

ANT.: Investigación sobre las condiciones de competencia en la operación del terminal GNL Quintero.
Rol N° 2271 - 14 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 15 JUN. 2015

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN DE ABUSOS UNILATERALES (S)

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la investigación del antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES.

1. Con fecha 31 de enero de 2014, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) inició una investigación de oficio referida a las condiciones de competencia en la operación del terminal GNL de Quintero, con el objeto de abordar las principales dificultades a las que se ha visto enfrentado este mercado, sobre todo en lo tocante a: *i) el acceso de terceros a los terminales de GNL; y ii) la asimetría de información entre los operadores de los terminales y los terceros que quieren ingresar.*
2. En concordancia con el escenario antes descrito, esta Fiscalía planteó que contar con terminales de GNL con acceso a sus instalaciones por parte de terceros bajo condiciones públicas, generales y no discriminatorias, resulta un elemento relevante para un adecuado desarrollo de este mercado en particular, así como también para el fomento de la competitividad en los mercados de generación eléctrica y otros relacionados¹. Por ende, resulta

¹ De acuerdo a lo expresado en la resolución de inicio de la investigación rol FNE N° 2271-14, de fecha 31 de enero de 2014.

necesario indagar, en primer lugar, si el Terminal de GNL ubicado en la bahía de Quintero (“Terminal GNL Quintero”) se configura o no como una facilidad esencial, según la denominación dada por la doctrina comparada y la literatura económica;

3. En segundo término, para tener un panorama más acabado de la eventual problemática, esta División estimó pertinente evaluar las condiciones de acceso a terceros previstas por el terminal GNL Quintero, en orden a determinar si su configuración podría presentar eventuales efectos exclusorios respecto de potenciales usuarios. Para ello, se requirió información relativa a las condiciones de funcionamiento de la operación, el modo de interacción de las sociedades que participan, las modalidades de contratación de suministro, transporte y venta de GNL, entre otras cuestiones relevantes.

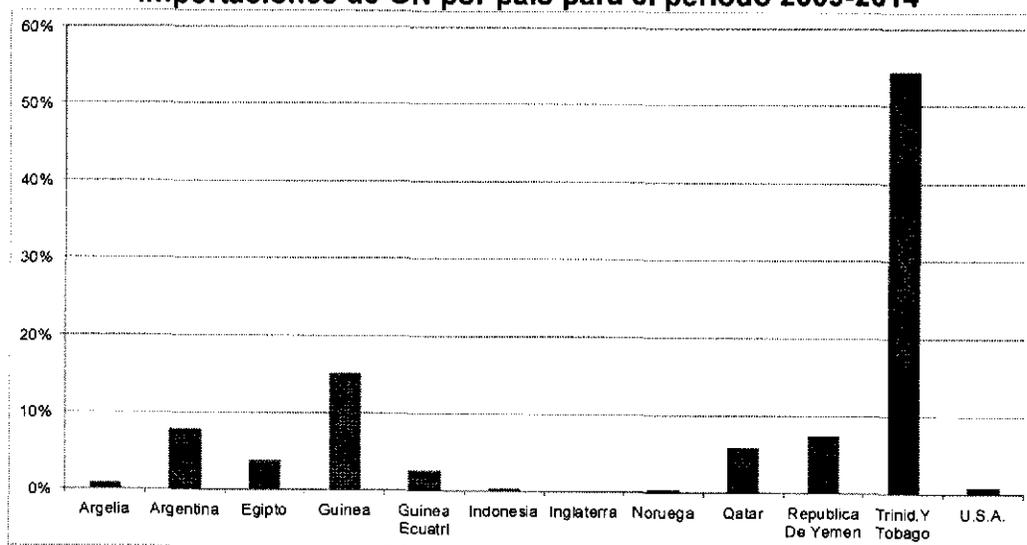
II. MERCADO RELEVANTE.

4. En Chile, la industria del gas natural (“GN”) comprende la producción e importación, transporte, distribución y comercialización de este recurso energético.
5. La producción nacional de GN se concentra en la región de Magallanes y está a cargo de la empresa Enap Magallanes. Para el periodo comprendido entre 2009 y 2013, en promedio esta producción representó menos del 40% de la demanda interna total de GN, aunque cabe tener presente que su consumo se concentra totalmente en la zona de Magallanes. Las demás regiones del país se abastecieron de GN importado a través de los terminales de recepción, descarga, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado (“GNL”)² de Quintero y Mejillones, los cuales entraron en operación durante los meses de octubre de 2009 y marzo de 2010, respectivamente.

² GNL: Gas natural que pasa a estado líquido una vez que ha sido enfriado a -160° Celsius, lo cual genera una reducción importante en su volumen (600 veces menor) y permite su transporte, ya sea por vía marítima, mediante buques tanques destinados al efecto, y/o por vía terrestre, a través de camiones cisterna especialmente diseñados para mantener la baja temperatura del combustible.

6. Además, para el periodo analizado (2009-2014), las importaciones de GN provenientes de Argentina representaron un 8% del total de este combustible introducido al país, conforme se puede apreciar en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 1
Importaciones de GN por país para el periodo 2009-2014



Fuente: Elaboración propia en base al Sistema de Información Estadístico del Ministerio de Energía.

7. A juicio de esta División, el mercado relevante del producto corresponde a la recepción, descarga, almacenamiento y regasificación de GNL por parte del terminal GNL Quintero ubicado en la región de Valparaíso.
8. Por su parte, el mercado relevante geográfico estaría determinado por el área de influencia espacial del terminal, el cual está principalmente dado por la red de gasoductos que transportan GN desde el terminal de Quintero, hacia las regiones de Valparaíso y del Libertador Bernardo O'Higgins. No obstante ello, dicho *hinterland* se expande hasta la región del Bío Bío, a partir de los camiones cisterna que transportan el GNL desde el terminal Quintero, hasta las plantas satelitales de regasificación ("PSR")³ dispuestas a tal efecto.

³ Son unidades que devuelven el GNL a su estado gaseoso dejándolo apto para su consumo.

III. ESTRUCTURA, FUNCIONAMIENTO Y CARACTERISTICAS DEL TERMINAL GNL QUINTERO.

a. Estructura y funcionamiento.

9. El terminal de GNL Quintero, que entró en operación el último trimestre del año 2009, es de propiedad de la sociedad anónima cerrada GNL Quintero S.A., cuyos accionistas actuales son Metrogas S.A. ("Metrogas"), Empresa Nacional de Electricidad S.A. ("Endesa") y Empresa Nacional del Petróleo ("ENAP"), cada uno de ellos con un 20% de las acciones suscritas y pagadas, junto con la sociedad Terminal de Valparaíso S.A., titular del 40% restante⁴.

10. La operación del Terminal GNL Quintero se encuentra subdividida en dos grandes segmentos:

a. *Operación de la infraestructura*: está a cargo de la sociedad anónima cerrada GNL Quintero S.A. ("GNLQ"), quien además es propietaria del terminal, conforme se indicó precedentemente. Dentro de sus principales funciones encontramos las siguientes:

- i. Descarga del GNL de los barcos;
- ii. Medición y análisis del GNL descargado (sobre todo, en cuanto a la capacidad calorífica del combustible);
- iii. Almacenamiento, procesamiento y regasificación del GNL;
- iv. Medición, análisis y entrega de GN a la salida del terminal;
- v. Medición, análisis y entrega de GNL en el patio de carga de camiones;
- vi. Transporte de gas a los puntos de entrega del terminal.

b. *Operación comercial del terminal*: Se encuentra a cargo de la sociedad anónima cerrada GNL Chile S.A. ("GNLC"), de propiedad de los siguientes accionistas: ENAP (33,3%), Endesa (33,3%) y

⁴ Terminal de Valparaíso S.A., corresponde a una sociedad anónima conformada por dos empresas de energía a nivel mundial, Enagás (51%) y Oman Oil (49%). Para mayor información, véase: <<http://www.gnlquintero.com/nosotros/accionistas.htm>> [fecha de última consulta: 22 de mayo de 2015].

Metrogas (33,3%). GNLC se encuentra encargada de administrar y gestionar la capacidad de almacenamiento y regasificación del terminal entre su pool de clientes⁵, a través del siguiente mecanismo:

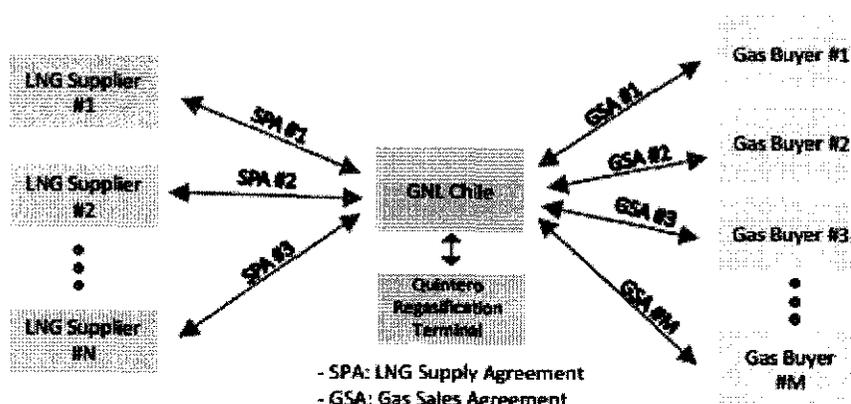
- i. Contratación del 100% de la capacidad del Terminal GNL Quintero y demás servicios asociados, en virtud de un contrato de uso del terminal ("*Terminal Use Agreement* o "*TUA*") el cual incorpora cláusulas *take or pay*, como forma de garantizar el pago por uso del terminal a todo evento⁶;
- ii. Suscripción de contratos de suministro de GNL, entre GNL Chile S.A. y los proveedores internacionales del combustible ("*LNG Sale and Purchase Agreements*" o "*LNG SPA's*"), cuya logística está definida a través de un programa anual de entregas ("*ADP*" por su siglas en inglés), cuyo objeto es precisamente, coordinar con al menos 120 días de antelación, las entregas y descargas de los barcos con GNL dentro del terminal para el año calendario siguiente;
- iii. Suscripción de contratos de compraventa de GNL con cada uno de sus clientes ("*Gas Sales Agreement*" o "*GSA*") los cuales dan derecho a capacidad diaria de regasificación y a recibir el GN regasificado.

11. El escenario antes descrito, puede resumirse en el siguiente esquema:

⁵ Coincidentes con sus accionistas, ENAP, Endesa y Metrogas.

⁶ De conformidad con lo informado por GNL Quintero S.A., en su respuesta al oficio Ord. N° 0334 de fecha 21 de febrero de 2014, lo cual garantizaría el carácter atractivo del proyecto para sus inversionistas, debido a la existencia de flujos permanentes durante el periodo del contrato.

Esquema N°1
Operación del Terminal GNL Quintero.



Fuente: GNL Chile S.A. - Terms of Reference: Request for proposals new gas sales agreement, 2015.

12. Ahora bien, cabe indicar que la participación de terceros como usuarios del terminal de GNL Quintero, se materializa a través de la operadora comercial GNL Chile S.A., en virtud del procedimiento denominado *Open Season*, consistente en la puesta a disposición de potenciales clientes de una determinada cantidad de metros cúbicos de GN por día, bajo distintos volúmenes y plazos de contratación.
13. Cabe señalar que el primer proceso de *Open Season* –que tuvo lugar en el año 2011, con motivo de la primera expansión del terminal– fue fallido⁷, debido a que no se concretó la entrada de nuevos actores. Producto de ello, la capacidad adicional fue repartida entre el pool de clientes ya existente, previa solicitud de éstos en uso de derechos preferentes, previstos en los GSA's respectivos.

⁷ A través de dicho proceso, GNL Chile S.A. ofreció una capacidad total de 2,7 millones de m³ de gas natural por día, con una capacidad mínima de regasificación por oferta de (i) 1,2 millones de metros cúbicos diarios por un plazo de 10 años, o (ii) 0,6 millones de metros cúbicos diarios por un plazo de 20 años; a su elección de éstos. Para mayor información, véase: GNL CHILE S.A., "Invitación pública nacional e internacional para suscribir contratos por capacidad de regasificación y suministro de Gas Natural", 2011, [en línea]: <<http://www.gnlchile.cl/wp-content/uploads/2014/11/Brochure-OS1-RFP.pdf>> [Fecha última visita: 26 de mayo de 2015].

b. Características⁸.

14. En la actualidad el terminal de Quintero cuenta con una capacidad total de regasificación de 15 MMm³/día de GN. Sin embargo, inicialmente operó bajo el modelo conocido como "gas temprano", con una capacidad de regasificación aproximada de 5 MMm³/día, la cual aumentó a 10 MMm³/día durante el año 2011, una vez que la infraestructura comenzó a operar en pleno.
15. Asimismo, el terminal cuenta con un muelle que permite el atraque de buques GNL de hasta 265 mil m³ de capacidad⁹. Éste posee además cinco brazos que permiten una descarga de GNL de hasta 12.000 m³/hora con un tiempo promedio de estadía de la nave de 24 horas (sujeto a las condiciones climáticas del día), los cuales no se encontrarían habilitados a la fecha para desempeñar dicha función simultáneamente, respecto de dos o más naves. Por su parte, se observó que a futuro, el terminal estaría analizando adaptar el muelle para permitir la carga de buques con GNL.
16. En relación a la capacidad de almacenamiento, el terminal GNL Quintero cuenta con tres estanques de almacenamiento, de los cuales uno posee una capacidad bruta de 14 mil m³, mientras que los otros dos (principales) ostentan una capacidad individual de 160 mil m³. Al respecto, cabe consignar que, como parte del segundo proyecto de expansión del terminal, se contemplaría reemplazar el estanque de menor tamaño por uno de 160

⁸ En base a lo informado por GNLQ en su respuesta al oficio Ord. N° 0334 de fecha 21 de febrero de 2014.

⁹ De acuerdo al Grupo Internacional de Importadores de GNL (GIIGNL), los barcos que transportan GNL tienen una capacidad que oscila entre los 1.000 m³ y los 267.000 m³, sin embargo, la mayoría de los barcos modernos se encontrarían entre los 125.000 m³ y los 175.000 m³ de capacidad. Señala también, que los barcos pequeños de GNL (1.000 - 25.000 m³) operan en ciertas áreas como ser Noruega y Japón. Para el año 2014 la capacidad promedio de un buque de GNL fue de 161.278 m³. Para mayor información véase:

- i) LNG Information Paper No. 3, disponible en: http://www.giignl.org/sites/default/files/PUBLIC_AREA/About_LNG/4_LNG_Basics/Ing_3_-_Ing_ships_7.3.09-aacomments-aug09.pdf
- ii) The LNG Industry 2014, disponible en: http://www.giignl.org/sites/default/files/PUBLIC_AREA/Publications/giignl_2015_annual_report.pdf

mil m³, con lo que el terminal contaría con una capacidad total bruta de almacenamiento de 480 mil m³.

17. Por su parte, con respecto a la capacidad de regasificación, el terminal de GNL Quintero posee actualmente cuatro vaporizadores, cada uno de una capacidad aproximada de 5 millones de m³/día. En particular, tres de estos dispositivos, son de panel abierto (*Open Rack Vaporizers*)¹⁰ y funcionan en régimen, esto es, de manera permanente, mientras que el cuarto vaporizador es de combustión sumergida (*Submerged Combustion Vaporizer*)¹¹ y opera exclusivamente como respaldo del resto. Ahora bien, la segunda expansión del terminal de GNL de Quintero, contempla instalar dos vaporizadores adicionales, uno de panel abierto y el otro de combustión sumergida, cada uno con una capacidad de 5 millones de m³/día. Con ello, el total de la capacidad de regasificación será de 20 millones de m³/día y la de respaldo de 10 millones de m³/día.
18. Cabe señalar que el total del GN regasificado es inyectado desde el terminal GNL Quintero al gaseoducto de propiedad de la empresa Electrogas S.A. (lateral "Quintero-Quillota")¹², dentro del cual la operadora de la infraestructura, GNLQ, tendría una capacidad contratada de **[1]** millones de m³/día para el transporte de GN¹³.
19. Por último, el terminal de GNL Quintero cuenta además con un patio de carga de camiones, el cual posee en la actualidad cuatro islas de carguío con una capacidad total de carga de GNL de 2.500 m³/día (1.5 millones de m³/día de GN). De acuerdo a lo informado por GNLQ, el patio de carga sería utilizado por **[2]**¹⁴.

¹⁰ Esta clase de vaporizadores utilizan el agua de mar como fuente de calor, con el objeto de transformar el GNL de estado líquido a gaseoso.

¹¹ A diferencia de los vaporizadores de panel abierto, éstos se caracterizan porque el GNL es calentado a través de haces de tubos que se sumergen en un baño de agua calentada producto de la combustión procedente de quemadores de GN disipados.

¹² La composición accionaria de Electrogas está compuesta por: Endesa (42,5%), Colbún (42,5%) y ENAP (15%).

¹³ Conforme lo informado por GNLQ en respuesta a Oficio Ordinario N° 0334 de fecha 21 de febrero de 2014.

¹⁴ Respuesta de GNLQ a Oficio Ordinario N° 0334 de fecha 21 de febrero de 2014.

IV. ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA DE LA OPERACIÓN DEL TERMINAL GNL QUINTERO.

20. De acuerdo a los antecedentes ya descritos, corresponde determinar, en primer lugar, si el terminal de almacenamiento y regasificación de GNL ubicado en la bahía de Quintero, cumple o no con el carácter de instalación o facilidad esencial, de manera tal que pueda evaluarse con posterioridad si una eventual negativa de acceso a terceros a esta infraestructura, podría tener su origen en una conducta, acto o convención que pudiera impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del DL 211.
21. En primer lugar, el término instalación esencial se refiere fundamentalmente a *“aquellos activos cuyo acceso resulta esencial para que terceras firmas puedan ofrecer al mercado sus bienes y servicios”*¹⁵. En este sentido, la aplicación de esta doctrina intenta responder al problema planteado a partir de la negativa de una firma que posee el control de una instalación, de proporcionar a un competidor el acceso a un activo indispensable para competir, o bien, proveerlo en condiciones desfavorables y/o discriminatorias, de manera tal que se erija como una barrera de entrada insuperable para sus competidores.
22. La razón de existencia de esta institución, no es otra que servir de contrapeso (excepcional) al principio de la autonomía de la voluntad, en pos de resguardar una adecuada competencia entre los distintos actores que componen un mercado en el que la instalación pueda poseer una incidencia capital. Por eso se ha dicho que *“esta doctrina sitúa a la libre competencia cerca de la regulación económica, pues la calificación de facilidad esencial conforme a las normas de la competencia implica la prohibición de negar la*

¹⁵ JONES Alison, SUFRIN Brenda, *“EC Competition Law. Text, Cases, and Materials”*, 3a ed., OUP, New York 2008, p. 537. En: REGCOM, Facultad de Derecho Universidad de Chile, *“Informe Final Marco Regulatorio Internacional de la Industria de Regasificación de Gas Natural Licuado”*, documento elaborado para la CNE, diciembre de 2010, p. 5. [en línea]: http://antiguo.cne.cl/cnewww/export/sites/default/05_Public_Estudios/descargas/Informe_Final_RegCom_GNL.pdf, [fecha última visita: 25 de mayo de 2015].

venta, y, consecuentemente, la regulación de los términos en que el servicio o bien respectivo debe ser suministrado”¹⁶.

23. De lo anterior, surge como principal punto a dilucidar por parte de esta División, en el caso del terminal GNL Quintero, si existe o ha existido negativa de acceso, o de no ser así, si las condiciones bajo las cuales se ofreció el mismo, han sido de tal naturaleza que, en la práctica, hicieren imposible su utilización efectiva por parte de terceros. Para ahondar en esta materia, nos centraremos en las exigencias advertidas por la jurisprudencia para que dicha doctrina concorra.
24. Así, en cuanto a los requisitos de procedencia para la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales, debemos remitirnos a la jurisprudencia norteamericana, la cual estableció a partir de su caso más representativo, *MCI Communications Corp. v. AT&T*¹⁷, la necesidad de contar con 4 elementos copulativos, a saber:
- a) Control de la instalación por un monopolista;
 - b) Inhabilidad práctica o razonable del competidor para duplicar la instalación esencial;
 - c) Denegación del uso de la instalación al competidor; y
 - d) Factibilidad de proveer/utilizar la instalación.
25. Por su parte, la jurisprudencia nacional ha aludido a esta doctrina de manera explícita en casos de negativa de venta y discriminación y ha tendido a analizar la ilicitud de dichas conductas a la luz de la disposición general sobre abuso de posición dominante contenido en el artículo 3 letra b) del DL 211 de 1973¹⁸.

¹⁶ BISHOP Simon, WALKER Mike, “*The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*”, 3ª. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2010, p. 329, En: REGCOM “*Informe Final Marco Regulatorio Internacional de la Industria de Regasificación de Gas Natural Licuado*”, óp cit. p.6.

¹⁷ *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), 464 U.S. 891, 1983, par. 192.

¹⁸ Al respecto, véase: TDLC, Sentencia N° 29/2005 de fecha 12/09/2005, caratulada “*FNE contra Transbank*”, cons. 32; TDLC, Sentencia N° 47/2006 de fecha 05/12/2006, caratulada “*FNE contra Sal Punta de Lobos (SPL)*”, cons. 60, 71 y 72; TDLC, Sentencia N° 88/2009 de fecha 15/10/2009, caratulada “*OPS y otros contra Telefónica Móviles Chile (TMCH)*”, cons. 36, entre otras.

26. En la especie, las condiciones exigidas dentro de los casos citados para determinar si concurre o no la declaración de facilidad esencial, han guardado cierta uniformidad y coinciden con los que a continuación se señalan:

- El hecho de que una instalación no sea replicable bajo condiciones de viabilidad técnica y económica, o bajo toda razonabilidad;
- Su duplicación sea impracticable o difícilmente practicable; y
- que dicho insumo sea indispensable para participar en un mercado “aguas abajo”, no existiendo un sustituto a precio razonable¹⁹.

27. Entonces, según ya se indicó, para evaluar metodológicamente si en este caso particular concurre o no la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, esta División examinará los requisitos establecidos por la jurisprudencia comparada –recogidos por cierto en los fallos nacionales del TDLC– centrándonos especialmente en aquel asociado a la eventual denegación del uso de la instalación a competidores, debido a que la presente investigación iniciada de oficio surge, fundamentalmente, como respuesta a la preocupación de esta Fiscalía por dilucidar si las condiciones de acceso a terceros estipuladas por el operador comercial del terminal GNL Quintero, GNL Chile S.A., han presentado o no efectos exclusorios. Para alcanzar dicha finalidad, distinguiremos entre los distintos procesos de open season.

a) Análisis del primer open season.

28. Durante el primer proceso de *open season*, llevado a cabo entre el mes de noviembre de 2011 y septiembre de 2012, GNL Chile S.A. ofreció públicamente a sus eventuales interesados, contratos por capacidad de regasificación y suministro mínimos de GN, en base a dos modalidades

¹⁹ FNE “Principios de competencia en facilidades esenciales – contribución de Chile” p. 5, En: BID, OCDE, Foro Latinoamericano de Competencia, San José, Costa Rica, 8 y 9 de septiembre de 2010. [en línea]: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/oecd_0011_2010.pdf> [fecha última visita: 22 de mayo de 2015].

distintas: (i) 1,2 millones de m³ diarios por un plazo de 10 años, o (ii) 0,6 millones de m³ diarios por un plazo de 20 años²⁰.

29. En primer lugar, con respecto a los plazos de contratación exigidos por GNLC dentro de dicho proceso, se observa que responderían en principio a las características propias que presenta esta industria.
30. En efecto, de acuerdo al Grupo Internacional de Importadores de GNL (“GIIGNL”), las transacciones spot y de corto plazo de GNL (contratos con una duración igual o menor a cuatro años), para el año 2011 representaban el 25.4% del total de las transacciones. Este porcentaje aumentó al 29% para el año 2014, siendo Asia la región con mayor participación (74%)²¹.
31. En segundo lugar, en relación al volumen mínimo de regasificación a contratar en el proceso de Open Season, se apreció que respondería al modelo de gestión de inventario basado en el préstamo y devolución de GNL (*Borrow and Lending*)²², presente en los distintos contratos SPA, como consecuencia del uso compartido de las instalaciones comunes entre varios clientes.
32. Tal sistema obliga a los contratantes a devolver los préstamos de GN solicitados no más allá de 120 días transcurridos la fecha de entrega del combustible. Ahora bien, considerando que el menor tamaño de buque que llega al Terminal de GNL Quintero, es de 120.000 m³ de GNL (equivalente a

²⁰ De acuerdo a lo indicado en la respuesta de GNL Chile S.A. al ord. N° 0334, de fecha 14 de marzo de 2014,

²¹ Al respecto ver: The LNG Industry 2011 y The LNG Industry 2014, disponibles en:

- (i) http://www.giignl.org/sites/default/files/PUBLIC_AREA/Publications/giignl_the_lng_industry_2011.pdf.
- (ii) http://www.giignl.org/sites/default/files/PUBLIC_AREA/Publications/giignl_2015_annual_report.pdf

²² El mecanismo de *Borrow and Lending* se define como el préstamo dentro del tanque y el endeudamiento de GNL entre los clientes del terminal. Este sistema se utiliza para maximizar el envío fuera del terminal. Al respecto, cabe señalar que las distintas necesidades de los clientes de un terminal, pueden causar alteraciones en los patrones de entrega o envío del GN, pudiendo derivar en que el GN entregado sea inferior al efectivamente contratado por alguno de ellos. Así, mediante la implementación de este sistema (el cual es un principio de gestión de inventario), se puede optimizar la entrega a los clientes, además de proporcionar un flujo continuo, sin tener que invertir en equipos o infraestructura adicional.

69,7 millones de m³, el volumen anual mínimo a contratar debe ser igual o superior a 600.000 m³ de GN.

33. Con todo, consultada GNL Chile sobre el por qué no habría ofrecido contratos con volúmenes y/o plazos más flexibles, esta señaló que tales condiciones fueron pensadas como una forma de retribución al riesgo inicial derivado de la inversión que representó la construcción del terminal y los contratos de largo plazo asumidos por el pool de clientes de dicha compañía²³.
34. Los volúmenes establecidos por GNLC para la contratación de capacidad de regasificación, implicaba que los potenciales clientes debían demandar anualmente, según lo señalado en el punto anterior, el equivalente a 219 millones de m³ o 438 millones de m³ de GN regasificado²⁴.
35. Dado este escenario, esta División pudo establecer que, para el año 2011, sólo dos empresas constituidas en Chile habrían sido capaces de demandar individualmente los volúmenes ofertados por GNLC. En efecto, tal y como se presenta en la Tabla N° 1 del Anexo Confidencial, a partir de los consumos anuales de GN observados entre algunos de los distintos interesados en participar del primer proceso, sólo Colbún S.A. y AES Gener S.A. podían considerar las ofertas de capacidad efectuadas por GNL Chile S.A. durante el primer *open season*.

Tabla N° 1
Potenciales clientes de GNL Chile (demanda anual en m³)

[*]

Ver en anexo confidencial [3]

36. Si bien las dos compañías indicadas precedentemente participaron del proceso en su fase no vinculante, optaron por no concretar la operación y

²³ Respuesta de GNL Chile S.A. al ord. N° 0334 de fecha 24 de marzo de 2014.

²⁴ Dependiendo de si la modalidad es 0,6 o 1,2 millones m³ por día.

retirarse del mismo²⁵. Adicionalmente, otras empresas²⁶ señalaron a esta Fiscalía, que las condiciones de contratación ofrecidas por GNLC no cumplían con sus expectativas, por cuanto el acuerdo que existía con el principal proveedor de GNL, British Gas, presentaba derechos preferentes a favor de este último, consistentes en la opción de participar directamente como suministrador o indirectamente si el GNL era suministrado por terceros^{27 28}.

37. Cabe señalar que Colbún S.A. una vez finalizado el proceso de *Open Season*, presentó una propuesta a GNLC para la contratación de capacidad de regasificación, la cual si bien avanzó hasta la elección de una lista corta de proveedores de GNL, no se materializó ante el ejercicio del derecho preferente sobre la ampliación del terminal por parte del pool de clientes de GNLC.

38. Del análisis realizado por esta División sobre el uso de las capacidades contratadas por cada uno de los clientes de GNLC, se pudo observar que para el periodo comprendido entre el año 2009 y el año 2011, existió una elevada utilización. En específico, Metrogas observó en promedio un 108% de consumo sobre el volumen contratado, ENAP un 80% y Endesa un 95%.

²⁵ Dejando a salvo el caso de Colbún S.A., quien habría aceptado las condiciones de contratación negociadas con GNL Chile S.A., una vez concluido el primer open season.

²⁶ De acuerdo a las declaraciones de los señores [4].

²⁷ Estos derechos se denominaron *Fronting Right* y *Right of First Offer*. Señala GNL Chile S.A. en respuesta a Ord. N° 0334, lo siguiente:

- *Right of First Offer*: implicaba que sólo podía pedirse suministro spot al mercado del GNL si antes se había solicitado una oferta a BG. Con esto BG buscaba impedir que GNLC utilizara la flexibilidad ofrecida por ella para obtener utilidades de corto plazo. Por ejemplo, si un año el mercado spot estaba muy barato, GNLC podría aprovecharse de la flexibilidad para no solicitar volúmenes de BG, y contratar todo en el mercado Spot. Es importante aclarar que este derecho no es un *Matching Right* (conocido también como *Right of First Refusal*), que significaría que BG tiene el derecho de igualar la oferta que se reciba de tercero. En efecto, GNLC no tenía obligación de comprar a BG aunque igualara o superara la oferta de un tercero.
- *Fronting Right*: Si bien GNLC tendría la opción de contratar suministro de terceros, en cuyo caso BG tendría la opción de hacer un "fronting" del contrato. Esto es, BG contrataría el suministro del tercero y luego revendería los volúmenes a GNLC en las mismas condiciones (contrato *pass-through*). Esto le daría a BG el derecho a un Fee (1% o 2oA del valor de Henry Hub dependiendo de algunas condiciones del contrato), y otros beneficios como conocer las condiciones de la venta (i.e. precio) y la posibilidad de incorporar el suministro del tercero a su portfolio (en teoría esto podría darle la posibilidad de hacer operaciones de swap y obtener utilidades).

²⁸ Al respecto, véase anexo confidencial numeral [5].

A mayor abundamiento, cabe señalar que comparativamente el terminal de GNL Quintero observa una alta tasa de utilización, pues el promedio mundial fue de un 37% el año 2011²⁹.

Tabla N° 2
Porcentaje anual de compras reales sobre volúmenes contratados de GN

[•]

Ver en anexo confidencial [6]

39. Sin perjuicio de lo señalado, esta División pudo observar el desarrollo paulatino de un mercado secundario asociado a la comercialización de GN, en atención a que los volúmenes contratados tanto por Enap como por Metrogas serían mayores que sus necesidades de consumo propio³⁰, situación que ha llevado a estas dos empresas a ofertar el GN adquirido a GNL Chile a terceros, entre otros Colbún y AES Gener.

Tabla N° 3
Porcentaje anual de participación de las ventas a Colbún y AES Gener sobre los volúmenes contratados de GN por Enap y Metrogas a GNL Chile

[•]

Ver en anexo confidencial [7]

b) Análisis del segundo *open season*.

40. Luego del análisis efectuado por esta división, se advirtieron una serie de elementos y modificaciones introducidas y operativas dentro del segundo proceso de *open season* -actualmente en desarrollo- que permitirían observar, en principio, un esfuerzo por objetivar el acceso a capacidades de

²⁹ The LNG Industry 2011, disponibles en: [http://www.giignl.org/sites/default/files/PUBLIC AREA/Publications/giignl_the_lng_industry_2011.pdf](http://www.giignl.org/sites/default/files/PUBLIC_AREA/Publications/giignl_the_lng_industry_2011.pdf).

³⁰ Este fenómeno probablemente se debió a la necesidad de establecer modalidades de contratación a largo plazo por parte de GNL Chile S.A. hacia su pool de clientes y eventuales terceros que quisieren ingresar en tal calidad, como una forma de paliar el riesgo inicial que significó la puesta en marcha del terminal GNL Quintero y su primera expansión (de acuerdo al mecanismo de financiamiento del proyecto y el modelo de negocios propuesto) que ya contaba con los respectivos estudios de impacto ambiental y sectoriales aprobados, razón por la cual

regasificación del terminal, bajo condiciones más flexibles, públicas y no discriminatorias³¹, conforme se detalla a continuación:

- a) *Modalidades de contratación take or pay a 10, 15 o 20 años plazo, con una capacidad mínima de 600.000 m³/día:* A diferencia del proceso anterior, se observa la posibilidad de negociar tanto contratos de mediano como de largo plazo, con miras a recuperar la inversión efectuada en la ampliación del terminal Quintero, tratando de atender, a su vez, a las necesidades específicas de eventuales clientes de menor envergadura, sobretodo actores del segmento [8]. De igual forma, la capacidad mínima para contratar se reduce a la mitad en relación al Open Season anterior.
- b) *Abstención del actual pool de clientes de participar en el proceso de open season:* En sesión de directorio de GNL Chile S.A. se acordó que sus clientes activos no participarían de esta invitación, con el objeto de garantizar que las bases propuestas se aplicasen de manera objetiva, transparente y en igualdad de condiciones exclusivamente respecto de los entrantes³², evitando así posibles restricciones de tipo vertical entre dicha empresa y sus clientes;
- c) *Renuncia al ejercicio de derechos preferentes sobre capacidades adicionales:* En efecto, de la capacidad total que iba a significar la expansión del terminal (4,8 millones de m³/día), los clientes actuales de GNL Chile S.A. renunciaron al ejercicio de cualquier clase de preferencia sobre 3,2 millones de m³/día, lo cual se traduce en la posibilidad de ofertar íntegramente dicha capacidad a nuevos entrantes, sin condiciones adicionales a las exigidas por las bases del segundo open season. El porcentaje restante se asumiría como una garantía al mayor riesgo asumido por los

³¹ De acuerdo con la información señalada en las bases ("*Terms of Reference*") y anexos del segundo proceso de open season, aportada por GNL Chile S.A. en respuesta al ord. N° 1069, con fecha 21 de noviembre de 2014.

³² De acuerdo a lo expresado por el gerente general de GNL Chile S.A., en declaración de fecha 26 de marzo de 2015.

clientes originales de GNL Chile S.A. en sus contratos de largo plazo³³.

- d) *Estandarización de derechos y obligaciones para todos los clientes:* En esencia, los instrumentos (“GSA”) bajo los cuales los potenciales clientes se vincularían con el operador comercial, GNL Chile S.A., serían idénticos en cuanto a su contenido sustancial³⁴ e incluso más beneficiosos en algunos casos³⁵.

- e) *Suministro de GNL en base al sistema “Borrow & Lending”:* Este mecanismo permitiría garantizar un suministro continuo a todos los clientes durante el ADP en curso, independientemente de la nominación cronológica asociada al arribo de un barco determinado. De igual forma, la implementación de este sistema permitiría, inicialmente, ejecutar correctamente el modelo de negocios adoptado por GNL Chile, cuyo principal objeto no es otro que conciliar las demandas de gas entre las distintas categorías de clientes³⁶.

- f) *Presencia de 19 compañías interesadas en el nuevo proceso licitatorio:* Conformado por un universo de empresas nacionales y extranjeras, todas distintas de los actuales clientes de GNL Chile S.A., dentro de las que encontramos a las siguientes: [9]. Como puede observarse, cobran especial relevancia entre las interesadas aquellas pertenecientes al segmento eléctrico.

³³ *Ibíd.*:

³⁴ Al respecto, véase: Bases del segundo proceso de open season, aportadas por GNL Chile S.A. en respuesta al Ord. N° 1069, con fecha 21 de noviembre de 2014.

³⁵ En efecto, un mecanismo más flexible de contratación que considera menores capacidades y plazos más reducidos de duración, naturalmente representará un menor riesgo para los eventuales entrantes, en contraste con las obligaciones previamente asumidas por el pool de clientes actual de GNL Chile.

³⁶ Al respecto, véase respuesta de GNL Chile S.A. al Ord. N° 0334, de fecha 14 de marzo de 2014; respuesta de GNL Quintero S.A. al Ord. N° 0335, de fecha 19 de marzo de 2014; Declaraciones de ñps gerentes generales de GNL Chile S.A. y GNL Quintero S.A., con fechas 26 y 27 de marzo, respectivamente.

- g) *Existencia de un derecho especial de retracto*: En estrecha relación con el punto anterior, las bases de este nuevo proceso prevén expresamente la posibilidad de dejar sin efecto el ingreso como cliente de un tercero que ya hubiere suscrito el respectivo GSA, mediante una notificación a GNL Chile S.A. en cualquier momento, antes de la tarde del 18 de mayo de 2016, o a más tardar 15 días después de la decisión final de inversión (“FID” por sus siglas en inglés)³⁷. Sobre la misma, puede observarse que dicha cláusula es consistente con la segunda fecha de adjudicación de la licitación pública nacional e internacional para el suministro de potencia y energía eléctrica, cuyo objeto es abastecer los consumos de clientes sometidos a regulación de precios (licitación de suministro 2015/01)³⁸, lo cual supone una fuente importante de generación para aquellas compañías que pudieren resultar adjudicatarias en el marco de dicho proceso licitatorio.

41. Producto del análisis efectuado, a juicio de esta división no se observa, hasta el momento, una negación del uso del terminal de GNL Quintero a terceros, pues por una parte, tal y como fuere señalado anteriormente, las exigencias de plazos y volúmenes por parte de GNL Chile S.A. tenían justificación, y la decisión de terceros de no ingresar al terminal de GNL Quintero podría explicarse por el riesgo original asociado al negocio, por la otra. Con todo, de acuerdo a esta División el segundo *open season* presentaría un esfuerzo por objetivar el acceso a capacidades de regasificación del terminal, bajo condiciones más flexibles, públicas y no discriminatorias³⁹.

³⁷ Al respecto, véase la cláusula N° 1.6 de las bases (“*Terms of Reference*”) del segundo proceso de open season [en línea]: <[http://www.gnlchile.cl/pdf/Terms_of_Reference_Open_Season_IIv1.0_\(sin_anexos\).pdf](http://www.gnlchile.cl/pdf/Terms_of_Reference_Open_Season_IIv1.0_(sin_anexos).pdf)> [fecha de última visita: 5 de junio de 2015].

³⁸ Aprobada por resolución exenta N° 268 de la Comisión Nacional de Energía, de fecha 19 de mayo de 2015, [en línea]: <http://www.sec.cl/pls/portal/docs/PAGE/SECNORMATIVA/ELECTRICIDAD_LICITACIONES/RE2015-268APRUEBABASESDEFINITIVAS.PDF> [fecha de última visita: 05 de junio de 2015].

³⁹ De acuerdo con la información señalada en las bases (“*Terms of Reference*”) y anexos del segundo proceso de open season, aportada por GNL Chile S.A. en respuesta al ord. N° 1069, con fecha 21 de noviembre de 2014.

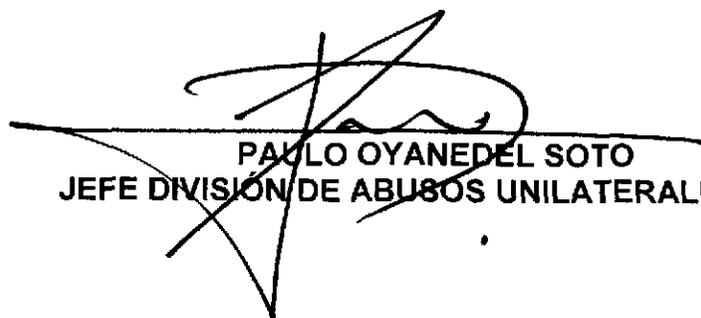
42. Lo anteriormente señalado, implica que las condiciones de acceso a terceros estipuladas por el operador comercial del terminal GNL Quintero, GNL Chile S.A., no han presentado hasta el momento efectos exclusorios. Por lo tanto, al no concurrir una negativa de acceso a la instalación, no es posible hablar *ex ante* del terminal GNL Quintero como una facilidad esencial.
43. Por consiguiente, no concurriendo copulativamente este requisito de la esencia, resulta inoficioso proseguir a analizar la existencia del resto de las condiciones arriba señaladas.

V. CONCLUSIONES.

44. De acuerdo a lo expuesto y los análisis efectuados, esta División estima que la operación del Terminal GNL Quintero a la fecha, en principio se desenvolvería bajo condiciones competitivas, en los términos planteados precedentemente.
45. Sin perjuicio de ello, resulta necesario advertir que la estructura y composición del mercado secundario -generado a partir de la comercialización de gas natural por los clientes de GNL Chile a terceros- al carecer de una regulación efectiva y no tener un adecuado grado de maduración en su desarrollo, podría llegar a constituir un escenario propicio para la comisión de conductas abusivas y/o discriminatorias aguas abajo, lo que a juicio de esta División, debiese ser objeto de un análisis independiente del ventilado en estos autos.

46. Con todo, se sugiere archivar la presente investigación, sin perjuicio del deber de la FNE de fiscalizar este y otros mercados, de manera de prevenir la comisión de posibles atentados a la libre competencia, en caso de aparecer antecedentes no considerados dentro de la misma.

Saluda atentamente a usted,


PAULO OYANE DEL SOTO
JEFE DIVISION DE ABUSOS UNILATERALES (S)

ep
MEZ