite en la ley, cual es el límite máximo de rentabilidad a que hace referencia el artículo 30 bis de la LSG.

¹¹⁰ Énfasis agregado

De esta forma, Metrogas, como cualquier otro concesionario, es libre para fijar el precio del GN, en tanto no supere el referido límite fijado por el legislador.

Ello, sin perjuicio que si un distribuidor sube excesivamente sus precios (que no es el caso de Metrogas), serán los consumidores los que preferirán un bien sustituto, lo que determinará que este proveedor perderá clientes y posición en el mercado.

Conforme a lo señalado, y lo dispuesto por la normativa citada, **sólo existirán perjuicios a los consumidores en tanto un distribuidor de GN, en este caso Metrogas, incremente los precios cobrados a éstos, y a partir de los ingresos que ello le reporte sobrepase el referido límite máximo de rentabilidad a que hace referencia el artículo 30 bis de la LSG, lo que no ha ocurrido en la especie.**

En este caso, **Metrogas no superó este límite de rentabilidad de acuerdo con los chequeos de rentabilidad que anualmente ha realizado la CNE, por lo que no existen perjuicios a los consumidores que indemnizar.**

3.1.2. Además, el supuesto daño reclamado no es indemnizable, ya que no es cierto – Se trata de un daño meramente eventual o hipotético que descansa en un escueto ejercicio de la FNE incorporado en un Informe.

Uno de los requisitos para que el daño sea indemnizable es su certeza, es decir, que se trate de un daño que no sea meramente eventual. Al respecto, el profesor Enrique Barros Bourie señala:

*“a) **La doctrina exige que el daño reparable sea cierto.** El requisito de certidumbre hace referencia a la materialidad del daño, **a su realidad.** La certidumbre del daño sólo puede resultar de su prueba. b) El requisito de la certidumbre no suele presentar problemas tratándose de un daño actual, ya producido. En ese caso, la víctima alega que antes de la presentación de la demanda ha sufrido una pérdida (daño emergente), o que ha dejado de obtener un ingreso o una ganancia (lucro cesante). Más difícil es mostrar que es cierto el daño futuro, pues éste envuelve necesariamente una cierta contingencia (especialmente el lucro cesante). A este respecto, el derecho da por satisfecha la exigencia de certidumbre si existe una probabilidad suficiente de que el daño se vaya a producir.”¹¹¹*

Sin embargo, el daño reclamado por CONADECUS está lejos de tener la certidumbre que se exige para ser indemnizado.

Basta ver la forma en que la demandante calcula los supuestos daños a los consumidores para darse cuenta de aquello:

¹¹¹ Barros Bourie, Enrique (2010). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 236. Énfasis agregado.

“No obstante, esta parte, sobre la base del completo y detallado informe realizado por la FNE, cuenta con una estimación preliminar respecto de los cobros indebidos que han soportado los consumidores con ocasión del actuar de las empresas demandadas, desde mediados de 2016 y a l menos hasta la fecha de presentación de esta demanda. En efecto, de acuerdo a tales estimaciones preliminares entregadas por la FNE, efectuadas a título meramente indicativo e ilustrativo, y sin perjuicio de la prueba que se rendirá en su oportunidad, de la facultad del tribunal de crear grupos y subgrupos de consumidores afectados, de ordenar los informes periciales que estime pertinentes y/o estimar prudencialmente los daños causados a los consumidores y de requerir de la demandada la exhibición de los documentos y antecedentes que resulten pertinentes para determinar el número de consumidores afectados y la entidad del perjuicio, el daño emergente total anual causado los consumidores ascendería a la suma aproximadamente USD \$80 millones, en su equivalente en moneda nacional.

Así las cosas, considerando que las maniobras mediante las cuales las demandadas abultaron artificialmente sus costos comenzaron en junio de 2016 con la división de METROGAS y la creación de AGESA, y luego con la celebración de un contrato entre ambas, el cálculo total estimativo del impacto patrimonial que han debido soportar los consumidores finales, es decir, de lo que éstos se han visto forzados”¹¹²

Como se puede ver, la demandante señala que el daño emergente estaría constituido por el supuesto sobreprecio que habrían pagado los consumidores producto de las pretendidas e inexistentes infracciones que denuncian, las que derivarían de una ficticia “triangulación fraudulenta” y simulación contractual.

Sin embargo, la propia demandante señala sobre este supuesto sobreprecio que existiría *“Un grupo de personas afectadas en sus derechos por una misma conducta: la actuación ilícita y defraudatoria a la confianza de las empresas demandadas al ocultar sus verdaderos costos y mantener precios artificialmente altos (entre un 12,7% y un 20%), con la sola finalidad de acrecentar indebidamente sus ingentes ingresos.”¹¹³*

Así, la demandante utiliza **las sumas** extraídas del Informe de la FNE, las que **no son exactas -ni siquiera precisas- y de las cuales, como hemos señalado reiteradamente, discrepamos. Tal es así que la propia FNE manifestó que serían estimativas**, ya que tienen una variación no menor de **7.000 millones de pesos**.¹¹⁴

Es decir, los perjuicios demandados son inciertos, por las siguientes razones:

- En primer lugar, lo señalado por CONADECUS se basa en **cifras inexactas entregadas por la FNE en su Informe**, las cuales adolecen de relevantes errores y no tienen ninguna validez.

A modo de ejemplo, el chequeo de rentabilidad se realiza por Región y considera un límite de rentabilidad anual que ha tenido variaciones relevantes durante los años considerados

¹¹² Demanda CONADECUS, pp- 102-103.

¹¹³ Demanda CONADECUS, p. 80. Énfasis agregado.

¹¹⁴ Informe Final FNE, p. 23.

en el estudio de la FNE, sin que ello haya sido considerado en los cálculos estimativos de la FNE.

Tal es así, que la propia FNE señala de forma particularmente imprecisa en su Informe el impacto que habría tenido en los precios a consumidores del sector residencial la separación de Metrogas y posterior contratación con Agesa:

*“La acción de Metrogas, como grupo, tuvo un impacto relevante. En efecto, desde febrero de 2017, fecha de publicación y entrada en vigencia de la Ley N°20.999, **ha significado un incremento de entre un 12,7% y 20,2%** en el precio de gas natural residencial pagado por los clientes de Metrogas.”¹¹⁵*

Como se puede ver, **la propia FNE da un rango de 7,5% para calcular la afectación al sector residencial, o de otra manera, su estimación tiene una diferencia de prácticamente un 80% de acuerdo con el rango calculado por la propia autoridad - entre un 12.7% y un 20%-.** Es decir, un perjuicio completamente indeterminado y que, por tanto, no puede ser indemnizado por carecer de absoluta certeza.

- En segundo lugar, porque **la propia CONADECUS señala que estos cálculos son meramente “estimativos”**. Es decir, la propia demandante es consciente del defecto de su demanda y lo explicita en ella, dejando en claro que los perjuicios cuya reparación solicita son meramente eventuales y carecen de toda certeza.
- En tercer lugar, porque CONADECUS no señala en su demanda a qué zonas de concesión corresponden los daños sufridos por los consumidores. Recordemos que el límite máximo de rentabilidad se define por zona de concesión, y Metrogas opera en la Región Metropolitana, VI y X Regiones, por lo que **la situación de los consumidores de las diferentes regiones es muy diferente**, tanto así que, como sostendremos, los consumidores de la VI y X Regiones en ningún caso han sufrido perjuicio.
- Y como si lo anterior no fuese suficiente, los cálculos en base a los cuales demanda CONADECUS contenidos en el Informe elaborado por la FNE, fueron **desacreditados en una presentación efectuada por la CNE**, entidad con competencia específica para chequear la rentabilidad de Metrogas, el 30 de agosto de 2022, ante la “Comisión Investigadora Encargada de reunir antecedentes sobre los actos del Ministerio de Electricidad y Combustibles relativos al eventual sobreprecio cobrado por la distribuidora Metrogas”.

En efecto, en la presentación realizadas por la CNE, dicha entidad determinó que, de no haber existido Agesa -que es precisamente el reproche de la demanda-, Metrogas habría

¹¹⁵ Informe FNE, p. 23. Énfasis agregado.

incrementado su precio entre un 5,0% y un 8,3%, mostrando un promedio entre el año 2016 y 2020 de a lo sumo 6,4%.

Es decir, la misma CNE evidencia que el informe desarrollado por la FNE y su estimación de sobreprecio se aleja de la realidad. Más aún este número presentado oficialmente por la CNE, demuestra que la solicitud de Conadecus excede en varias veces el efecto que podría tener AGESA sobre el precio de Metrogas.

¿En qué quedamos S.S.?; ¿el supuesto sobre costo es de un 12,7% -estimación base de la FNE; de un 15%, un 20% -estimación tope de la FNE-, o de un 6% -estimación de 30 de agosto de la autoridad específicamente mandatada para analizar la materia, la CNE?

¿Cómo podría determinarse un supuesto perjuicio con base en dichos cálculos S.S., si las propias autoridades que se han pronunciado sobre la materia se contradicen de manera tan sustancial?

Es claro que los supuestos sobrecostos -y, por ende, los supuestos perjuicios demandados, carecen por completo de certidumbre, y en tales condiciones, la acción indemnizatoria no puede ser acogida.

3.1.3. El supuesto daño fue mal demandado o, en subsidio, su extensión es sustancialmente inferior a la pretendida.

Para intentar determinar el monto de los perjuicios que se demandan CONADEUS echa mano a los cálculos elaborados por la FNE, que señala que el Contrato entre Metrogas y Agesa habría implicado un alza de entre un 12,7 y 20,2% de los pagos mensuales que efectúan los consumidores por el suministro de gas, sin hacer distinción de ninguna especie.

Es decir, la pretensión indemnizatoria es una cifra que emana de multiplicar por 5-6 años, entre un 12,7% y un 20,2% de los que se cobra mensualmente a los clientes finales de Metrogas, al voleo y sin distinción.

Sin embargo, ocurre que **CONADECUS omite explicar a S.S. que las boletas de Metrogas consideran una serie de elementos, y varios de ellos no tienen absolutamente ninguna relación con el Contrato entre Agesa y Metrogas.** Es decir, se trata de elementos que se incluyen en la tarifa que se cobra a los clientes, que nunca pudieron verse afectados por la existencia del Contrato entre Agesa y Metrogas.

Como ya hemos señalado, Conadecus deliberadamente omite que el Contrato entre Metrogas y Agesa sólo se vincula con uno de los elementos contenidos en el precio al

consumidor, referido en el concepto, **“Servicio de Gas Consumido”**, cual es el costo del gas, no así con los otros elementos que forman parte de este.

En efecto, en adición al costo del gas, **el concepto de “Servicio de Gas Consumido” incorpora una serie de elementos -o costos-, que no se ven afectados por el contrato con Agesa, tales como: (i) costos de regasificación; (ii) costos de terminal y transporte; (iii) gastos de comercialización; (iv) gastos de administración, (v) costo de respaldo, (vi) los costos anuales de inversión y (vii) impuestos, etc.**

Insistimos: Ninguno de dichos conceptos, que conforman el mayor porcentaje del concepto **“Servicio Gas- Consumido**, se vincula con el costo del gas propiamente tal, que Metrogas adquiere de Agesa merced al contrato entre dichas partes, ni su valor se ve alterado o determinado por éste.

El resultado de ello es que la incidencia del contrato con Agesa en el periodo en análisis, es, en promedio, inferior al 4% del precio final a los clientes residenciales, es decir, sustancialmente menor a lo que se sostiene en la demanda.

Por lo mismo, es que tal como lo refleja la figura 36 del Informe de la FNE, Agesa es la comercializadora que menos cobra (menos que Enap, su principal competidor) y su precio se justifica en base al servicio que entrega y los riesgos que asume.

Lo expuesto es sumamente relevante para efectos de la presente acción indemnizatoria, pues al haber reclamado como perjuicios los pretendidos “cobros indebidos” completamente al voleo y sin especificar a qué parte de la tarifa correspondería el monto reclamado como excesivo -de entre un 12,7% y un 20,2%, la pretensión indemnizatoria es completamente indeterminada, sin que sea posible determinar respecto de qué parte de la tarifa mensual debiese calcularse el supuesto porcentaje de sobrecosto, y, por ende, el supuesto daño.

Ello, por sí solo, determina que la acción se encuentra mal enderezada y debe ser desestimada.

Pero, en subsidio, al existir conceptos en la boleta de Metrogas que no se ven afectados por el Contrato entre Agesa y Metrogas -ya sea porque no forman parte del “Servicio Gas Consumido” o porque siendo parte de él, no corresponden al precio que Metrogas paga a Agesa-, la extensión del daño reclamado debe forzosamente acotarse a dicha parte de la tarifa, pues los restantes ítems que componen la boleta, no sufrieron variación alguna como consecuencia de la existencia de dicho Contrato.

3.1.4. Metrogas presta el servicio de distribución, sin subsidio, a los menores precios en Chile.

Por lo demás, resulta a lo menos particular que CONADECUS alegue que se ha generado un daño a los consumidores en circunstancias que **nuestra representada es la distribuidora de gas por red, sin subsidio, que cobra más barato por sus servicios en todo el país según información de la CNE**. Cabe hacer presente que se debe exceptuar del análisis a la Región de Magallanes, donde existe un subsidio estatal y cuentan con precios regulados.

En este sentido, la operación de Metrogas está muy **lejos de significar un perjuicio para los consumidores, sino que importa grandes beneficios para ellos, puesto que aquellos consumidores que se encuentran en las zonas de concesión donde opera nuestra representada, acceden a los mejores precios**.

Lo anterior fue ratificado ante el Congreso Nacional por el economista experto de la Universidad de Santiago, el Profesor Dr. Humberto Verdejo, tal como señalamos en lo principal, quien manifestó que *“[e]stos contratos o esta figura que se generó entre AGESA y Metrogas ha ido derechamente en beneficio, en función de precio al usuario final del gas natural por cañería.”*¹¹⁶

Como ya hemos señalado, **Metrogas es la empresa distribuidora, sin subsidio, que compra el GN al precio más barato en el país, y es precisamente esto lo que le permite cobrar precios tan competitivos a sus clientes**, precios que van incluso por debajo de otros combustibles sustitutos, como es el gas licuado de petróleo.

3.1.5. La actividad de Metrogas genera importantes beneficios a los consumidores e incluso algunos derivan directamente del Contrato.

A modo de resumen, y como vimos *supra*, entre tales beneficios, podemos destacar los siguientes:

- **En primer lugar**, como ya hemos señalado a lo largo de esta presentación, **Metrogas es la empresa distribuidora con libertad tarifaria que cobra los menores precios a sus clientes, todo ello gracias a una eficiente estructura de costos que se lo ha permitido**.

¹¹⁶ Exposición realizada con fecha 16 de agosto de 2022 por el Dr. Huberto Verdejo, Profesor del Departamento de Ingeniería Eléctrica de la Universidad de Santiago, ante la comisión especial investigadora de la Cámara de Diputados “[e]ncargada de reunir antecedentes sobre los actos del Ministerio de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles relativos al eventual sobreprecio cobrado por la distribuidora Metrogas”, minuto 45:37. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=A81oH7hbVa4>. Última consulta: 2 de septiembre de 2022.

Estructura de costos en los que se encuentra, precisamente, el Contrato celebrado con Agesa.

- En segundo lugar, Metrogas ha desarrollado un intensivo programa de inversión para ampliar su red de distribución de gas, favoreciendo con ello a nuevos sectores en sus respectivas zonas de concesión, tal como vimos *supra*.

Por ende, resulta forzado e impropio que se aleguen perjuicios contra una empresa que, lejos de perjudicar a sus clientes, los beneficia con una operación que cumple con todos los estándares de seguridad y calidad de servicio y, además de ello, es la más competitiva del país.

3.2. Inexistencia del lucro cesante demandado – Metrogas no ha cobrado sobreprecios a sus clientes y, en cualquier caso, se trata de un daño meramente especulativo.

Respecto de esta partida indemnizatoria, CONADECUS señala que “*en la especie se demanda el lucro cesante consistente en los intereses corrientes del dinero pagado excesivamente por los consumidores defraudados con ocasión del actuar ilícito de las demandadas, que se ha extendido desde mediados del 2016 y a lo menos hasta la fecha de presentación de esta demanda.*”¹¹⁷

Como veremos a continuación, este daño es completamente inexistente, por lo que no debe ser indemnizado.

3.2.1. Metrogas no ha cobrado sobreprecio alguno a los consumidores, por lo que no se puede calcular un interés corriente sobre éste.

Esta pretensión indemnizatoria de la demandante debe ser rechazada, porque Metrogas no ha cobrado sobreprecio alguno a sus clientes. Como hemos señalado en esta presentación, nuestra representada se ha mantenido siempre dentro de los límites de rentabilidad establecidos en la normativa sectorial, cuestión que año tras año ha declarado la CNE.

En virtud de ello, Metrogas actualmente cuenta con completa libertad para determinar sus tarifas, siempre y cuando con su cobro no exceda el límite máximo de rentabilidad que ha dispuesto el legislador.

Si nuestra representada tiene libertad tarifaria, ¿cómo podría cobrar un sobreprecio? ¿Acaso CONADECUS pretende que US. Establezca, más allá de lo dispuesto por la ley y

¹¹⁷ Demanda CONADECUS, pp. 105-106.

normativa sectorial, el precio que debe cobrar nuestra representada a sus clientes? Ello escapa completamente de la jurisdicción de US.

Pues bien, quedando en evidencia que no existe un sobreprecio cobrado a los consumidores, **tampoco puede existir un lucro cesante sufrido por éste, considerando que lo demandado es el interés corriente calculado sobre dicho sobreprecio.**

3.2.2. En subsidio, el lucro cesante demandado por CONADECUS es meramente especulativo, careciendo de la certeza necesaria para ser indemnizado.

En subsidio, para el improbable caso que US. Determine que nuestra representada sí cobró un sobreprecio a sus clientes –lo que negamos categóricamente– de todas formas debe ser rechazado el lucro cesante demandado por CONADECUS toda vez que éste es meramente especulativo, careciendo, por ende, de la certeza necesaria para ser indemnizado.

En efecto, como vimos *supra*, uno de los requisitos de todo daño para ser indemnizado es que se trate de un daño cierto o que, al menos, tenga un grado de certeza de ocurrencia lo suficientemente alto.

Esto último es lo que ocurre con el lucro cesante. Esta partida indemnizatoria se sitúa en la situación contrafactual según la cual el ilícito denunciado no se produjo para calcular las ganancias que habría obtenido la víctima en tal caso. Pero en este cálculo no se debe considerar toda posible ganancia, sino que solamente aquella que con una muy alta probabilidad hubiese ocurrido efectivamente.

Sin embargo, ello no se da en el lucro cesante demandado por CONADECUS, pese a que es la propia demandante quien se refiere en extenso a la necesidad de certeza de este daño para ser indemnizado.

Así, CONADECUS señala que *“Los intereses corrientes representan, en este caso, la rentabilidad razonable y cierta que se habría obtenido del capital que se destinará a tales gastos y que, evidentemente, se dejará de percibir.”*¹¹⁸

Sin embargo, huelga cuestionarse ¿cuántos consumidores habrían destinado los dineros que supuestamente corresponden a un sobreprecio a invertirlos en instrumentos financieros que asegurasen un interés corriente?

¹¹⁸ Demanda CONADECUS, p. 106.

3.3. Ausencia del daño moral demandado – Es carga procesal de CONADECUS acreditarlo.

En cuanto al daño moral demandado, como veremos a continuación, éste no puede ser indemnizado y, en cualquier caso, es carga de CONADECUS acreditarlo fehacientemente en autos.

3.3.1. Cuestión preliminar: La LPDC ha establecido limitaciones y restricciones a la procedencia de los daños morales colectivos en litigios de esta especie

El artículo 51 N° 2 inciso segundo de la LPDC regula la procedencia excepcional del daño moral en los procedimientos colectivos es la siguiente, estableciendo “*Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica o la dignidad de los consumidores*”.

En este litigio, se denuncia una -inexistente- maniobra para hacer un cobro monetario superior en las cuentas de distribución de GN al que hubiere correspondido. Es decir, se trata de una cuestión eminentemente monetaria, económica, y en forma alguna los hechos permiten encuadrar en una circunstancia que implique afectación a la integridad física o psíquica o la dignidad de los consumidores.

Los esfuerzos creativos de la parte demandante por intentar subsumir los hechos en hipótesis de afectación a la dignidad llaman la atención por ser del todo forzados, inaplicables y desproporcionados, intentando de una manera indebida torcer el texto y el espíritu de la norma de la LPDC que reconoció con estas limitaciones apuntadas los daños morales colectivos. El genuino sentido de esta norma es que no toda infracción va a conllevar la posibilidad de daños morales colectivos, ya que ello desnaturaliza la lógica de la regulación existente.

En la demanda se utiliza la noción de daño moral siguiente: “*Como se sabe, ante todo la indemnización del daño moral se identifica con la expresión latina pretium doloris o “precio del dolor”. Llama poderosamente la atención la inconsistencia del demandante en esta parte de la demanda colectiva que, a sabiendas de los aportes de la doctrina y la jurisprudencia, haya elegido incluir una definición obsoleta, hoy en día inaplicable y carente de bases, como ocurre precisamente con la noción de daño moral. El profesor Mauricio Tapia (patrocinante en esta misma causa), ha aclarado que “(...) la misma consideración del daño moral como una noción equivalente al “precio*

del dolor” ha sido ampliamente superada en el derecho chileno (en la doctrina y en la jurisprudencia)”.¹¹⁹

Esto, por sí solo, permite anticipar que las alegaciones y argumentaciones en numerosas partes de la demanda colectiva, y en particular en esta materia, resultan forzadas para lograr llamar la atención al tribunal sobre aspectos que en derecho no corresponden formen parte de una decisión judicial.

Con anterioridad a la reforma de la ya referida Ley N° 21.081, no se permitía en forma alguna la procedencia de los daños morales en un litigio colectivo (la respectiva norma establecía lo siguiente: “*Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor*”). La reforma legal del año 2018 vino a reconocer en forma muy limitada esta posibilidad.

Por ello, la doctrina autorizada ya anticipaba cuando se estaba discutiendo la procedencia de los daños morales colectivos, los intentos que podrían llegar a producirse por parte de los legitimados activos en el uso y abuso de la noción de daños morales colectivos. Al efecto el profesor Jaime Lorenzini al abordar los límites naturales que conlleva la indemnización por daño moral en un litigio colectivo indicaba que se “*exigirá una gran responsabilidad de los legitimados activos en los juicios colectivos (en particular Sernac y las asociaciones de consumidores) para no deformar la noción de daños morales colectivos*”.¹²⁰

Dicha responsabilidad no concurre en la especie.

3.3.2. El daño moral demandado no es significativo, requisito de todo daño para ser indemnizado

La demandante justifica el daño moral que demanda con frases como esta: “*En la especie concurre este daño, pues las víctimas han debido enfrentar la aflicción de verse expuestas a soportar, durante años y de manera totalmente injustificada, cargas patrimoniales verdaderamente defraudatorias para acceder a un bien de primera necesidad (como lo es el gas natural por redes), básico y elemental para la mayor parte de los chilenos y sus familias. Aflicción que se ve profundizada si se considera, como ya se ha señalado en reiteradas oportunidades, que la demanda de gas es prácticamente inelástica y que no existe un bien sustituto de fácil acceso para los consumidores, toda vez que optar por el bien sustituto por naturaleza, a saber, la electricidad, conlleva costos de*

¹¹⁹ Tapia Rodríguez, Mauricio. Daño moral de las personas jurídicas en el derecho chileno. Revista crítica de Derecho Privado, N° 11, año 2014, Editorial La Ley Uruguay. P. 1312.

¹²⁰ Lorenzini Barría, Jaime. Los daños morales colectivos en las relaciones de consumo. Estudios de Derecho Civil X, 2015, editorial Thomson Reuters, P. 452.

implementación que, en la mayoría de los casos, no puedes (sic) ser soportados, haciendo que el bien sustituto en cuestión sea absolutamente privativo.”¹²¹

En otro pasaje la demandante señala: “Aplicando estas nociones a este caso, es posible concluir que existe una afectación a la dignidad de las personas cuando las demandadas han ocultado la información respecto de sus verdaderos costos mediante maniobras, no han traspasado a los consumidores esos verdaderos costos y, lo que es peor aún, han defraudado la confianza de los consumidores, imponiéndoles precios que no se condicen con la realidad. La afectación se produce desde el momento que las demandadas instrumentalizan la necesidad de los consumidores de acceder a un bien de primera necesidad, para obtener mayores márgenes de ganancia, sin reflejar, en los precios de venta al consumidor, sus verdaderos costos.”¹²²

Como se puede ver, para CONADECUS existiría daño moral atendido a que los consumidores habrían sufrido aflicción por tener que pagar precios que habrían sido artificialmente inflados –lo que no es efectivo– y se habría conculcado su dignidad por haber sido tratados como un fin para que nuestra representada obtuviese mayores márgenes de ganancia.

La verdad es que, más allá de la efectividad de estas afirmaciones, las que desde ya rechazamos y que deberán ser acreditadas por CONADECUS, **no se trata de un daño significativo, como para ser indemnizable en esta sede.**

Recordemos que uno de los requisitos indispensables del daño para ser indemnizado es que tenga el carácter de significativo, no que constituya una simple molestia por el hecho de vivir en sociedad. Tal como lo señala el profesor Enrique Barros:

“El daño debe ser significativo. A) La noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común. Los beneficios de la vida en sociedad exigen inevitablemente ciertos grados recíprocos de tolerancia respecto de las turbaciones provocadas por los demás. Por eso, no toda turbación da lugar a reparación. En definitiva, el daño sólo da lugar a responsabilidad civil si es significativo o anormal. Siguiendo a Carbonnier, puede decirse en materia de daño que ‘lo que no es serio no es jurídico’.”¹²³

En la especie el daño moral demandado **en ningún caso puede ser considerado como significativo.** Todo lo contrario, no pasa de ser meras molestias derivadas de aumentos de precios que, por lo demás, **no se deben necesariamente a aquello que imputa CONADECUS en la especie.**

¹²¹ Demanda CONADECUS, p. 109.

¹²² Demanda CONADECUS, p. 112.

¹²³ Barros Bourie, Enrique (2010). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 226. Énfasis agregado.

Tan patente es ello que el daño que demanda CONADECUS llega incluso a confundirse con los ilícitos que imputa en su demanda –que no son efectivos–. Así, la demandante asegura que existiría aflicción y una conculcación de la dignidad de los consumidores por la existencia de un supuesto e inexistente sobreprecio.

Entonces ¿cualquier infracción a la LPDC –más allá de su efectividad o no– genera daño moral para los consumidores? Entender el daño moral de esta forma hace que el mismo pierda sentido y la indemnización de perjuicios pierda su carácter eminentemente reparatorio.

Así, **el daño aducido como perjuicio extrapatrimonial carece de la significancia necesaria como para poder ser indemnizado**, razón por la cual se deberá rechazar la demanda a este respecto.

3.3.3. El daño moral demandado por CONADECUS es meramente especulativo y será carga suya acreditarlo en el proceso

En segundo lugar, el daño extrapatrimonial demandado debe ser desestimado porque es meramente especulativo. Nos gustaría conocer las pruebas en base a las que CONADECUS señala que los consumidores sufrieron aflicción y una transgresión a su dignidad, o incluso si los consumidores tienen conocimiento de los hechos que CONADECUS pretende que se declaren como ilícitos en autos.

Es importante que CONADECUS acredite esta circunstancia en autos, porque de lo contrario demostraría que toda su alegación de daño moral no pasa de ser una mera quimera.

Además, valga recordar a US. que es de carga de la demandante acreditar tal circunstancia, tal como lo expresa el artículo 51 N° 2 de la LPDC, el que establece: *“Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica o la dignidad de los consumidores. Si los hechos invocados han provocado dicha afectación, **será un hecho sustancial, pertinente y controvertido en la resolución que reciba la causa a prueba.**”*¹²⁴

De esta norma es posible extraer **dos conclusiones sumamente relevantes**:

- La primera, que en la especie **no se puede presumir el daño moral**, sino que debe ser acreditado. Por ello el legislador estableció expresamente que debe

¹²⁴ Énfasis agregado.

incorporarse como un hecho sustancial, pertinente y controvertido en la resolución que recibe la causa a prueba.

- La segunda, que es deber de la demandante, en este caso CONADECUS, acreditar la efectividad del daño moral alegado.

Desde ya anunciamos a US. que CONADECUS no podrá acreditar el daño moral que reclama, razón por la que su demanda en cuanto a esta partida indemnizatoria deberá ser completamente desestimada.

3.4. En todo caso, la normativa sectorial ha establecido cuál podría ser el único daño indemnizable en caso de que se exceda el límite de rentabilidad, que es aquello que en el fondo reprocha CONADECUS

Finalmente, la indemnización pretendida por el actor también tiene que ser rechazada, ya que la normativa sectorial ha establecido cuál sería el único daño indemnizable en caso de que una empresa concesionaria del servicio público de distribución de gas por red sobrepase el límite de rentabilidad establecido en la ley, que es lo que en el fondo reprocha CONADECUS.

En efecto, el artículo 31 bis de la LSG establece:

*“Artículo 31 bis. **Todos los clientes** de aquella empresa concesionaria que haya excedido la tasa de rentabilidad económica máxima, en conformidad a lo señalado en los artículos anteriores, tendrán derecho a recibir la devolución del monto correspondiente al exceso de rentabilidad obtenido, el cual será calculado por la Comisión en el informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, y se distribuirá entre sus clientes en proporción al volumen de gas facturado durante el último año calendario.*

Las devoluciones a que se refiere este artículo se efectuarán, a elección del cliente, mediante reembolso en dinero efectivo o descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento de la respectiva empresa concesionaria, reajustadas según la variación que haya tenido el Índice de Precios al Consumidor en los meses respectivos, más los intereses corrientes.

*El monto de la devolución para los clientes será establecido por la Comisión mediante resolución, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, **correspondiéndole a la Superintendencia instruir las normas para dicha devolución.**”¹²⁵*

Conforme a esta norma, únicamente corresponde la indemnización del sobreprecio pagado por los clientes a causa de que la empresa de distribución de gas por red sobrepase el

¹²⁵ Énfasis agregado.

límite de rentabilidad, pero en ningún caso un hipotético lucro cesante ni un supuesto daño moral sufrido.

Cabe señalar que en este caso específico –como en muchos otros en legislaciones sectoriales– el legislador establece expresamente cuáles son los perjuicios que se pueden derivar de una infracción determinada, y solamente dicha indemnización corresponderá, quedando excluidas las otras.

Por ello, en el presente caso no puede indemnizarse el lucro cesante ni el daño moral demandado por CONADECUS en favor de los consumidores que dice representar.

4. En subsidio, para determinar el monto de la indemnización de perjuicios se deben considerar circunstancias que determinan una rebaja sustancial de ésta.

En subsidio, para el improbable caso que US. determine que Metrogas sí debe ser condenada a pagar perjuicios en estos autos, se deberán tomar en cuenta las siguientes consideraciones, que determinan una rebaja sustancial en el monto de los perjuicios a indemnizar y de las personas a las que alcanzará la indemnización:

4.1. Indeterminación de la causalidad de los perjuicios demandados por CONADECUS – No se puede determinar que cualquier aumento de precio se debe únicamente a la división de Metrogas y posterior contratación con Agesa.

Una primera cosa que debe tener en claro US. es que, en materia de reparación de daños, rige el principio de causalidad, en virtud del cual **el daño únicamente es reparable cuando éste derive directa e inmediatamente del hecho imputable y negligente de un tercero.**

Son varias las normas en nuestro ordenamiento jurídico que hacen referencia a ello.

- El artículo 1556 del Código Civil prescribe: “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, **ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.***”¹²⁶
- El artículo 1558 del Código Civil establece: “*Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de **todos los perjuicios que fueron una consecuencia***

¹²⁶ Énfasis agregado.

*inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.*¹²⁷

- El artículo 2329 del Código Civil dispone: “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*”¹²⁸

Por tanto, **debe establecerse un vínculo de causalidad, tanto natural como normativo, entre el hecho que sería fuente del daño y el daño mismo.**

En este caso ello no concurre. De hecho, la propia **FNE en su Informe, y CONADECUS en su demanda, no señalan fehacientemente que los supuestos daños (sobrepuestos) sean consecuencia inmediata y directa de la división de Metrogas y posterior contratación con Agesa.**

Y ello es así, porque **son muchos los factores que pueden incidir en un alza de los costos de Metrogas y, con ello, en un alza de los precios a los consumidores.** Por ejemplo, aumento en el precio internacional del GN, variaciones el tipo de cambio, mayores costos de transporte o regasificación e impuestos.

A este respecto nos remitimos a lo ya señalado anteriormente en esta contestación, lo que solicitamos se tenga por reproducido.

Es decir, las alzas de precios que identifica la FNE y sobre las que CONADECUS sustenta su pretensión indemnizatoria pueden, perfectamente, deberse a estos cambios en los costos de Metrogas, y no se vinculan con el Contrato celebrado con Agesa.

Con ello, el vínculo de causalidad entre la totalidad del daño demandado y el actuar reprochado por CONADECUS se desvanece, lo que determina que sea improcedente la indemnización de perjuicios demandada, o bien, que lo sea en una proporción mucho menor.

4.2. En subsidio, los perjuicios sólo podrían ascender a aquella parte del alza de precios que implicase el exceso del límite de rentabilidad establecido por el legislador, en los períodos y zonas en que ello se produce.

El artículo 31 bis de la Ley de Servicios del Gas establece expresamente que **todos los clientes de un distribuidor tendrán derecho a que éste le devuelva todo lo pagado en exceso y que determinó que el aludido proveedor excedió el límite de rentabilidad**

¹²⁷ Énfasis agregado.

¹²⁸ Énfasis agregado.

económica, ya que en lo pertinente indica: “Artículo 31 bis. **Todos los clientes de aquella empresa concesionaria que haya excedido la tasa de rentabilidad económica máxima, en conformidad a lo señalado en los artículos anteriores, tendrán derecho a recibir la devolución del monto correspondiente al exceso de rentabilidad obtenido, el cual será calculado por la Comisión en el informe de rentabilidad anual a que hace referencia el artículo 33 quáter, y se distribuirá entre sus clientes en proporción al volumen de gas facturado durante el último año calendario.**”¹²⁹

Por ello, cualquier hipotética indemnización de perjuicios sufridos por consumidores solo podría enmarcarse en aquella alza de precios que excede este límite de rentabilidad, por los períodos específicos que ello pudiese haber ocurrido y en las zonas en que se hubiese producido.

4.3. No es correcto el incremento de precios señalado por CONADECUS – Dicho incremento –de existir– es muy inferior al demandado.

Como señalamos, las cifras entregadas por CONADECUS para señalar el monto al que ascendería el total de los perjuicios sufridos por los consumidores a raíz del actuar de Metrogas se sustentan en el Informe elaborado por la FNE en el marco del Estudio del Mercado del Gas, el que la demandante cita reiteradamente en su demanda.

Pues bien, los cálculos efectuados en dicho Informe son completamente errados.

Recordemos que la FNE señala indeterminadamente en su Informe que “La acción de Metrogas, como grupo, tuvo un impacto relevante. En efecto, desde febrero de 2017, fecha de publicación y entrada en vigencia de la Ley N°20.999, **ha significado un incremento de entre un 12,7% y 20,2%** en el precio de gas natural residencial pagado por los clientes de Metrogas.”¹³⁰

Pero, como quedará en evidencia en la etapa procesal correspondiente y como ya señalamos, **no es efectivo que se haya producido un incremento injustificado de precios en relación con los actos que señala la actora.**

Como ya desarrollamos, Conadecus omite referirse y considerar los elementos que pueden determinar un alza de precios y que no se vinculan con el Contrato con Agesa.

Ello, sin considerar el beneficio obtenido por los consumidores el año 2021 por la existencia de Agesa y el Contrato reprochado por CONADECUS, sobre lo que ya nos hemos referido *supra*.

¹²⁹ Énfasis agregado.

¹³⁰ Informe FNE, p. 23. Énfasis agregado.

Así, en caso de que se decida condenar al pago de perjuicios a Metrogas, éstos serán sustancialmente menores a la desproporcionada suma que pretende CONADECUS en estos autos.

4.4. No pueden ser indemnizados los clientes de Metrogas que no son consumidores – Corresponde que los segmentos comercial e industrial sean excluidos de cualquier indemnización en esta sede.

Recordemos que CONADECUS demanda en supuesta representación de los cerca de 785.000 clientes de Metrogas. Al hacerlo, poco le importó si se tratan de clientes del segmento residencial, comercial o industrial, pues al parecer, para la demandante todos serían consumidores en los términos de la LPDC.

Sin embargo, como hemos señalado *supra*, no todos los clientes de Metrogas son consumidores. **Justamente aquellos clientes que pertenecen a los segmentos comercial e industrial no lo son, es más, todo lo contrario, son proveedores en los términos de la LPDC.** Al respecto nos remitimos a lo ya señalado en esta presentación.

Por lo tanto, cualquier indemnización que determine este Tribunal, deberá ser con la exclusión de los clientes de Metrogas que pertenecen a los segmentos comercial e industrial.

4.5. No pueden ser indemnizados los clientes de Metrogas que, perteneciendo al segmento residencial, se encuentran en zonas de concesión en las que no hay posibilidad de superar el límite de rentabilidad.

Como ya señalamos, el límite de rentabilidad solamente resulta una restricción activa para aquellas zonas de concesión que se encuentren cerca de alcanzarlo. En este caso, **Metrogas únicamente está en tal situación en la Región Metropolitana, pero no en sus otras zonas de concesión, las que incluso tienen rentabilidades negativas.**

Así, **los consumidores de la VI Región y X Región no se pudieron ver afectados por aquello que CONADECUS reprocha en su demanda.**

Estos consumidores no han sufrido ningún daño. Muy por el contrario, han sido beneficiados con el actuar de Metrogas.

4.6. En subsidio de lo expuesto, los montos a indemnizar sólo corresponderían a aquellos clientes residenciales en las zonas en que se habría superado el límite de rentabilidad y por el monto correspondiente a dicho exceso.

Como hemos señalado, no hay infracción alguna en tanto no se supere el límite de rentabilidad establecido por ley.

Una vez que la autoridad sectorial determina que se superó dicho límite, y conforme lo establece el artículo 31 bis de la Ley del Gas, ***los clientes tendrían derecho a recibir la devolución del monto correspondiente al exceso de rentabilidad obtenido.***

Es decir, el daño no se vincula con el potencial precio excesivo, sino que con aquella parte del precio excesivo que se corresponda con el exceso de rentabilidad obtenido, lo que es sustancialmente inferior.

4.7. En cualquier caso, la indemnización de perjuicios no puede alcanzar a los denominados “consumidores materiales” – En tal caso no estamos en presencia de un interés colectivo

A lo largo de su demanda CONADECUS señala constantemente que se debe considerar también la situación de los consumidores materiales, es decir, aquellos consumidores que, sin ser clientes de Metrogas, utilizan como destinatarios finales el gas natural que nuestra representada suministra por red.

Pues bien, mucho se ha discutido por la doctrina la necesidad de considerar a los consumidores materiales en la protección que la LPDC otorga a los consumidores, siendo hoy por hoy pacífico que éstos pueden considerarse como consumidores para tales efectos.

Sin embargo, lo que no puede soslayar la contraria es que el interés colectivo que dice representar precisa de la existencia de una relación contractual entre el proveedor demandado y los consumidores afectados.

Así lo establece expresamente el artículo 50 de la LPDC, al disponer: “***Se considerarán de interés colectivo a las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual.*** Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.”¹³¹

¹³¹ Énfasis agregado.

Como se puede ver, esta norma recoge precisamente la distinción entre consumidor jurídico –aquél ligado a través de un vínculo contractual con el proveedor– y consumidor material, siendo las acciones colectivas aplicables a los primeros y las difusas a los segundos.

De esta forma, no se puede considerar dentro del grupo de consumidores a indemnizar en virtud de esta acción a los que CONADECUS denomina “consumidores materiales”, puesto que **estos no se encuentran considerados dentro del interés colectivo que se representa a través de esta acción.**

4.8. No corresponde el aumento del 25% en la indemnización que pretende CONADECUS – No concurre los requisitos legales para tal indemnización.

Finalmente, CONADECUS solicita la aplicación de un daño punitivo correspondiente al 25% del total de la indemnización que US. determine conforme al proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 C letra c) de la LPDC.

Esta solicitud debe ser rechazada por cuanto no se cumplen los requisitos necesarios para la aplicación de este daño punitivo. La norma en la que CONADECUS sustenta su solicitud establece:

“En la sentencia que acoja la demanda, el juez, además de lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, deberá:

- d) Declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda. En aquellos casos en que concurren las circunstancias a que se refiere el inciso quinto del artículo 24, el tribunal podrá aumentar en el 25% el monto de la indemnización correspondiente.”¹³²**

Por su parte, el inciso quinto del artículo 24 establece como circunstancias agravantes para la determinación de las multas **(i)** el haber sido sancionado con anterioridad por la misma infracción durante los últimos 24 meses; **(ii)** haber causado daño patrimonial grave a los consumidores; **(iii)** haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad; y **(iv)** haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño.

Respecto de las circunstancias señaladas en los romanitos (i) y (iv), solamente señalaremos que éstas no concurren y, por lo demás, CONADECUS no alegado su aplicación en este caso, lo que desde ya determina la improcedencia de esta pretensión, ya que, esta norma de excepción exige la concurrencia copulativa de estas circunstancias según se desprende del artículo 24 de la LPDC.

¹³² Énfasis agregado.

Pero, en todo caso:

- En primer lugar, no ha existido un daño patrimonial grave a los consumidores. Cabe reiterar que Metrogas no ha cobrado ningún sobreprecio a los consumidores por el servicio de distribución de gas natural por red, por lo que malamente podría existir un daño patrimonial grave.

Debemos hacer presente, además, que no basta la mera existencia de un daño patrimonial, sino que éste tiene que ser calificado como grave. En este caso, no puede ser calificado como grave un aumento de precios que ha sido validado constantemente, año tras año, por la única autoridad competente en la materia, la CNE.

Además de ello, el aumento de los precios de nuestra representada no responde necesariamente a la contratación con Agesa, como mañosamente plantea CONADECUS en su demanda, sino que puede responder a la variación de otros costos de la prestación del servicio de distribución de gas natural, como hemos expuesto *supra*.

Así, el único caso en que US. podría aplicar este daño punitivo es aquel en que CONADECUS acredite que los consumidores sufrieron un daño patrimonial grave derivado únicamente del acto reprochado por la demandante, es decir, la contratación de Metrogas con Agesa, cuestión que no podrá hacer.

- En segundo lugar, tampoco se ha dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad.

En este caso, nuevamente se trata de un daño calificado. Se trata –en este caso– de una afectación a la integridad psíquica o un atentado grave a la dignidad de los consumidores.

En ambos casos, será deber de CONADECUS acreditar tales circunstancias, sin perjuicio de que adelantamos desde ya que no lo podrá hacer por ser un hecho que no es efectivo.

Como señalamos anteriormente, es prácticamente imposible que los consumidores hayan visto dañada su integridad psíquica, toda vez que muy probablemente ni siquiera tienen conocimiento de aquello que reprocha CONADECUS –que por lo demás es completamente legítimo y legal– y mucho menos se ha afectado en forma grave su dignidad.

5. Prescripción extintiva de la acción indemnizatoria deducida por CONADECUS en autos – Desde el Contrato entre Metrogas y Agesa han transcurrido más de 5 años.

Por último, oponemos a la demanda indemnizatoria en representación del interés colectivo deducida por CONADECUS la excepción de prescripción extintiva de la acción, por haber transcurrido largamente el plazo establecido para tales efectos.

Lo que se reprocha en particular, es la división de Metrogas, la constitución de Agesa y la contratación del aprovisionamiento de GN entre estas dos compañías. Es decir, **el hecho sobre el cual se reprocha una supuesta triangulación fraudulenta y simulación contractual de las que se derivarían las infracciones a la LPDC que denuncia la demandante, se remonta a ese momento preciso, cual es la celebración del Contrato de aprovisionamiento entre Metrogas y Agesa.**

Sobre el particular, nos remitimos a lo ya señalado al momento de oponer la excepción de prescripción respecto de la demanda infraccional deducida por CONADECUS, es decir, respecto a la aplicabilidad en la especie de la norma vigente a la época de los hechos que se denuncian como supuestamente constitutivos de las infracciones invocadas, y en subsidio, a la prescripción conforme las normas vigentes a la fecha.

Sobre esto último, el artículo 26 de la LPDC establece:

“Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de dos años, contado desde que haya cesado en la infracción respectiva. Con todo, las acciones civiles prescribirán conforme a las normas establecidas en el Código Civil o leyes especiales.

El plazo contemplado en el inciso precedente se suspenderá cuando, dentro de éste, el consumidor interponga un reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Servicio Nacional del Consumidor, según sea el caso. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo. Asimismo, dicho plazo se suspenderá por la intervención del Servicio, entendiendo por ésta la comunicación formal del acto a través del cual se efectúe el primer requerimiento referido a la infracción en cuestión, el que en todo caso deberá ser suscrito por el funcionario competente, por requerir el afectado la intervención del Servicio o por el inicio de oficio de un procedimiento administrativo sancionatorio.

Las multas impuestas por dichas contravenciones prescribirán en el término de un año, contado desde que hubiere quedado firme la sentencia condenatoria.”¹³³

Como se aprecia, la norma establece un plazo de prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales del Código Civil, es decir, de cinco años de conformidad con el artículo 2515. Por lo tanto, debemos ver desde cuándo

¹³³ Énfasis agregado.

computaremos el plazo de prescripción para determinar si la acción deducida por CONADECUS se encuentra prescrita o no.

Entonces, valga recordar que el Contrato de aprovisionamiento se celebró entre nuestra representada y Agesa el día 20 de julio de 2016. Es decir, a la fecha de interposición de la demanda transcurrieron más de 5 años desde tal acto.

Asimismo, se cumplen los requisitos legales para declarar la prescripción extintiva de la acción, que son: a) Que la acción sea prescriptible; b) La inactividad del acreedor durante el tiempo que la ley haya determinado; c) Que la prescripción no haya sido interrumpida; y, d) Que la prescripción sea alegada¹³⁴, como vimos en lo principal de esta presentación.

Por tanto, se han cumplido todos los requisitos de la prescripción extintiva, al haber transcurrido con creces los plazos correspondientes, entre que se verificó la infracción alegada y la notificación de la acción colectiva de CONADECUS.

Ello determina que se encuentra cumplido el plazo de 5 años para el ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios deducida por CONADECUS.

En virtud de todo lo anterior, aún en el improbable caso que US. determine que Metrogas incurrió en las infracciones que reclama la demandante, la demanda deberá ser de todas formas desestimada por encontrarse las acciones ejercidas prescritas.

POR TANTO,

Con el mérito de lo expuesto, de las normas legales citadas en la presentación y demás aplicables,

PEDIMOS A US. tener por contestada la demanda de indemnización de perjuicios en representación del interés colectivo deducida por CONADECUS, interpuesta en el primer otrosí de la presentación de folio 1 de este cuaderno y, en virtud de lo expuesto en esta presentación, rechazarla en todas sus partes, con expresa condena en costas.

¹³⁴ DOMINGUEZ, R. *La prescripción extintiva*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 147.

SEGUNDO OTROSÍ: José Miguel Gana Eguiguren y Rubén Urrutia Pulido, abogados, en representación de **Metrogas S.A. (“Metrogas”)**, en autos caratulados **“CONADECUS con Aprovevisionadora Global de Energía S.A. y otra”**, rol **C-8.843-2021**, cuaderno principal, a US. respetuosamente decimos:

Que estando dentro de plazo, **venimos en contestar la demanda subsidiaria de indemnización de perjuicios deducida por CONADECUS en representación del interés difuso de los consumidores, interpuesta en el segundo otrosí de la presentación de folio 1 de este cuaderno, solicitando su completo rechazo, con expresa condena en costas**, en razón de los argumentos de hecho, derecho y económicos que pasamos a desarrollar.

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

En subsidio de la demanda de indemnización de perjuicios en representación del interés colectivo de los consumidores, CONADECUS deduce demanda de indemnización de perjuicios en representación del interés difuso, solicitando se indemnice a los consumidores los supuestos daños causados por las inexistentes infracciones que denuncia en su libelo. En su demanda, señala:

“En este otrosí, y en subsidio de la demanda del primer otrosí, para el evento que SS. estime que en la especie no se verifican los supuestos para acreditar la concurrencia del interés colectivo de los consumidores afectados, por no haberse acreditado la existencia de un vínculo contractual directo entre algunos de ellos y las demandadas (o respecto de AGESA), o por cualquier otra causa, esta parte deduce aquí la misma acción de indemnización del primer otrosí, pero esta vez en defensa del interés difuso de los consumidores que, sin contratar directamente con las demandadas, accedieron a la provisión de gas natural.

Como se dijo, la LPC ampara a todos los consumidores que han sufrido daños, y en este caso al menos existe un grupo de consumidores vinculados por una sola circunstancia: todos ellos fueron amagados en sus derechos por precios defraudatorios. Esto configura, al menos una afectación de su interés difuso.

En efecto, la circunstancia de que no pueda establecerse un vínculo contractual con las demandadas, en algunos de los casos, opinión que esta parte no comparte, no puede ser óbice a esa protección, desde el momento que precisamente la LPC prevé el denominado interés difuso para los casos en que no existe tal vínculo.

Asimismo, refuerza esa conclusión, la circunstancia de que la LPC contemple expresamente, como ya se ha expuesto, la protección del denominado consumidor material, que es quien se beneficia del servicio sin haberlo adquirido directamente, como es el caso de los familiares de los consumidores jurídicos, y establece la noción de consumidor mediato.”¹³⁵

¹³⁵ Demanda CONADECUS, p. 123.

Conforme a este relato, la intención de CONADECUS al deducir esta demanda subsidiaria es clara: incorporar a los denominados consumidores materiales a este juicio a efectos de que US. determine que se le deben indemnizar perjuicios.

Más allá de las razones que ya hemos expuesto y que hacen totalmente improcedente cualquier tipo de indemnización en favor de cualquier consumidor, en este otrosí veremos las razones por las que no puede considerarse que se hayan afectado intereses difusos y, por sobre todo, que no se pueden considerar afectados los intereses de los consumidores materiales que CONADECUS dice representar.

II. REMISIÓN EXPRESA A LOS ANTECEDENTES DE HECHO EXPUESTOS EN LO PRINCIPAL.

Para evitar caer en reiteraciones innecesarias, y en virtud del principio de economía procesal, solicitamos a US. tener por expresamente reproducidos los hechos expuestos en el Capítulo II de lo principal de esta presentación, los que determinan la total improcedencia de la demanda indemnizatoria en representación del interés difuso de los consumidores deducida por CONADECUS en forma subsidiaria.

III. RAZONES QUE DETERMINAN LA IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS SOLICITADA POR CONADECUS.

1. Inexistencia de un interés difuso conculcado – Conforme al propio relato de CONADECUS es improcedente incorporar a los consumidores materiales a esta demanda.

Como ya hemos señalado en reiteradas ocasiones, CONADECUS insiste en que US. debe considerar la situación de los consumidores materiales para efectos de determinar tanto las multas a imponer a nuestra representada como las indemnizaciones que deberá pagar.

Sin embargo, conforme al propio relato de CONADECUS, ningún consumidor material –aquel no vinculado jurídicamente a través de un contrato con Metrogas pero que utiliza como destinatario final el servicio de distribución de gas por red– se ha visto afectado por las conductas que reprocha la demandante.

En efecto, conforme al relato de CONADECUS, la infracción vendría dada por la división de Metrogas, la constitución de Agesa y la celebración del Contrato de Aprovisionamiento de GN entre ambas, lo que habría tenido como efecto un incremento artificial en los precios con la finalidad de obtener más ganancias a nivel consolidado.

Así, conforme señala la demandante que *“estas acciones se extienden también a las familias de los consumidores jurídicos que, sin costear directamente el servicio de provisión de gas, acceden a ello como consumidores finales.”*¹³⁶

Es decir, CONADECUS admite que **se trata de consumidores que no pagan por el servicio de distribución de gas por red** pero que, de todas formas, lo utilizan como consumidores finales.

Pero ¿cuáles son los daños que CONADECUS señala deben ser reparados?

- En primer lugar, el daño emergente, que estaría constituido por el supuesto sobreprecio que Metrogas habría cobrado a los consumidores.
- En segundo lugar, el lucro cesante, que estaría constituido por los intereses corrientes calculados sobre el supuesto sobreprecio que Metrogas habría cobrado a los consumidores.
- En tercer lugar, el daño moral, que estaría constituido por la aflicción que significaría pagar precios supuestamente inflados y por la conculcación de la dignidad que conllevaría tal situación.

Es decir, toda la teoría del daño de la contraria, todas las partidas indemnizatorias que reclama, dicen relación única y exclusivamente con el pago de la tarifa supuestamente inflada por parte de los clientes de Metrogas.

En tal circunstancia, pese a que lo señalado por la contraria no es efectivo, queda en evidencia que no existe ninguna afectación a un interés difuso, es decir, de consumidores que no se encuentran vinculados contractualmente con Metrogas, porque solamente quienes mantienen contrato con nuestra representada son los consumidores que pagan sus tarifas.

De esta forma, no es posible incorporar a los consumidores materiales a estos autos y no existe ningún interés difuso que haya sido afectado, razón por la que se deberá rechazar esta demanda, en todas sus partes.

¹³⁶ Demanda CONADECUS, p. 124.

2. Se reiteran todas las alegaciones, excepciones y defensas opuestas respecto de la demanda de indemnización de perjuicios deducida en representación del interés colectivo de los consumidores.

Finalmente, esta demanda también debe ser rechazada por las mismas razones que hemos expuesto en el primer otrosí de esta presentación respecto de la demanda indemnizatoria deducida por CONADECUS en representación del interés colectivo de los consumidores, las que por razones de economía procesal solicitamos se tengan por expresamente reproducidas en este apartado, y que pasamos a enumerar:

- (i) Metrogas no ha incurrido en las infracciones denunciadas por CONADECUS en su demanda.
- (ii) No existe factor de imputación ya que Metrogas siempre actuó con la confianza legítima que le otorgaba la aprobación de la autoridad sectorial, por lo que no puede existir culpa o dolo.
- (iii) En la especie no se causaron perjuicios a los consumidores, ni patrimoniales ni extrapatrimoniales.
- (iv) En subsidio, se deben considerar las circunstancias para la determinación de la multa que se traducen en una rebaja sustancial de ésta.
- (v) Prescripción de la acción indemnizatoria en representación del interés difuso de los consumidores.

Todas estas circunstancias determinan que la demanda de indemnización de perjuicios en representación del interés difuso de los consumidores presentada en forma subsidiaria por CONADECUS deba ser rechazada en todas sus partes.

POR TANTO,

Con el mérito de lo expuesto, de las normas legales citadas en la presentación y demás aplicables,

PEDIMOS A US. tener por contestada la demanda subsidiaria de indemnización de perjuicios en representación del interés difuso de los consumidores deducida por CONADECUS, interpuesta en el segundo otrosí de la presentación de folio 1 de este cuaderno y, en virtud de lo expuesto en esta presentación, rechazarla en todas sus partes, con expresa condena en costas.