

**ANT.:** Denuncia por conductas  
exclusorias en el  
mercado de provisión de  
GNL. Rol 2592-19 FNE.

**MAT.:** Informe de Archivo.

**A :** FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

**DE :** JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía informo al señor Fiscal acerca de la investigación de las denuncias indicadas, recomendando su archivo, y remisión de los antecedentes a la División de Estudios de Mercado, en virtud de las razones que a continuación se exponen:

#### **Resumen ejecutivo**

Se recibió la denuncia de un particular en contra de Gasoducto del Pacífico por las negativas reiteradas de esta última a entregar un certificado de factibilidad de conexión a su línea de transporte de gas natural y la información necesaria para que la denunciante desarrollase la ingeniería de detalle de su proyecto de terminal de almacenamiento y regasificación de gas natural licuado ubicado en la Bahía de Concepción.

De los antecedentes recabados durante la investigación, y de su posterior análisis efectuado por esta División, se pudo identificar que Gasoducto de Pacífico habría negado injustificadamente al denunciante la información necesaria para desarrollar la ingeniería de detalle de su proyecto, entregando una serie de razones sin fundamento normativo, económico o técnico para que este último no pudiese conectarse al gasoducto, el cual constituye una infraestructura esencial para poder transportar GN en la Región del Biobío, lo cual podría haber constituido una infracción de negativa de acceso, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley N° 211 de 1973, perseguible y sancionable en sede de competencia.

Sin embargo, dichas conductas no han tenido la aptitud para impedir la entrada del denunciante al mercado, toda vez que los permisos ambientales de su proyecto de terminal han sido objeto de reclamaciones en sede jurisdiccional ambiental, por lo que de todas maneras se habría encontrado imposibilitado *de facto* de ingresar, con independencia de las negativas del denunciado.

Con todo, se ha detectado una falta de completitud en la normativa sectorial sobre acceso abierto a las infraestructuras de gasoducto, por lo que se hace necesario remitir los antecedentes de esta investigación a la División de Estudios de Mercado, para que, en el

contexto del Estudio EM-06 sobre Industria del Gas, analice estos vacíos regulatorios, y efectúe las recomendaciones administrativas, o proposiciones de modificación normativa que estime pertinentes.

## I. ANTECEDENTES

### I.1 La denuncia

1. Con fecha 8 de noviembre de 2019, se presentó a esta Fiscalía una denuncia de un particular en contra de Gasoducto del Pacífico, señalando que ésta se encontraría impidiendo su conexión al único gasoducto existente en la región del Biobío mediante una serie de justificaciones de orden técnico, que a juicio del denunciante, no eran atendibles. Todo lo anterior, en el contexto de negociaciones que sostuvieron ambas partes entre agosto de 2017 y mayo de 2019.
2. La compañía que ha incoado la denuncia tiene la intención de construir y operar un terminal marítimo con una balsa de almacenamiento y de regasificación de gas natural licuado (“GNL”) en la bahía de Concepción<sup>1</sup>, el cual pretende conectar al gasoducto de propiedad de la denunciada, para abastecer a clientes industriales, centrales generadoras y distribuidoras de gas natural (“GN”) en la región del Biobío.
3. En particular, la denuncia expone que habría existido un cambio de criterio arbitrario por parte de Gasoducto del Pacífico, ya que en el año 2011 habría indicado, a través de un certificado de factibilidad<sup>2</sup>, que el proyecto de terminal era viable, y particularmente, que podría conectarse al gasoducto en determinadas coordenadas de la costa de la Bahía de Concepción. Sin embargo, al solicitar una renovación de dicho certificado, Gasoducto del Pacífico se habría negado.
4. Sin el certificado de factibilidad, el proyecto de terminal no puede continuar su desarrollo, y en último término, no podrá conectarse al gasoducto. Específicamente, al no tener certeza sobre el punto de conexión, tampoco es posible conocer cuáles son los requerimientos técnicos para el enlace, lo que es relevante para definir la presión, temperatura y velocidad de inyección del gas, entre otros elementos, lo que les impide desarrollar la ingeniería de detalle del Terminal. Por otra parte, sus futuros

<sup>1</sup> El proyecto original fue elaborado por [REDACTED] cuyos derechos fueron cedidos a [REDACTED] propietaria del proyecto junto a [REDACTED]

<sup>2</sup> Este certificado se entregó a la empresa predecesora (Puerto Los Reyes) del proyecto de terminal del cual hoy es titular el denunciante. En éste se indican la coordenadas exactas en las cuales se puede conectar el proyecto de terminal en el gasoducto (UTM E 673.549,23 N 5.932.875,32) y que debe cumplir con lo establecido en el Ord. N° 1107 de 6 de agosto de 2010 de la DOM de la Municipalidad de Talcahuano. Cabe señalar que nuestra legislación no regula la entrega de un certificado de factibilidad por parte de una empresa de gasoducto a otra que quiera conectarse a éste, sin perjuicio de que la Excm. Corte Suprema -como se verá *infra*- señala que un gasoducto sí se encontraría obligado, mediante una interpretación extensiva del artículo 14 del D.S. N° 67/2004 sobre reglamento de gas de red.

y eventuales clientes no lo pueden considerar como una alternativa seria de abastecimiento de GN, lo que les ha impedido acercamientos comerciales con industrias, generadoras eléctricas y empresas de distribución de gas. En suma, el denunciante alega que hasta esa fecha el proyecto se encontraba totalmente detenido.

5. Continúa indicando la denuncia, que el incentivo que tendría Gasoducto del Pacífico de impedir la conexión de un nuevo entrante, viene dado por que aquel se encuentra integrado verticalmente con el único comercializador de gas natural en la región del Biobío: Innergy Soluciones Energéticas<sup>3</sup>. Es decir, de conectarse, el denunciante pasaría a ser un competidor directo del denunciado en el mercado de comercialización de GN a clientes industriales, generadoras eléctricas, y empresas de distribución de dicho combustible.
6. Por otra parte, el 18 de diciembre de 2019 se remitió a esta Fiscalía el Oficio N° 44612 por parte del Prosecretario de la Cámara de Diputados, en nombre de los honorables señores diputados Celso Morales Muñoz, Nino Baltolu Rasesa, Nicolás Noman Garrido, Osvaldo Urrutia Soto, Javier Hernández Hernández, Rolando Rentería Moller, Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Ramírez, Sergio Bobadilla Muñoz e Iván Norambuena Farías, con la finalidad de poner en conocimiento de este Servicio una serie de conductas contrarias a la libre competencia que estarían siendo ejecutadas en la industria de GN en la región del Biobío, antecedentes que fueron agregados al presente expediente.
7. En razón de estos antecedentes, la División Antimonopolios inició el examen de admisibilidad de las denuncias conforme al artículo 41 del DFL N°1/2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 y sus respectivas modificaciones ("DL 211"). Considerando los antecedentes recabados durante la etapa de admisibilidad, se estimó necesario realizar diligencias adicionales con la finalidad de determinar si las negociaciones, y en particular, la negativa de GP de entregar el certificado de factibilidad, podían constituir o no una restricción de acceso de un nuevo competidor al mercado de comercialización de GN, o si por el contrario, la conducta se encontraba justificada bajo fundamentos técnicos, de seguridad, operación y/o ingeniería. Para ello, se dispuso la apertura de la investigación mediante resolución de fecha 5 de febrero de 2020.

<sup>3</sup> Si bien ENAP también inyecta gas natural en la región del Biobío mediante su planta de regasificación ubicado en la comuna de Pemuco, éste se encuentra destinado prácticamente en su totalidad a abastecer a su refinería en esta región, y a dos clientes: la empresa distribuidora de gas natural Gas Sur, e Innergy Soluciones Energéticas. A modo de ejemplo, el año 2019 ENAP comercializó [REDACTED]

[REDACTED] (información recabada en respuestas a los Ords. N° 420-19 y N° 438-19). Adicionalmente, ENAP tiene un 25% de la propiedad de Innergy Holdings, empresa matriz tanto de Innergy Soluciones Energéticas como de Innergy Transportes.

8. Adicionalmente, el denunciante impulsó de forma paralela a su denuncia en esta Fiscalía, un recurso de protección en contra de Gasoducto del Pacífico bajo los mismos argumentos planteados a este Servicio, *mutatis mutandi* encuadrados en una vulneración del artículo 19 N° 21 de la Constitución. Éste fue resuelto, en instancia de apelación, por la Excelentísima Corte Suprema (“CS”), cuyo fallo tiene relevancia por la valoración jurídica que se hace de los actos y omisiones de GP en el proceso de negociación impactan en el análisis que se debe hacer de éstos en sede de competencia.

## 1.2 El proyecto de terminal y su desarrollo

9. La empresa denunciante es titular de un proyecto de terminal de almacenamiento y regasificación de GN, el cual se ubicará a 3,7 kilómetros de la línea de costa en la bahía de Concepción, y pretende conectarse a Gasoducto del Pacífico a través de, primero, un ducto submarino flexible, y luego, mediante un ducto en tierra. Su ubicación, así como las infraestructuras que éste comprende se detallan a continuación:

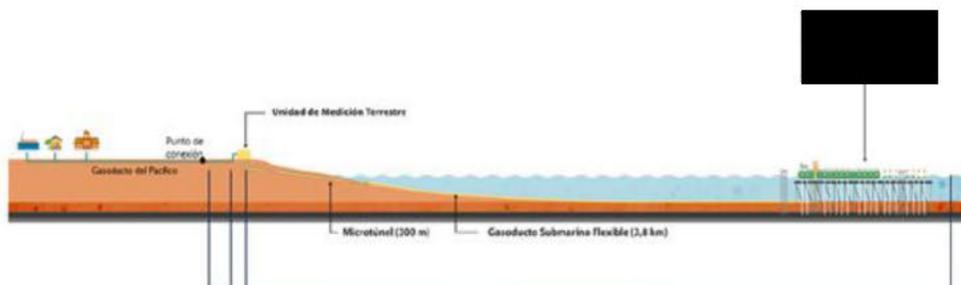
Figura N° 1: Mapa aéreo



Fuente: Estudio de impacto ambiental<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Capítulo 1: Descripción del Proyecto, Estudio de Impacto Ambiental. Disponible en: [https://seia.sea.gob.cl/archivos/2016/05/16/010\\_Capitulo\\_1\\_-\\_Descripcion\\_del\\_Proyecto\\_caro.pdf](https://seia.sea.gob.cl/archivos/2016/05/16/010_Capitulo_1_-_Descripcion_del_Proyecto_caro.pdf) [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2021].

Figura N° 2: corte transversal del Proyecto



Fuente: Estudio de impacto ambiental<sup>5</sup>

10. El desarrollo de los proyectos de terminales de almacenamiento y regasificación de GN comprende tres macro etapas, de acuerdo a información de la consultora KPMG Energy Institute<sup>6</sup>, a saber:
  - a. Marco para el proyecto antes de la decisión final de inversión: que comprende (i) la selección de sitio del proyecto; (ii) los estudios de investigación; (iii) la ingeniería conceptual y los estudios preliminares; (iv) la obtención de permisos sectoriales; y (v) el desarrollo de la ingeniería de detalle (*front end design and engineering* o "FEED").
  - b. Decisión final de inversión.
  - c. Implementación del proyecto: que comprende (i) los términos y condiciones de financiamiento; (ii) el contrato de capacidad de transporte con el gasoducto; (iii) el contrato EPC; (iv) los contratos con los clientes; (v) el cierre financiero; (vi) el desarrollo EPC del proyecto; (vii) la puesta en servicio; y (viii) las operaciones<sup>7</sup>.
  
11. De acuerdo a la información recabada en esta investigación, la empresa denunciante se encuentra en las sub etapas de obtención de permisos sectoriales, y de desarrollo de su ingeniería de detalle.
  
12. Respecto a los permisos sectoriales, tanto el denunciante<sup>8</sup> como las diversas autoridades sectoriales a las cuales consultó esta División<sup>9</sup>, han indicado que el proyecto de terminal debe contar, con una concesión marítima (por su localización

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> Aportada por [redacted] en su respuesta al Ord. N° 461, documento anexo "6. Respuesta 2. Open season Participation (spanish)". El informe está disponible en: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/08/steps-for-developing-successful-lng-import-terminal.pdf> [Fecha de consulta: 23 de julio de 2021].

<sup>7</sup> El subrayado destaca las etapas que entrarían en contradicción de acuerdo a la visión que GP tiene de desarrollar conjuntamente las negociaciones sobre factibilidad de conexión, con las negociaciones para contratar capacidad de transporte.

<sup>8</sup> Respuesta al Ord. N° 461, y en toma de declaración de fecha 10 de diciembre de 2020.

<sup>9</sup> Reuniones de fechas 22 de enero y 26 de febrero de 2020 con ingenieros y abogados del Departamento Técnico de Sistemas Combustibles de la SEC, toma de declaración a la Dirección de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Talcahuano de fecha 18 de julio de 2020, reunión de fecha 27 de mayo de 2020 con representantes de la Sección de Auditoría Interna de la Dirección de Obras Portuarias.

en el mar), los permisos municipales de conformidad con el Plan Regulador, una concesión de transporte de gas para poder conectar el terminal al gasoducto existente en la región del Biobío, y una resolución de calificación ambiental positiva<sup>10</sup>.

13. Todos estos permisos han sido obtenidos por el denunciante, sin embargo, como se verá en mayor detalle *infra*, la resolución que calificó favorablemente el estudio de impacto ambiental ha sido objeto de un conjunto de recursos de reclamación, los cuales aún se encuentran pendientes de resolución.
14. En cuanto al desarrollo de la ingeniería de detalle, el titular del proyecto de terminal ha señalado que, como consecuencia de reiteradas negativas -que constituyen el objeto de esta denuncia-, no ha podido continuar con su elaboración, y por tanto, al momento de interponer la denuncia, se encontraba impedido de dar curso progresivo a la misma.

## II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

### II.1 La industria del gas natural

11. La industria del GN se divide en tres segmentos:<sup>11</sup> (i) producción o importación de gas; (ii) transporte desde los terminales o plantas de producción hasta grandes clientes (generadoras eléctricas, clientes industriales o empresas distribuidoras); y (iii) distribución de gas a clientes residenciales y comerciales mediante redes concesionadas.
12. En Chile, la importación de GN se efectúa por vía marítima o terrestre. En el primer caso, el GN llega “licuado” a terminales marítimos<sup>12</sup>, los cuales además prestan los servicios de almacenamiento y regasificación<sup>13</sup>. En el segundo caso, el gas es importado desde Argentina, lo que comenzó a realizarse desde el año 1990 a través de gasoductos, sin embargo, en los años 2000 el suministro comenzó a ser limitado, llegando en algunos casos a su interrupción total<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Una vez iniciada la construcción y posterior puesta en operación, existen otros permisos y autorizaciones que guardan relación con el funcionamiento como infraestructura de recepción, almacenamiento y regasificación, los cuales se encuentran a cargo de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

<sup>11</sup> Si bien en la Resolución N° 51, párrafo 62, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) al describir la industria del gas en general (natural y licuado de petróleo) habla de una cuarta etapa, consistente en la de “almacenamiento y entrega en terminales”, para el caso específico del gas natural esta forma parte de la etapa de “producción o importación”.

<sup>12</sup> Se realiza la licuefacción del gas debido a que al pasarlo de estado gaseoso a líquido éste disminuye en un 600% su volumen, lo que permite que sea económicamente rentable su transporte por vía marítima.

<sup>13</sup> Para acceder al GNL importado por los terminales existe un mercado primario, mediante contratos firmados directamente con los puertos, y uno secundario, que corresponde a la venta que realizan empresas que tienen acceso directo al puerto a través de un *terminal use agreement* (TUA).

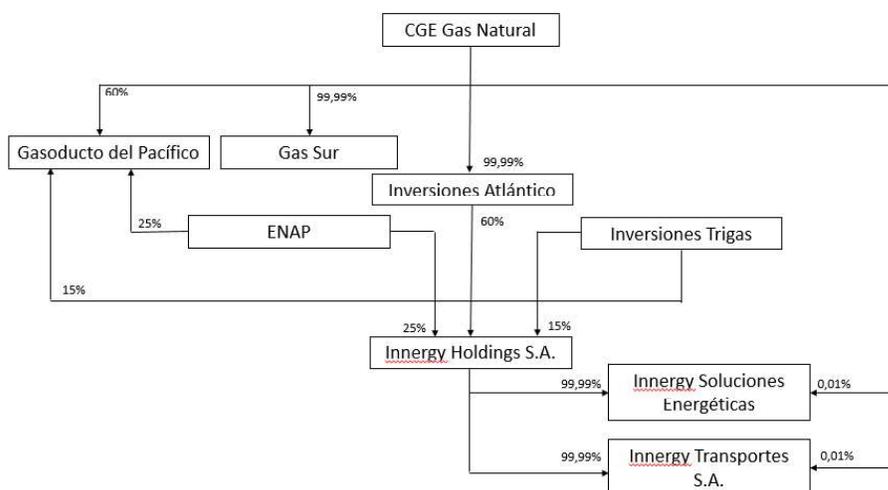
<sup>14</sup> Resolución N° 51 del TDLC de fecha 17 de enero de 2018, párrafo 67.

13. Una vez que el GNL se encuentra en los terminales existen dos opciones de transporte hacia los centros de consumo: (i) inyectarlo a las líneas de transporte denominadas gasoductos, los cuales han sido calificados por el TDLC como una facilidad esencial<sup>15</sup>; o (ii) en aquellas zonas en las que no existe este tipo de infraestructura, transportarlo en estado líquido mediante camiones a plantas satelitales de regasificación, en las que se cambia su estado de líquido a gaseoso para ser consumida por el propietario de la planta satelital o inyectado a gasoductos para ser transportado a los consumidores. En cualquiera de estos dos casos, el destino son grandes clientes, a saber, empresas generadoras eléctricas, industrias, y compañías distribuidoras de GN.
14. Finalmente, para abastecer a zonas residenciales, a clientes comerciales, y en algunos casos a clientes industriales, el GN se distribuye a través de una compañía que cuenta con la concesión dentro de una determinada área geográfica, denominada distribuidor de GN de red.

## II.2 La industria del gas natural en la región del Biobío

15. La industria del GN en la región del Biobío se encuentra verticalmente integrada por las empresas pertenecientes al *holding* de CGE Gas Natural S.A., las cuales cubren todos sus segmentos. Las relaciones de propiedad entre dichas sociedades, y la integración vertical de éstas en los distintos segmentos, se pueden ver en las siguientes figuras.

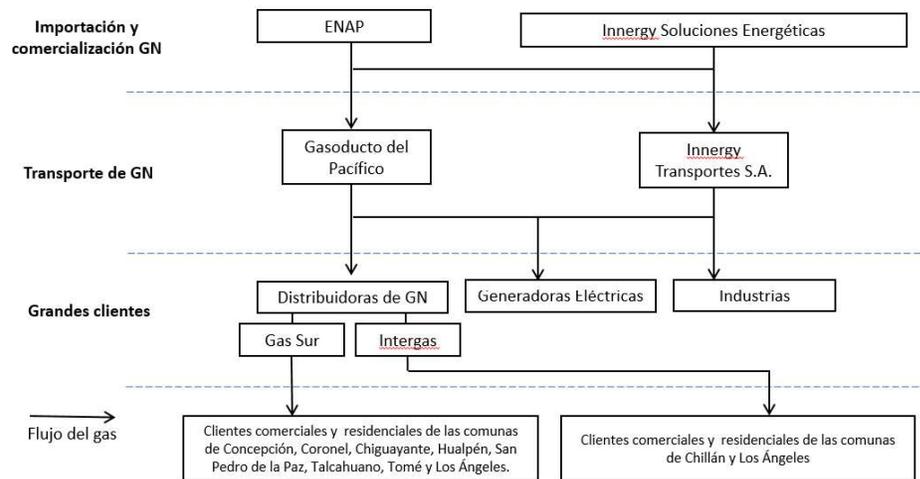
Figura N° 3: Malla societaria del Grupo CGE en la Región del Biobío



Fuente: elaboración propia en base a información aportada por Gasoducto del Pacífico

<sup>15</sup> Resolución N° 51 del TDLC de fecha 17 de enero de 2018, párrafo 158.

**Figura N° 4: Relaciones verticales entre las distintas empresas de que participan en la industria de GN en la Región del Biobío**



Fuente: elaboración propia en base a información aportada por el denunciante

16. En el segmento de importación y comercialización participan Innergy Soluciones Energéticas y ENAP. La primera comercializa GN a clientes industriales, generadores de energía eléctrica y a distribuidoras de GN residencial y comercial presentes en la Región del Biobío, abasteciendo directamente a las comunas de Talcahuano, Penco, Lirquén, Laja, Nacimiento, Coronel, Arauco, Nueva Aldea, Pemuco y Charrúa. Durante 2019 las ventas anuales de GN alcanzaron [REDACTED]
17. Los proveedores de esta empresa son, por una parte [REDACTED] que le proveen el GN desde Argentina, y por otra, [REDACTED] que lleva el GNL desde el terminal GNL Quintero hacia la planta satelital de regasificación en la comuna Pemuco.
18. Por su parte ENAP -que como se ve en la malla tiene un 25% de la propiedad tanto de Innergy Holdings como de Gasoducto del Pacífico-, abastece [REDACTED] ENAP además es propietaria de la planta satelital de regasificación de la comuna de Pemuco, la cual es operada por Innergy Transportes<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> De acuerdo a la información proporcionada por la propia Innergy Holdings en respuesta al Ord. N° 438-20 FNE.

<sup>17</sup> De acuerdo a la respuesta de ENAP Refinerías al requerimiento de información efectuado por esta Fiscalía a través del Ord. N° 420-20 FNE.

<sup>18</sup> Conforme a información entregada por la propiedad Enap Refinerías S.A. en toma de declaración de fecha 8 de enero de 2020, y a respuesta al Ord. N° 420-20 FNE.

19. Como se puede observar, en la actualidad no existen terminales marítimos de almacenamiento y regasificación en la región para importar el GNL, sin embargo, existen dos proyectos que pretenden instalarse en la Bahía de Concepción: el del denunciante y el de GNL Penco-Lirquén<sup>19</sup>.
20. En el segmento de transporte participan tanto GP como Innergy Transportes, las cuales son propietarias de todos los gasoductos presentes en la región del Biobío. La primera es propietaria de la infraestructura principal que atraviesa la región en dirección este-oeste desde el Paso Buta Mallín en la frontera chileno-argentina, hasta su destino final en Talcahuano y Coronel, mientras que la segunda es propietaria de ramales que se desprenden de la primera. Para el año 2019, GP transportó [REDACTED] N provenientes de Argentina, [REDACTED] desde la planta satelital de regasificación en Pemuco<sup>20</sup>. En el siguiente mapa se puede observar la localización geográfica de los gasoductos y sus ramales:

Figura N°5: infraestructura de transporte de GN en la región del Biobío



Fuente: Ministerio de Energía

21. Cabe señalar que las instalaciones de GP son operadas por Innergy Transportes<sup>21</sup>, compañía que, como se indicó *supra*, también opera la planta satelital de regasificación, de propiedad de ENAP, en la comuna de Pemuco. Asimismo, de acuerdo a lo indicado por el denunciado, las gerencias de Innergy Transportes, Innergy Soluciones Energéticas y Gasoducto del Pacífico se encuentran

<sup>19</sup> Este proyecto, de titularidad de Octopus LNG SpA, tiene por objeto construir y operar un terminal de almacenamiento y regasificación *near shore*, y conectarse mediante un ducto submarino con el gasoducto terrestre presente en la región del Biobío, de acuerdo a lo indicado en su evaluación de impacto ambiental. Disponible en:

[https://seja.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id\\_expediente=2129895985#-1](https://seja.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2129895985#-1)

[Fecha de consulta: 27 de agosto de 2021].

<sup>20</sup> De acuerdo a lo indicado en la memoria anual 2019 de CGE Gas Natural, p. 46. Disponible en: [http://www.cmfchile.cl/si\\_io/aplic/serdoc/ver\\_sgd.php?s567=345abf3ef554e4a6783670e91f7755aeVFdwQmVVUUVRWBOUkVFeVRuchJNVtICUFQwPQ==&secuencia=0](http://www.cmfchile.cl/si_io/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=345abf3ef554e4a6783670e91f7755aeVFdwQmVVUUVRWBOUkVFeVRuchJNVtICUFQwPQ==&secuencia=0) [Fecha de consulta: 21 de julio de 2021].

<sup>21</sup> De acuerdo a información entregada por Gasoducto del Pacífico en toma de declaración de fecha 18 de diciembre de 2019.

unificadas<sup>22</sup>, empresas que además comparten miembros en sus respectivos directorios.

22. Finalmente, en el segmento de distribución a clientes residenciales y comerciales participan dos empresas: Gas Sur S.A. e Intergas S.A. La primera, tal como se aprecia en la malla societaria expuesta *supra*, es parte del grupo CGE. Atiende a parte de las comunas del Gran Concepción<sup>23</sup> y a Los Ángeles, habiendo comercializado el año 2019 un volumen d [REDACTED] de los cuales [REDACTED]

[REDACTED] Para ese mismo año, Gas Sur se abasteció de [REDACTED] y de [REDACTED]

23. Por su parte Intergas, la única compañía de las mencionadas que no está relacionada, ni horizontal ni verticalmente con las empresas de GN que operan en la región del Biobío, distribuye GN a las comunas de Chillán y Los Ángeles. De acuerdo a lo reportado por esta compañía, hasta el año 2019 ha atendido exclusivamente a clientes residenciales, abasteciéndose para ello de [REDACTED]

### III. REGULACIÓN DEL TRANSPORTE DE GAS

24. El artículo 1° del DFL N° 323 sobre servicios de gas ("LSG") indica que la actividad de transporte de gas, y el régimen de concesiones a través del cual se desarrolla se encuentran sujetos a ese cuerpo legal. Particularmente, regula (i) las condiciones para establecer las concesiones, operarlas y explotarlas<sup>28</sup>; y (ii) las servidumbres sobre los bienes raíces.

25. A nivel reglamentario, las concesiones de transporte de gas, en lo relativo a su otorgamiento, explotación y condiciones de acceso, se encuentran normadas por el Decreto Supremo N° 263/1995 ("Reglamento de Concesiones"). Por otra parte, en materia de seguridad, la principal regulación se encuentra en el Decreto Supremo N° 102/2013 ("Reglamento de Seguridad"). Asimismo, existen otros instrumentos

<sup>22</sup> De acuerdo a toma de declaración a Gasoducto del Pacífico de fecha 18 de diciembre de 2019, y a respuestas de Innergy Holdings al Ord. N° 438-20 FNE, y de Gasoducto del Pacífico al Ord. N° 460-20 FNE.

<sup>23</sup> Específicamente: Concepción, Coronel, Chiguayante, Hualpén, San Pedro de la Paz, Talcahuano y Tomé.

<sup>24</sup> De acuerdo a lo indicado en la memoria anual 2019 de CGE Gas Natural, p. 44. Disponible en: [http://www.cmfchile.cl/si\\_io/aplic/serdoc/ver\\_sqd.php?s567=345abf3ef554e4a6783670e9117755aeVFdwQmVV\\_MUVRWHBOUKVFeVRuchJNVtICUFQwPQ==&secuencia=0](http://www.cmfchile.cl/si_io/aplic/serdoc/ver_sqd.php?s567=345abf3ef554e4a6783670e9117755aeVFdwQmVV_MUVRWHBOUKVFeVRuchJNVtICUFQwPQ==&secuencia=0) [Fecha de consulta: 21 de julio de 2021].

<sup>25</sup> Respuesta de Gas Sur al Ord. N° 421-20 FNE.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Información obtenida de la respuesta de Intergas S.A. al Ord. N° 419-20.

<sup>28</sup> Si bien se señala esto en el Título I "Disposiciones generales", a lo largo de la LSG no se encuentra una regulación específica sobre las condiciones de explotación y operación de las concesiones para el transporte de gas.

normativos que regulan aspectos de seguridad y operativos de los gasoductos como infraestructura, y del transporte de gas como servicio<sup>29</sup>.

26. De acuerdo a las definiciones dadas por el artículo 2° de la LSG, el transporte de GN es realizado por una “empresa transportista”, que se define como aquella entidad que presta el servicio de transporte, el cual es desarrollado a través de “redes de transporte” (art. 2° N° 21 LSG). Estas redes de transporte a su vez se definen en el art. 5° del DS N° 67 como el conjunto de tuberías, equipos y accesorios destinados a transportar gas, uniendo centros de producción o almacenamiento con redes de distribución de gas u otros centros de producción, almacenamiento o consumo.
27. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° de la LSG, para establecer, operar y explotar las redes de transporte de gas, las empresas deben obtener una concesión<sup>30</sup>. En el Reglamento de Concesiones se establece el siguiente régimen de facultades y obligaciones del concesionario: (i) derecho de uso y servidumbre<sup>31</sup>; (ii) libertad tarifaria<sup>32</sup>; (iii) facultad de enajenar<sup>33</sup>; (iv) obligación de cumplimiento de normas técnicas<sup>34</sup>; (v) obligación de mantenimiento operativo de instalaciones<sup>35</sup>; y (vi) obligación de dar acceso abierto. La fiscalización de estas obligaciones es

<sup>29</sup> Éstos corresponden a: (i) el DFL N° 1/1979 sobre registro de instalaciones de gas; (ii) el DS N° 67/2004 sobre reglamento de servicio de gas de red; (iii) el DS N° 67/2012 sobre reglamento de seguridad de plantas de gas natural licuado; (iv) el DS N° 280/2010 sobre reglamento de seguridad para el transporte y distribución de gas de red; y (v) la Resolución Exenta N° 628/2016 de la Comisión Nacional de Energía que regula la obligación de informar a dicho organismo los contratos de compraventa y transporte de gas natural, en estado líquido o gaseoso, y de recepción, almacenamiento, transferencia y/o regasificación de gas natural licuado.

<sup>30</sup> Lo cual será efectuado a través del procedimiento indicado en los artículos 6 y 7 de la ley, y en el título II del Reglamento de Concesiones. Una concesión se define como el conjunto de puntos de origen y destino solicitados para realizar el transporte de gas (art. 2° inc. 2 Reglamento de Concesiones). Cabe señalar que, de acuerdo al artículo 4 del mismo cuerpo reglamentario, pueden otorgarse nuevas concesiones provisionales o definitivas de transporte de gas respecto de puntos de origen y destino ya otorgados en concesión.

<sup>31</sup> La servidumbres se encuentran reguladas en el título IV de la LSG (arts. 22-A y ss.). Asimismo, de acuerdo al artículo 12 del Reglamento de Concesiones, el concesionario tiene la facultad de usar bienes nacionales de uso público para la instalación y operación de las redes de transporte, así como servidumbres sobre los predios ajenos para tender tuberías e instalaciones en general que comprenda la red de transporte.

<sup>32</sup> El artículo 12 del reglamento de concesiones dispone que el régimen de precios o tarifas al que están sujetos los concesionarios de transporte y distribución será el que se establece en los arts. 30 a 36 de la LSG. A su vez, el artículo 30 de la LSG dispone que las empresas de gas pueden determinar libremente los precios de los servicios de transporte, y de los servicios afines que preste

<sup>33</sup> Las empresas pueden enajenar o dar en garantía cualquiera de sus bienes, derechos y concesiones, así como gravar e hipotecar cualquiera de las concesiones objeto de esta ley, en garantía de cualquier clase de obligaciones (art. 46 de la LSG).

<sup>34</sup> El artículo 41 establece que es responsabilidad de los operadores y propietarios cumplir con las normas técnicas y reglamentos que se establezcan en virtud de la LSG, cuya infracción puede acarrear la imposición de multas y/o desconexión de las instalaciones.

<sup>35</sup> Es deber de estas empresas mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligros para las personas o cosas, o interrupciones del servicio, pudiendo la SEC instruir e indicar medidas para que las empresas cumplan dicha obligación. Esta materia se encuentra regulada de forma específica en el Reglamento de Seguridad, y en las normas técnicas a las que allí se hace remisión.

Un elemento fundamental de la seguridad y su impacto en las condiciones de acceso de empresas que quieran conectarse para inyectar o retirar gas natural desde los gasoductos, se encuentra en el Sistema de Gestión de Integridad de Redes (“SGIR”), el cual, conforme al artículo 21 del Reglamento de Seguridad, es elaborado por la empresa concesionaria, debiendo ser aprobado por la SEC, y en éste se contienen todas las condiciones de seguridad que deben observarse en la mantención y explotación del gasoducto.

De acuerdo a lo indicado por la SEC a esta División, las concesionarias, además de cumplir con los requisitos de seguridad contenidos en el Reglamento de Seguridad y las normas técnicas, suelen establecer estándares más altos de resguardo en sus operaciones, y lo plasman en el contenido del SGIR, lo cual no es reprochado por el órgano sectorial, ya que corresponde a una práctica habitual en esta industria. Reunión llevada a cabo el 22 de enero de 2020 con ingenieros y abogados de la SEC.

efectuado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“SEC”), cuyo ámbito de control se encuentra establecido en el artículo 48 de la LSG<sup>36</sup>.

28. Para el análisis de los hechos denunciados y los antecedentes recabados en el marco de la investigación, la obligación más relevante es la de operar bajo un régimen de acceso abierto. Respecto de ésta, la ley solo establece una definición, indicando en el artículo 11 del Reglamento de Concesiones que se entiende por tal: *“el ofrecimiento que las empresas concesionarias de transporte de gas realicen de sus servicios de transporte en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, respecto de su capacidad de transporte disponible”*. En la práctica, las empresas han realizado *open season* o licitaciones de carácter público para dar cumplimiento a esta obligación<sup>37</sup>.
29. Salvo por la definición precitada, no existe mayor detalle o especificación del régimen de acceso abierto en nuestra legislación en cuanto a aspectos clave para su materialización, como lo son el procedimiento, plazos involucrados y los requisitos que deben cumplirse para la conexión de una empresa productora o importadora de GN a un gasoducto. Tampoco se establece un mecanismo de solución de controversias entre ésta y la concesionaria de transporte.

#### IV. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN ENTRE EL DENUNCIANTE Y GP

30. Las prácticas denunciadas, a través de las cuales GP habría negado el acceso al gasoducto, se enmarcan en el contexto de las negociaciones llevadas a cabo entre ambas compañías entre los años 2017 y 2019<sup>38</sup>. Con todo, a mediados del año 2019, el denunciante interpuso un recurso de protección en contra de GP, el cual fue finalmente resuelto en instancia de apelación por la CS, la cual obligó a esta pronunciarse, y eventualmente entregar el certificado de factibilidad, tras lo cual se reiniciaron las negociaciones entre las partes, en agosto de 2020.

<sup>36</sup> Para cumplir sus funciones la superintendencia puede requerir a las empresas los datos necesarios, y podrá aplicar las sanciones establecidas en la ley N° 18.140.

<sup>37</sup> A propósito de una controversia en el mercado del Norte Grande sobre acceso a un gasoducto conocida y resuelta por la H. Comisión Preventiva Central, dicha judicatura estableció una serie de parámetros que deben seguir las empresas concesionarias al llevar a cabo este tipo de procedimientos de oferta pública en el Dictamen N° 1047/1998. En específico, se dispuso: (i) El trato igualitario y no discriminatorio debe darse no sólo a los clientes que han participado en un mismo *open season*, sino también entre quienes han contratado en *open season* distintos. Las diferencias contractuales entre diversos usuarios deben fundarse en razones de costos o condiciones operacionales; (ii) debe aplicarse mayor formalidad, transparencia y publicidad en el desarrollo de los procesos de *open season*, lo que debe ser observado por el FNE; y (iii) a. Existiendo capacidad de transporte disponible o pudiendo ampliarse sin perjuicios económicos a sus operadores, constituye un impedimento ilegítimo a la libre competencia el denegar arbitrariamente el servicio de transporte de gas a nuevos interesados.

<sup>38</sup> Se procedió a efectuar una reconstrucción de las comunicaciones entre las empresas a través de los correos electrónicos acompañados tanto en la denuncia, en el Proceso de Protección Rol N° 11.335-2019 ltma. Corte de Apelaciones de Concepción. Los correos que aportó el denunciante constan en el anexo de su denuncia de fecha 8 de noviembre de 2019, mientras que los correos aportados por Gasoducto del Pacífico se encuentran como documentos acompañados en el informe requerido por la ltma. Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 27 de junio de 2019, folio 13 causa rol N° 11.335-2019. Este trabajo se complementó con en las respuestas a los requerimientos de antecedentes de esta Fiscalía al denunciante y denunciado.

31. Sin perjuicio de lo anterior, el denunciante alega que vio retrasada su entrada al mercado producto de las reiteradas negativas de GP a entregar el certificado de factibilidad y la información técnica y de seguridad necesaria en el contexto de las negociaciones llevadas a cabo entre 2017 y 2019, antes de que la CS le ordenase emitir el certificado de factibilidad, por lo que esta División estimó necesario verificar si las conductas de GP podrían constituir una negativa de acceso anticompetitiva en el los términos del DL N° 211.
32. A continuación, se analiza el proceso de negociación llevado adelante por las partes en tres secciones. La primera, revisa el período comprendido entre noviembre de 2017 hasta el 15 de mayo de 2019, en la cual GP negó el certificado de factibilidad al denunciante aduciendo una serie de razones de índole técnico y jurídico. La finalidad de esta sección es analizar si dichas justificaciones habrían sido razonables y objetivas.
33. La segunda sección, analiza lo resuelto por la CS con fecha 7 de agosto de 2020, respecto al recurso de protección interpuesto por el denunciante en contra del denunciado, dada la relevancia que tiene para el encuadramiento jurídico de los actos de GP durante las negociaciones, y el desarrollo posterior de las mismas.
34. Y la tercera sección, expondrá las negociaciones llevadas a cabo desde la entrega del nuevo certificado de factibilidad, el 21 de agosto de 2020, a la fecha, para verificar si el denunciante ha podido desarrollar su proyecto y observar la conducta que ha tenido el denunciado, a fin de identificar si se han producido o no conductas anticompetitivas.

#### IV.1 Negociaciones entre noviembre de 2017 y mayo de 2019

35. La cronología y el resumen del contenido de las negociaciones es la siguiente:

##### [A.1]

36. De acuerdo a esta cronología, GP negó en reiteradas ocasiones la entrega del certificado de factibilidad solicitado por el denunciante, y consecuentemente, la información necesaria para desarrollar su ingeniería de detalle. Las razones de esta negativa se pueden agrupar en 3 tópicos: (i) la necesidad de que la conexión se negocie en el marco de un *open season*; (ii) el incumplimiento de los requisitos de seguridad de GP por parte de [REDACTED] y (iii) la ubicación del punto de conexión, en una zona de inundación de tsunami. Adicionalmente, en el marco de estas negociaciones se produjo un conflicto sobre la direccionalidad del transporte de GN,

que limita la posibilidad del denunciante de competir por clientes en toda la región del Biobío, restringiendo las comunas a las que puede atender, cuyo detalle se verá *infra*.

37. Respecto al primer argumento, se observó que en distintas oportunidades, GP señaló al denunciante que la emisión del certificado de factibilidad de conexión, debe realizarse en el marco de un *open season*. El denunciante por su parte, señala que no es posible negociar la factibilidad de una conexión a través de un proceso de *open season*, ya que este último tiene por finalidad contratar capacidad de transporte de GN<sup>39</sup>, cuestión distinta y que se realiza en una etapa posterior a las negociaciones y trabajo conjunto que deben realizar ambas compañías para evaluar la viabilidad técnica de la conexión entre el proyecto de terminal con el gasoducto.
38. Producto de esta decisión de GP, el denunciante alega que se encuentra imposibilitado de desarrollar su ingeniería de detalle, ya que no tiene el certificado de factibilidad de conexión, y por consiguiente, tampoco ninguno de los datos relevantes para realizarla<sup>40</sup>. Por tanto, de acuerdo al denunciante, le resulta comercial y financieramente imposible participar en un *open season*, el cual está destinado a firmar un contrato de capacidad de transporte con el gasoducto si no tiene acceso a los requisitos técnicos que debe seguir el proyecto, ni realizar un análisis significativo de cara a las decisiones finales de inversión.
39. En segundo lugar, GP le ha indicado al denunciante que, entre otras razones, no puede entregar un certificado de factibilidad, pues de acuerdo al expediente de evaluación de impacto ambiental del proyecto, este no cumpliría con los estándares de seguridad de GP.
40. El denunciante señaló a esta División que a pesar de haber consultado a GP sobre cuáles requisitos de seguridad no estaría cumpliendo, nunca se les entregó una respuesta clara. Asimismo, indica que no podría haber fundado su respuesta sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de seguridad basado en el estudio de impacto de ambiental del proyecto de terminal, pues este no es un documento de ingeniería, sino que busca exponer los efectos ambientales, sociales y para la salud de la población de un proyecto<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Esta contratación de capacidad se hace "en firme". La contratación "en firme" o *ship-or-pay* se establece en los puntos IV.5 de las bases de *open season* elaboradas por Gasoducto del Pacífico en los procesos de contratación pública de 2015 y 2019, y en el punto IV.6 de las bases de 2020: "*El Servicio de Transporte a contratar será bajo el concepto ship-or-pay al 100% por todo el periodo del CTGN*".

<sup>40</sup> Tales como: los flujos máximos, la temperatura, la presión, los requisitos de apagado de emergencia, niveles de precisión de los equipos de medición, medición de datos y parámetros de transferencia de datos, e interfaz entre su proyecto y la sala de control del gasoducto.

<sup>41</sup> De hecho, a través del correo de 2 de octubre de 201 [REDACTED] solicita a GP un intercambio de información para la conexión al gasoducto, indicando que pueden adaptar sus instalaciones a las condiciones de flujo, presión y temperatura de la tubería. Posteriormente [REDACTED] como contratista del denunciante- se reúne presencialmente con GP el 26 de octubre de ese mismo año para definir el trabajo conjunto de ingeniería,

41. En 2019 el denunciante consultó a la SEC cuáles son los requisitos de seguridad que debe cumplir para poder conectarse a un gasoducto, dado que no recibió posterior información por parte de GP. El organismo sectorial indicó que estas condiciones se encuentran establecidas en el D.S. N° 280/2009 sobre reglamento de seguridad para el transporte y distribución de gas de red, y en la norma técnica ANSI/ASME B.318S a la cual se remite la primera<sup>42</sup>.
42. Además, de acuerdo a lo informado por dicha autoridad sectorial a esta Fiscalía<sup>43</sup>, cualquier empresa que quiera conectarse al gasoducto debe cumplir con los requisitos establecidos por el propio concesionario en su Sistema de Gestión de Integridad de Redes, en el cual dispone sus condiciones de seguridad, las cuales suelen ser mayores a las establecidas tanto en la normativa sectorial como en la regulación técnica, ya que es una práctica habitual en la industria de que el estándar de seguridad establecido por los actores sea superior al de la normativa.
43. El tercer argumento por el cual GP negó al denunciante el certificado de factibilidad de conexión consiste en que la infraestructura de enlace entre el proyecto de terminal y el gasoducto se encuentra en una zona de inundación de tsunami. El denunciante indicó a esta Fiscalía que dicha justificación no era plausible, pues esta materia es de competencia de la Autoridad Marítima, la cual le otorgó la concesión marítima, estableciendo que el desarrollo de la ingeniería de detalle, que incluye el modelamiento para situaciones de tsunami, debe ser aprobado por la Autoridad Marítima, y también por la Dirección de Obras Portuarias (“DOP”) conforme al decreto de concesión<sup>44-45</sup>.

quedando de enviar “una solución de ingeniería”, no obstante, con fecha 15 de noviembre GP responde a [REDACTED] que por su obligación de acceso abierto, se requiere la apertura de un open season para continuar con el procedimiento de factibilidad de conexión.

<sup>42</sup> Carta [REDACTED] 10319 de fecha 1 de abril de 2019, y respuesta de la SEC a través del Ord. N° 9268 de 26 de abril de 2019.

<sup>43</sup> Reuniones de fechas 22 de enero y 26 de febrero de 2020 con ingenieros y abogados del Departamento Técnico de Sistemas Combustibles de la SEC.

<sup>44</sup> Conforme al numeral 8 letra d del D.S. N° 262/2019 que otorga la concesión marítima, es obligación del concesionario: *“Presentar ante la Dirección de Obras Portuarias del Ministerio de Obras Públicas, para su aprobación, el correspondiente proyecto, dentro de los 6 meses siguientes a la fecha en que la Autoridad Marítima notifique oficialmente al interesado el presente decreto, conforme lo establece el artículo 86 del D.S. N° 9 de 2018 del Ministerio de Defensa Nacional, que sustituye el Reglamento sobre Concesiones Marítimas”*. Mientras que el numeral 8 letras p y q disponen que deberá: *“p) Presentar a la Autoridad Marítima local un estudio de riesgos, especialmente lo referido a las zonas y distancias de seguridad respecto de los riesgos del GNL y los otros productos, para el caso de la dispersión de una fuga considerando la radiación térmica y también nubes tóxicas, teniendo presente lo que indica la normativa respecto de otras instalaciones y sectores habitados, así como la futura construcción de nuevas obras alrededor del terminal.*

*q) Respecto del estudio referido en la letra anterior, se deberán considerar las medidas de mitigación, especialmente lo referido a las naves FSRU y LNG Carrier para la eventualidad de tsunami y otras emergencias, a bordo y en el muelle”*.

<sup>45</sup> Esta información fue corroborada por la Dirección de obras Portuarias en reunión de fecha 27 de mayo de 2020 entre funciones de esta División, y representantes de la Sección de Auditoría Interna de la Dirección de Obras Portuarias.

44. Asimismo, el Decreto N° 48/2018 de concesión de transporte que le fue otorgado por el Ministerio de Energía, señala expresamente que éste se conectará a la infraestructura de Gasoducto del Pacífico en las coordenadas UTM N 5.932.784,75 E 673.470,36, esto es, dentro de una zona de inundación de tsunami, por lo que se encuentra autorizado por el organismo sectorial para ubicar el punto de conexión en dicho lugar<sup>46</sup>.
45. Por su parte, habiendo consultado a GP por las razones para negarse a la ubicación del punto de conexión en una zona de inundación de tsunamis, y por las facultades que le asisten para autorizar o negar a una empresa conectarse en un determinado punto, ésta señaló que el lugar de interconexión no era idóneo para la instalación de un proyecto esa naturaleza conforme a “buenas prácticas de ingeniería”, y que al ser responsable de la integridad de la red de transporte, le corresponde determinar el punto de conexión.
46. La plausibilidad de las justificaciones dadas por GP se expondrán en el acápite IV.4 del presente informe.
47. Como último punto de conflicto durante esta etapa de las negociaciones, el denunciante alega que GP le habría indicado que incluso conectándose en el punto en que ésta pretende hacerlo, el flujo sólo podrá dirigirse hacia las comunas de Talcahuano y Hualpén, dado que el segmento del gasoducto en esa zona opera a media presión, y que por tanto el GN no puede fluir hacia segmentos con presiones más altas.
48. Consultado el denunciante por esta limitación del flujo, indicó a esta División que teniendo en cuenta la red actual, su empresa puede suministrar GN a las comunas de Talcahuano y Hualpén, y que los planes para abastecer a otras comunas de la región del Biobío, debe evaluarlos a su debido tiempo en función de la demanda de sus futuros clientes, en conjunto con GP y con los proveedores actuales de gas natural, para llegar a una solución que requiera i) modificaciones técnicas; ii) acuerdos de intercambio (*swaps*); o iii) una combinación de ambos.
49. Como se verá con mayor detalle *infra*, este punto en la actualidad continúa siendo negociado. Si bien esta División considera que al limitar la dirección del flujo se restringe la capacidad competitiva a nivel geográfico, ya que el denunciante sólo

---

<sup>46</sup> De acuerdo al numeral Segundo del Decreto N° 48/2018 que confiere la concesión definitiva de transporte de gas a [REDACTED] “El gasoducto (...) se interconectará con el gasoducto de la empresa Gasoducto del Pacífico” en las coordenadas UTM N 5.932.784,75 E 673.470,36, que corresponde a un punto cercano al originalmente establecido en el Certificado de Factibilidad de 2011. Posteriormente corresponderá a la Municipalidad, a través de su Dirección de Obras (“DOM”), autorizar las faenas de construcción de acuerdo a su Plan Regulador o al Plan Regulador Metropolitano, de acuerdo a lo informado por esa Dirección a la FNE. Toma de declaración a la Dirección de Obras Municipales de fecha 18 de junio de 2020.

podrá suministrar a las comunas de Talcahuano y Hualpén, y no a toda la Región del Biobío como originalmente estaba planificado, lo importante es que las negociaciones y el resultado de éstas se funden en razones técnicas y de seguridad, lo que debe ser fiscalizado por la instancia sectorial correspondiente, y permitan la competencia, evitando cualquier barrera artificial para ingresar a este mercado.

#### IV.2 El recurso de protección y la resolución de la CS

50. Como se señaló *supra*, el denunciante interpuso, paralelamente a su denuncia en esta Fiscalía, un recurso de protección en contra de GP por los mismos argumentos de hecho, pero subsumidos como una afectación a su libertad de desarrollar actividades económicas (art. 19 N° 21 inc. 1 de la Constitución). La sentencia que resolvió este recurso en instancia de apelación es relevante por la calificación jurídica de los actos y omisiones de GP en el proceso de negociación entre 2017 y 2019, y por las consecuencias que ha tenido para el desarrollo de las negociaciones entre las partes en el período posterior. A continuación se expone cada uno de los puntos resueltos por nuestro Máximo Tribunal.

##### Obligatoriedad de entregar un certificado de factibilidad

51. De acuerdo a la CS, un concesionario de transporte de gas -como GP- tiene la obligación de emitir un certificado de factibilidad de suministro en un plazo no mayor a 10 días, en el que se debe entregar la información técnica, cuando se requiera para cumplir con la normativa de seguridad de conformidad al artículo 14 del D.S. N° 67/2004<sup>47</sup>, por tanto, en interpretación del máximo Tribunal, correspondía su emisión.

52. En efecto, la CS señala que el certificado de factibilidad de conexión es un documento que considera la posibilidad técnica de suministrar el servicio por parte

<sup>47</sup> El artículo 14 dispone: “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, cuando 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: 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”.

del concesionario, y la entrega de información previa indispensable para la ejecución del proyecto, por tanto, tal como sucede con certificados de factibilidad de otros servicios (aguas potable, alcantarillado, electricidad), cumple una función similar al certificado de informaciones previas de la Ley General de Urbanismo y Construcción y su Ordenanza, cuya importancia es doble: (i) obliga al interesado a que cualquier edificación debe cumplir con las condiciones descritas en el certificado; y (ii) es un resguardo para el interesado de que salvo modificación legal o reglamentaria, dichas condiciones no pueden ser desconocidas por quien le ha otorgado el certificado<sup>48-49</sup>.

53. Adicionalmente, la Corte Suprema ha dispuesto que una vez entregado un certificado de factibilidad, éste puede cambiar en el tiempo, pero siempre que se modifiquen las circunstancias tenidas a la vista al momento de otorgarlo, debiendo el concesionario esgrimir los argumentos de carácter técnico que lo justifiquen<sup>50</sup>.
54. En este sentido, para la CS, Gasoducto del Pacífico estaría actuando de forma ilegal al no entregar el certificado de factibilidad al denunciante, lo que impacta en la evaluación que debe hacer esta Fiscalía en relación a si el denunciado, por esta vía, ha negado justificada o injustificadamente el acceso.

La obligación de acceso abierto no debe materializarse necesariamente mediante un *open season*

55. La CS consideró que la contratación de capacidad de transporte de gas no necesariamente debe efectuarse a través de un *open season*, pues nada se indica en el Reglamento de Concesiones sobre la modalidad concreta en que éste debe llevarse a cabo, ni tampoco la SEC ha dictado regulación alguna en relación al tipo de procedimiento a seguir<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Sentencia rol N° 41 279-2020 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando noveno.

<sup>49</sup> Cabe señalar que esta interpretación de la normativa sectorial no está exenta de problemas, ya que el artículo 14 dispone esta obligación para las "empresas distribuidoras de gas", que, de conformidad al numeral 22 del artículo 2° de la LLSG es "*la entidad que presta el servicio de gas mediante redes de distribución de gas, con o sin concesión*" y a su vez, el artículo 5° del D.S N° 67/2004 define la red de distribución como "*El conjunto de tuberías, equipos y accesorios, destinados a distribuir gas desde la fuente de abastecimiento de gas hasta el fin de los empalmes. Está formada, según corresponda, por matrices, empalmes, centros reductores de presión y accesorios necesarios para el buen funcionamiento del sistema*". En circunstancias, de que Gasoducto del Pacífico es una empresa transportista de gas, que de acuerdo numeral 21 del artículo 2° de la Ley de Servicios de Gas es "*la entidad que presta el servicio de transporte de gas mediante redes de transporte*", definiendo el reglamento D.S. N° 67/2004 como redes de transporte: "*el conjunto de tuberías, equipos y accesorios destinados a transportar gas, también denominados gasoductos, que unen centros de producción o almacenamiento con redes de distribución de gas u otros centros de producción, almacenamiento o consumo*" (Haciendo un símil en materia eléctrica, es como si una obligación que pesa sobre una empresa distribuidora de electricidad, por interpretación de la CS, recayera en una empresa de transmisión eléctrica).

Se consultó a la SEC sobre esta interpretación, y confirmaron que efectivamente esto contravendría la normativa sectorial al asimilar las empresas de transporte de gas a las empresas de distribución de este combustible, y que el certificado de factibilidad del que habla el artículo 14 del D.S. N° 67/2004 estaba referido a una hipótesis completamente distinta, en que, por ejemplo, un hogar, quería conectarse a la red de distribución para recibir gas de cañería, y para ello pedía previamente un certificado de factibilidad a su distribuidor local (Reunión sostenida con la SEC el 25 de noviembre de 2020 )

<sup>50</sup> Sentencia Rol N° 41.279 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando duodécimo.

<sup>51</sup> Sentencia Rol N° 41.279 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando décimo tercero.

56. Adicionalmente, la CS señaló que no debe confundirse un *open season* o licitación pública para la contratación de capacidad, con el procedimiento de entrega de un certificado de factibilidad de conexión, pues el primero se refiere a la contratación efectiva del servicio de transporte de gas, mientras que el segundo es una gestión de orden técnico destinada a verificar el punto y la posibilidad de conectarse al ducto, tratándose de cuestiones nítidamente diferenciadas<sup>52</sup>.

La omisión de GP en sus respuestas, implica que se ha atribuido la función de juzgar

57. De acuerdo al fallo de la CS, al no responder GP de manera formal, clara, directa, completa y suficiente, respecto a si mantiene o modifica las condiciones señaladas en el certificado de factibilidad original entregado el 2011, se ha atribuido la función de juzgar, potestad que sólo corresponde a los tribunales de justicia<sup>53</sup>.
58. Relacionado con lo anterior, la CS considera que un certificado de factibilidad puede cambiar en el tiempo, en la medida que lo hagan las circunstancias tenidas a la vista al momento de otorgarlo; pero no pueden ser modificadas de forma unilateral desconociendo la validez del mismo, sin esgrimir argumentos que respondan a criterios técnicos, pues en tal caso estaría obrando como comisión especial, sustituyendo al juez natural<sup>54</sup>.

La prescripción de los hechos

59. En su recurso de protección, el denunciante identificó como omisión ilegal y arbitraria de GP las actuaciones que van desde el 27 de noviembre de 2017 en que por primera vez la denunciada negó el certificado de factibilidad, hasta el correo electrónico de 2 de mayo de 2019, última vez en que se reiteró dicha negativa<sup>55</sup>.
60. Si bien la I. Corte de Apelaciones de Concepción habría resuelto que la acción era extemporánea<sup>56</sup>, la CS señaló que esto no era efectivo, en primer lugar, porque consideró como acto ilegal o arbitrario el correo electrónico de 2 de mayo 2019 en que GP reitera su negativa [REDACTED] y en segundo lugar, porque lo denunciado consiste en una omisión -no haber emitido el certificado de factibilidad- por tanto sus

<sup>52</sup> Sentencia rol N° 41 279-2020 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando décimo cuarto.

<sup>53</sup> Sentencia rol N° 41 279-2020 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando décimo quinto.

<sup>54</sup> Sentencia rol N° 41 279-2020 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando duodécimo.

<sup>55</sup> El detalle de las negociaciones y su cronología se expondrán *infra*.

<sup>56</sup> Cabe recordar que de conformidad al Auto Acordado 94-2015 sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, en su numeral primero se establece un plazo fatal de 30 días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión.

<sup>57</sup> En este correo GP le indica [REDACTED] que sería factible conectar al gasoducto su proyecto de terminal siempre que se cumplan dos condiciones: (i) la interconexión cumpla con estándares de seguridad de GP; y (ii) se dé cumplimiento a exigencias reglamentarias relativas a presiones de operación. Las cuales no cumple de acuerdo a lo indicado en el expediente de evaluación de impacto ambiental.

efectos jurídicos perduran en el tiempo en la medida que no se dé cumplimiento a su entrega<sup>58</sup>.

61. Esta decisión de la CS es relevante, pues se considera que existe unidad de acción por parte de GP en la negativa a entregar el certificado de factibilidad, en la medida que éstas se dieron dentro de un mismo marco de negociación, y que los efectos de dicha negativa se han prolongado en el tiempo.
62. De acuerdo a lo anterior, la CS ordena a GP pronunciarse en un plazo de 15 días de manera fundada, formal, clara, directa, completa y suficiente, si mantiene o modifica las condiciones señaladas en el certificado de factibilidad técnico de 18 de octubre de 2011 respecto del denunciante<sup>59</sup>. Lo que en definitiva, fue cumplido por GP mediante carta de 21 de agosto de 2020, emitiendo un nuevo certificado de factibilidad al denunciante<sup>60</sup>.

### IV.3 Negociaciones entre agosto de 2020 a la fecha

63. El nuevo certificado de factibilidad entregado al denunciante, por una parte, acredita que este último puede conectarse al gasoducto, y por otra, contiene una serie de información técnica y de seguridad relevante para el desarrollo de proyecto del terminal, a saber<sup>61</sup>:
  - a. El punto de conexión es desde la línea de más alta marea, cuyas coordenadas son UTM N 5.932.784,750 E 673.470,360 hasta el gasoducto.
  - b. La presión de entrada al sistema no puede ser inferior a 36,5 barg ni exceder de 38,5 barg.
  - c. La temperatura de entrega del gas deberá estar en el rango de los 5 y 20°C.
  - d. Las instalaciones de interconexión deben tener un diseño adecuado para una zona de inundación de tsunamis.
  - e. Por tratarse de una conexión en media presión, el sentido del flujo de gas posible es en dirección a las comunas de Talcahuano y Hualpén.
64. De acuerdo a la información requerida a las partes por esta División luego de la entrega del nuevo certificado de factibilidad<sup>62</sup>, ambas compañías reanudaron sus

<sup>58</sup> Sentencia rol N° 41 279-2020 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando sexto.

<sup>59</sup> Sentencia rol N° 41 279-2020 de fecha 7 de agosto de 2020, parte resolutive.

<sup>60</sup> Así lo refrendan tanto el denunciante como el denunciado en sus respuestas a los requerimientos de antecedentes efectuados por esta Fiscalía a través de los Ords. N° 1808-20 y 1807-20, respectivamente.

<sup>61</sup> Carta enviada por Gasoducto del Pacífico de fecha 21 de agosto de 2020 al denunciante, acompañada al expediente de investigación rol N° 2592-19 en respuesta a la solicitud de antecedentes de esta Fiscalía a través del Ord. N° 1807-20 FNE.

<sup>62</sup> Información solicitada a GP a través de los Ords. N° 1807-20 FNE de fecha 25 de septiembre de 2020 y N° 538-21 de fecha 14 de abril de 2021, y al denunciante mediante los Ords. N° 1808-20 de fecha 25 de septiembre de 2020, y N° 534-21 de fecha 14 de abril de 2021. Asimismo, se tuvo a la vista el aporte de antecedentes del denunciante de fecha 28 de diciembre de 2020, en el cual se con iene entrega una actualización de las negociaciones para alcanzar un Acuerdo de Desarrollo.

negociaciones para lograr la conexión entre el terminal y el gasoducto, cuyo desarrollo se resume en la siguiente cronología:

[A.2]

65. Como puede observarse, desde la entrega del certificado de factibilidad, la reanudación de las negociaciones entre las partes ha logrado zanjar los conflictos que se observaron en el acápite anterior, a saber: que el trabajo de interconexión deba desarrollarse necesariamente en un *open season*, que el denunciante no estaría cumpliendo con las condiciones de seguridad para conectarse al gasoducto, y la localización del punto de conexión en una zona de inundación de tsunamis.
66. Estos problemas fueron resueltos con el certificado de factibilidad emitido por GP por orden de la CS, y el trabajo conjunto para el desarrollo de la ingeniería de detalle de la interconexión se encuentra hoy en marcha en el marco de un Acuerdo de Desarrollo alcanzado entre las partes<sup>63</sup>.
67. En cuanto a las limitaciones de dirección del flujo del GN, como se aprecia en los hitos de negociación expuestos *supra*, se encuentran en estudio por las partes, luego de haber encomendado de común acuerdo una consultoría a [REDACTED] con la finalidad de determinar la factibilidad de incrementar la presión efectiva a 49-50 barg a la que puede operar el gasoducto en el segmento donde pretende conectarse

<sup>63</sup> Acuerdo para el Desarrollo de la Interconexión del Terminal Marítimo [REDACTED] con Gasoducto del Pacífico de fecha 21 de marzo de 2021, firmado el 9 de abril de 2021. Acompañado por ambas partes a través de requerimientos de antecedentes efectuados en los Ords. N° 534-21 y N° 538-21 ENF. Este acuerdo tiene por objeto regular los derechos y obligaciones que cada parte, los cuales son [REDACTED]

[REDACTED] Las partes convienen prestarse asistencia recíproca con el objeto de facilitar la obtención de las autorizaciones corporativas y administrativas necesarias que posibiliten tener la opción de poder concretar la interconexión. Para los efectos del Acuerdo, el Proyecto comprenderá entre otros, los siguientes: [REDACTED]

[REDACTED] El desarrollo de la interconexión deberá ser realizado de acuerdo con la normativa vigente y los estándares definidos en el mismo, en estricto cumplimiento de las leyes y la normativa chilena. El plazo acordado para el desarrollo de la interconexión es [REDACTED]

[REDACTED] El acuerdo señala que, GP será el encargado de asegurarse que el desarrollo de la parte del Proyecto que sea de su responsabilidad se ajuste a la normativa vigente y a los estándares exigidos por GP para construir y operar las futuras instalaciones que sean de su propiedad.

el denunciante, lo que le permitiría inyectar el GN y transportarlo hacia toda la región del Biobío<sup>64</sup>.

## V. ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

68. Tal como se ha señalado *supra*, la investigación de marras se inició para analizar una eventual conducta anticompetitiva de negativa de venta, y más específicamente, de acceso, por parte de GP en contra del denunciante para ingresar al mercado de comercialización de GN para clientes industriales, generadoras eléctricas y distribuidores de este combustible en la región del Biobío, debido a que la compañía denunciada habría negado la entrega del certificado de factibilidad y la consecuente información técnica para que el denunciante desarrollase su ingeniería de detalle, en el contexto de las negociaciones desarrolladas entre los años 2017 y 2019. Por lo que a continuación se efectuará el análisis de dicha conducta a la luz de los antecedentes recabados en el presente expediente investigativo.
69. La negativa de venta, o particularmente en este caso, de acceso, debe cumplir con determinados requisitos, conforme lo establece la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia<sup>65</sup>. En concreto, para que esta conducta califique como ilícito anticompetitivo debe:
- a. Ser ejecutada por una empresa con posición de dominio en el mercado aguas arriba.
  - b. Existir dos mercados: uno que provea un bien o servicio (aguas arriba), y otro que emplee como insumo la prestación del primero (aguas abajo).
  - c. El bien o servicio al que se niega el acceso debe ser un insumo necesario: esto quiere decir que sin éste los competidores en el mercado aguas abajo no pueden desarrollar su giro, o tendrían una dificultad significativa para hacerlo, y no deben existir posibles sustitutos, o su replicación debe ser muy difícil o económicamente inviable<sup>66</sup>.
  - d. La empresa que ejecuta la negativa no debe tener una justificación objetiva para ello, la que puede ser de índole comercial, técnica, de eficiencia, por protección a los consumidores, o normativa.

<sup>64</sup> De acuerdo a lo indicado por el denunciante en su respuesta a la solicitud efectuada por esta Fiscalía a través del Ord. N° 534-21 FNE.

<sup>65</sup> El TDLC ha establecido estos requisitos de forma consistente en: (i) Resolución N° 19/2006, párrafos tres a nueve; (ii) Sentencia N° 45/2006, considerandos cuadragésimo tercero a quincuagésimo primero; (iii) Sentencia N° 64/2008, considerandos undécimo a vigésimo tercero; (iv) Sentencia N° 88/2009, considerandos centésimo cuadragésimo segundo a centésimo cuadragésimo sexto; (v) Sentencia N° 124/2012, considerandos quinto y vigésimo primero a vigésimo; y (vi) Sentencia N° 129/2013, considerandos décimo, undécimo, y quincuagésimo tercero a quincuagésimo octavo. Asimismo, se estableció anteriormente por la H. Comisión Preventiva Central en: (i) Dictamen N° 1016/1997, párrafo cuatro; y (ii) Dictamen N° 1128/2000, párrafo ocho.

<sup>66</sup> Sentencia N° 88/2009, considerandos trigésimo quinto a trigésimo sexto, sentencia N° 124/2012, considerandos undécimo a vigésimo primero, y sentencia N° 129/2013, considerando undécimo.

e. Como consecuencia de esta negativa se debe seguir una exclusión de competidores del mercado aguas abajo: dado que este constituye el *quid* del daño a la libre competencia, es relevante señalar que el TDLC ha empleado tanto una lectura restringida de esta afectación, indicando que “*el agente económico debe ver afectada sustancialmente su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado*”<sup>67</sup>, como una lectura amplia, señalando que este daño se puede producir cuando el acceso es relevante “*para la intensidad de la competencia en el mercado*”<sup>68</sup>.

70. A juicio de esta División, las conductas desplegadas por Gasoducto del Pacífico cumplen con las primeras cuatro condiciones, sin embargo, como se verá en detalle *infra*, existen causas concomitantes que han impedido la continuación del desarrollo del proyecto de la empresa denunciante, y que por tanto impiden configurar un nexo causal entre la conducta desplegada por GP y la imposibilidad de la compañía de ingresar al mercado.

#### V.1 Posición de dominio

71. En la Región del Biobío existen solo dos empresas que proveen el servicio de transporte de gas: Gasoducto del Pacífico e Innergy Transportes. La primera, cuenta con la principal red desde la frontera con la República Argentina, atravesando todo el territorio en dirección este-oeste hacia la costa en Talcahuano y Coronel, además de contar con dos ramales en dirección norte-sur desde Paso Hondo hacia las localidades de Cabrero y Nacimiento, mientras que la segunda, cuenta con pequeños ramales que van desde distintas estaciones de transferencia y medición de Gasoducto del Pacífico, hacia localidades específicas.

72. Estas compañías no pueden ser calificadas de competidoras por dos razones: en primer lugar, porque ambas pertenecen al mismo grupo empresarial, esto es, CGE Gas Natural<sup>69</sup>; y en segundo lugar, porque tal como se expuso en el mapa *supra*, no son redes redundantes, sino que atienden a distintas localidades, actuando Gasoducto del Pacífico como la gran línea troncal, con ramales hacia comunas específicas, e Innergy extendiendo ramales hacia zonas no atendidas por la primera. Las relaciones de propiedad de ambas empresas fueron detalladas en el acápite relativo a la industria del GN en la región del Biobío.

73. En cuanto a las barreras de entrada presentes en el mercado de transporte de gas, éstas son de índole económica y técnica, ya que, por una parte, su construcción

<sup>67</sup> Sentencia N° 64/2008, considerando undécimo y resolución N° 19/2006, párrafo 3.7.

<sup>68</sup> Sentencia N° 47/2006, considerando septuagésimo cuarto.

<sup>69</sup> Asimismo, como se ha indicado *supra*, la infraestructura de Gasoducto del Pacífico es operada por Innergy Transporte mediante un contrato de administración y operación.

requiere de cuantiosas inversiones, sobre todo para una línea de alcance regional con la capilaridad que presenta Gasoducto del Pacífico. De hecho la inversión estimada de este gasoducto, de acuerdo a su decreto de concesión, fue de USD 315,8 MM<sup>70</sup>, mientras que la inversión total del proyecto del denunciante está estimada en [REDACTED]

74. Por otra parte, el propio regulador sectorial indicó a esta División que la existencia de una red redundante de transporte de gas es altamente ineficiente, pues la lógica de estas tuberías es de que constituyan una única gran carretera de GN que sea capaz de abastecer a las principales localidades donde esté situada, primero a través de una gran línea troncal que pueda conectar puntos de norte a sur y/o de este a oeste, y luego mediante ramales para suministrar a clientes industriales o localidades lejanas a la línea principal<sup>72-73</sup>.
75. Adicionalmente, la mayoría de los gasoductos presentes en Chile son de propiedad de dos o más empresas, normalmente asociadas a la comercialización de gas, tal como lo expuso el TDLC en el párrafo 85 Tabla N°4 de la Resolución N° 51/2018, y que no tienen redundancia en las zonas donde se encuentran emplazados:

Empresa	Propietarios	Participación
Nor Andino	Engie	100%
GasAtacama	Endesa	100%
Taltal	Endesa	100%
GasAndes	Metrogas	47%
	AES Gener	13%
	CGC (Argentina)	40%
Electrogas	Endesa	42,5%
	Colbún	42,5%
	ENAP	15%
Del Pacífico	GNF Chile	60%
	ENAP	25%
	Trigas	15%
Innergy Transportes	GNF Chile	60%
	ENAP	25%
	Trigas	15%

<sup>70</sup> Artículo cuarto del D.S. N° 584/1998 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, por el cual se otorga a Gasoducto del Pacífico la Concesión Definitiva para transporte de gas natural a través de la ruta frontera-Talchano y La Leonera – Villa Mora, en la Octava Región (hoy región del Biobío).

<sup>71</sup> De acuerdo a lo indicado en el escrito de denuncia d [REDACTED] presentado a esta Fiscalía, en su Recurso de Protección y subsecuente apelación en causas Rol N° 11.335-2019 CA de Concepción y Rol N° 41.279-2020 CS, respectivamente, así como de lo indicado por esta empresa al Servicio de Evaluación Ambiental.

<sup>72</sup> Reunión con la SEC de fecha 27 de enero de 2020.

<sup>73</sup> En este sentido, es relevante citar el caso de la Región de Atacama, en el que existen dos gasoductos para un solo Terminal de Gas -GNL Mejillones-, que corresponden a Nor Andino y Gas Atacama, los cuales son redundantes en algunas de sus secciones, y que de acuerdo a lo indicado por la SEC, fue el resultado de negociaciones fallidas entre las empresas, que no lograron un acuerdo para construir un solo gran gasoducto, lo que ha resultado tremendamente ineficiente en términos de transporte. Reunión con la SEC de fecha 27 de enero de 2020.

Prueba de lo anterior, es que fue la propia Comisión Preventiva Central, la que, atendiendo a razones de eficiencia económica, resolvió que los inversionistas de los entonces proyectos de Gas Atacama y Nor Andino podían considerar la realización de negociaciones para llevar a cabo sólo uno de ellos, y que tal conducta no atentaría contra la competencia, en la medida que se adoptasen las medidas correspondientes a evitar riesgos coordinados<sup>73</sup>. Aunque en definitiva, dicho acuerdo no se produjo.

76. Finalmente, en cuanto a la presión competitiva que pueden ejercer los clientes que pretenden inyectar GN al gasoducto, como en este caso, el denunciante, cabe señalar que éstos no cuentan con otras opciones económicamente viables para llevar el gas directamente a sus clientes. La única posibilidad, aunque altamente ineficiente, sería su transporte en camiones como gas natural en estado líquido, luego llegar al punto de recepción, y en ella instalar una planta satelital de regasificación para pasarlo a dicho estado, e inyectarlo directamente al cliente industrial, la central de generación eléctrica o a la planta de distribución de gas.
77. Dado los costos que involucra una operación de este tipo, además de requerir cuantiosas inversiones en plantas satelitales de regasificación por cada cliente al que abastezcan, sólo se ocupa en situaciones en que no existe la infraestructura de transporte gasífero a través de gasoductos<sup>74</sup>.
78. En este sentido podemos concluir que Gasoducto del Pacífico tiene una posición monopólica en el mercado de transporte de gas, sin sufrir presión competitiva de algún otro actor presente o potencial en la zona -dadas las barreras de entrada-, ni tampoco de sus clientes para la inyección de gas, quienes no cuentan con otra opción viable para comercializar dicho combustible.
79. A mayor abundamiento, la denunciada no sólo detenta una posición de dominio en el segmento de transporte de gas, sino que también puede apalancar ésta con el objeto de consolidar su posición en el mercado de comercialización de GN, restringiendo la competencia en el mismo<sup>75</sup>.
80. Conforme a la información recabada en la investigación, y tal como se expuso *supra*, en la región del Biobío existen sólo dos empresas que comercializan gas natural. En primer lugar se encuentra Innergy Soluciones Energéticas, perteneciente al mismo grupo empresarial que Gasoducto del Pacífico, la que al año 2019 atendió a 24 clientes entre generadoras eléctricas, plantas industriales y distribuidoras de gas, comercializando la mayor parte del gas natural de la región<sup>76</sup> con un total de [REDACTED]. El segundo actor es ENAP, quien tiene un 25% en la propiedad de Innergy

<sup>74</sup> Tal es el caso de ENAP, que recibe el gas natural en estado líquido en el Terminal de Quintero, luego lo transporta en camiones hacia su planta satelital de regasificación en la comuna de Pemuco, en que el gas natural licuado pasa a estado gaseoso, y luego de ello se inyecta en el punto más septentrional de Gasoducto del Pacífico, para llevarlo tanto hacia su refinería, como a sus clientes. De acuerdo a lo indicado por ENAP, esta es una operación altamente costosa, y sólo se recurre a ella dada la inexistencia de un gasoducto interregional que pueda conectar el Terminal Quintero en la Región de Valparaíso, hacia los centros de consumo [REDACTED] en la Región del Biobío, o de un Terminal que reciba el gas natural licuado directamente en las costas de esta última región. Toma de declaración a ENAP de fecha 8 de enero de 2020.

La ubicación de la planta satelital de regasificación también es reveladora del alto costo que tiene el transporte en camiones, pues considerando que Pemuco se encuentra en la zona norte de la Región del Biobío, se prefirió transportar el gas natural licuado hacia dicha zona, para inyectarlo en un gasoducto, que llegar con los camiones directamente hacia su refinería y regasificarlo en una planta satelital contigua a sus instalaciones.

<sup>75</sup> Sentencia N° 88/2009, considerando quincuagésimo noveno.

<sup>76</sup> Respuesta de Innergy Holdings S.A. de fecha 26 de febrero de 2020 a Ord. N° 438-20 FNE.

Holdings S.A., la que es a su vez la matriz con el 99,99% de la propiedad de Innergy Soluciones Energéticas. Esta empresa el año 2019 tuvo [REDACTED]

81. Dadas las participaciones de mercado de ambas compañías, del hecho de que ENAP tiene el 25% de la propiedad de su competidor, de las barreras de entrada presentes en este mercado -como lo son la inexistencia de opciones e infraestructura alternativa para transportar gas- y de la integración vertical entre el principal comercializador y el único gasoducto de la región del Biobío, es posible concluir que la negativa de acceso desplegada por Gasoducto del Pacífico, tiene la aptitud de permitir a Innergy Soluciones Energéticas mantener su posición de dominio en el segmento de comercialización, excluyendo a un entrante a este mercado<sup>78</sup>.
82. Por tanto, la denunciada no sólo goza de posición de dominio en el mercado de transporte de GN, sino que además tiene la capacidad de apalancar su dominancia para resguardar su participación en el mercado de comercialización de GN a clientes industriales, generadoras eléctricas y distribuidoras de GN<sup>79</sup>.

## V.2 La existencia de dos mercados

83. En cuanto a la existencia de dos mercados, como fluye de los antecedentes del caso, el cumplimiento de este requisito resulta evidente. En primer lugar, tenemos un mercado aguas arriba, constituido por el de transporte de gas natural mediante gasoductos, la única vía de transporte que hoy existe en la región del Biobío, el cual se encuentra monopolizado por un mismo grupo empresarial a través de Gasoducto del Pacífico como concesionario de la línea troncal y alguno de sus ramales hacia localidades específicas, y por Innergy Transportes, que es concesionario de una serie de ramales, los cuales transportan el gas hacia distintas comunas de la Región del Biobío.
84. En segundo lugar se encuentra el mercado aguas abajo, de comercialización de gas natural a clientes industriales, generadoras eléctricas y distribuidoras de gas, los

<sup>77</sup> Respuesta de ENAP de fecha 23 de marzo de 2020 a Ord. N° 420-20 FNE.

<sup>78</sup> El proyecto del denunciante tiene estimado una capacidad máxima de regasificación y comercialización de GN por día.

<sup>79</sup> Cabe señalar que el apalancamiento de la posición de dominio aguas abajo no ha sido exigido por la jurisprudencia del TDLC para configurar una conducta de negativa de venta, salvo una sola excepción en el caso OPS con Telefónica (Sentencia N° 88/2009). Es más, la doctrina señala que el TDLC no requeriría expresamente la extensión del poder de mercado para configurar un ilícito anticompetitivo de negativa de venta, ya que esta conducta puede tener la aptitud de dañar al consumidor simplemente por la vía de evitar la entrada de una firma disidente o una firma innovadora. Tapia, J. "Dime de qué presumes y te diré de qué careces: el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile". Rev. Derecho Competencia vol. 10 N°10 (enero-diciembre 2014), p. 68.

cuales requieren de los servicios de transporte prestados por los gasoductos para inyectar el combustible y llegar hacia sus clientes en distintas comunas y localidades de la región del Biobío. Este es el mercado en el que el denunciante ha intentado ingresar a través de la construcción de un terminal de almacenamiento y regasificación, para luego comercializarlo hacia los distintos clientes de la región precitada, y a lo cual se encuentra impedida por la negativa de acceso de GP.

### V.3 Insumo o infraestructural esencial

85. En cuanto al tercer requisito, esto es, la existencia de un insumo esencial, y como se ha expuesto *supra*, la jurisprudencia exige que concurren tres elementos para calificarlo de tal: (i) debe ser empleado como insumo en la elaboración de bienes o prestación de servicios aguas abajo; (ii) debe ser necesario, esto significa que sin éste los competidores no pueden desarrollar la actividad o tienen una dificultad significativa para hacerlo; y (iii) no deben existir posibles sustitutos, o su replicación debe ser muy difícil o económicamente inviable<sup>80</sup>.
86. La primera de estas circunstancias es manifiesta, es decir, para que un comercializador de gas natural (en estado gaseoso) pueda llegar hacia sus clientes, requiere forzosamente conectarse a un gasoducto en la zona. Así lo ha reconocido el TDLC en su descripción de los distintos segmentos que componen la industria de gas natural<sup>81</sup>.
87. En segundo lugar, el hecho de que el servicio de transporte de gas sea un insumo necesario para la comercialización del mismo, sin el cual un comercializador como el denunciante no puede desarrollar su giro comercial, también se encuentra acreditado en esta investigación, pues el gas natural en estado gaseoso no tiene otra forma de ser conducido hacia los centros de consumo.
88. Finalmente, en cuanto a la existencia de posibles sustitutos, como hemos indicado *supra*, la única alternativa al transporte de gas natural, cuando no existen gasoductos que conecten los centros de producción e importación con los puntos de consumo, es a través de camiones que lo transporten en estado líquido hacia los clientes, quienes deberán contar con una planta satelital de regasificación adyacente a sus instalaciones para luego inyectarlas y emplearlas como combustible (ya sea como fuente de energía para una industria, para la generación de energía eléctrica, o como insumo para una distribuidora de gas).

---

<sup>80</sup> Sentencia N° 88/2009, considerandos trigésimo quinto a trigésimo sexto, sentencia N° 124/2012, considerandos undécimo a vigésimo primero, y sentencia N° 129/2013, considerando undécimo.

<sup>81</sup> Sentencia N° 51/2018, párrafos 73 y ss.

89. Esta opción es, por una parte, económicamente inviable por los altos costos que debe soportar una empresa, dada la logística implicada en el transporte de gas licuado en camiones, y que requiere de que un cliente, o incluso el mismo comercializador instale una planta satelital de regasificación adyacente al centro de consumo, y por otra, es técnicamente imposible<sup>82</sup>, pues el proyecto de terminal del denunciante es del tipo *near shore*, esto quiere decir que se encuentra mar adentro a 3,8 km. de la costa de Concepción, en el cual los buques tanqueros descargan el gas licuado, luego este se regasifica, se transporta a través de un gasoducto submarino hacia la costa, y finalmente hacia Gasoducto del Pacífico. Por tanto, el gas licuado recibido en el Terminal del denunciante no es posible llevarlo a la costa en ese mismo estado. Lo anterior se puede apreciar en la siguiente figura.

Figura N°6: Flujo del GN en el proyecto de terminal



Fuente: Estudio de impacto ambiental<sup>83</sup>

90. La única otra alternativa es que el denunciante construyese por sí mismo un nuevo gasoducto, totalmente redundante al de Gasoducto del Pacífico, que atendiese a toda la Región del Biobío, lo que como ya se señaló anteriormente, es inviablemente económicamente dado los altos montos de inversión que esto implica, y la

<sup>82</sup> En cuanto a las dificultades técnicas de sustitución de un insumo por otro, el TDLC incluso ha empleado un criterio más laxo que el de imposibilidad absoluta como acontece en el caso de [REDACTED]. En particular ha indicado: "Que, relacionado con ello, podría argumentarse que el formato de papel del BIC es un buen sustituto para su formato electrónico, pudiendo comprarse el primero, sin necesidad de mantener un contrato con la CCS, para luego transcribirlo. Sin embargo, existen dificultades técnicas para la transferencia de datos desde el BIC en papel a un formato electrónico capaz de ser manejado y consultado por un buró de crédito, como son los errores de traspaso y omisiones, que hacen muy difícil y costosa en la práctica tal labor, sobre todo teniendo en cuenta que la confiabilidad de la información -en el sentido de que no contenga errores- es una característica fundamental para los usuarios de la misma. Asimismo, este traspaso de datos desde el formato papel a uno electrónico puede tomar un tiempo significativo, lo que sitúa al buró de crédito que no disponga de este último formato en una situación desventajosa respecto de sus competidores que lo obtienen inmediatamente". Sentencia N° 124/2012, considerando vigésimo.

<sup>83</sup> Capítulo 01: Descripción del Proyecto, Estudio de Impacto Ambiental. Disponible en: [https://seia.sea.gob.cl/archivos/2016/05/16/010\\_Capitulo\\_1\\_-\\_Descripcion\\_del\\_Proyecto\\_caro.pdf](https://seia.sea.gob.cl/archivos/2016/05/16/010_Capitulo_1_-_Descripcion_del_Proyecto_caro.pdf) [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2021].

ineficiencia de existir dos redes paralelas de transporte<sup>84</sup>, máxime considerando que Gasoducto del Pacífico actualmente tiene un 47,8% de su capacidad disponible<sup>85</sup>.

#### V.4 Ausencia de justificaciones objetivas para negar el acceso

91. En lo que guarda relación con el requisito de ausencia de justificaciones objetivas por parte de la empresa que deniega la venta o el acceso al insumo esencial, los argumentos que ha dado Gasoducto del Pacífico al denunciante se han expuesto en el acápite IV.1 sobre el período de negociación entre 2017 y 2019. Por lo que ahora corresponde evaluar la plausibilidad de cada una de ellas, a saber: (i) la necesidad de que la factibilidad de conexión se negocie en el marco de un *open season*; (ii) el incumplimiento del denunciante de los requisitos de seguridad establecidos por GP; y (iii) la ubicación del punto de conexión no puede situarse en una zona de inundación de tsunamis.

##### Necesidad de que la conexión se negocie en un *open season*

92. Como se ha señalado *supra*, en las negociaciones desarrolladas entre 2017 y 2019, GP se ha negado a entregar un certificado de factibilidad con la información necesaria al denunciante para que éste desarrolle su ingeniería de detalle, indicando que esto lo debe realizar en el marco de un *open season*.

93. En materia de “acceso abierto” lo único que establece nuestra normativa es una definición contenida en el artículo 11 del D.S. N° 263/1995<sup>86</sup>, cuestión que ha sido corroborada por el regulador sectorial, que ha señalado que no existe ni se ha propuesto ninguna normativa o instrucciones que definan o regulen el sistema de acceso abierto<sup>87</sup>. En la misma línea, la CS, indicó que en el D.S. N° 263/1995 no se establece ninguna modalidad concreta en la que se lleve a cabo la obligación de dar acceso, y que no puede confundirse un *open season* para la contratación de

<sup>84</sup> Tal como se indicó *supra*, la inversión estimada de Gasoducto del Pacífico fue de USD 315,8 MM de acuerdo a lo indicado en su decreto de concesión, mientras que la inversión de [REDACTED] para construir y operar su Terminal es de [REDACTED] conforme a su denuncia, a su evaluación de impacto ambiental, y a lo indicado en los recursos de protección y apelación a la misma. Asimismo, fue destacado por funcionarios de la SEC la ineficiencia económica de tener dos redes de transporte paralelas.

<sup>85</sup> De acuerdo a lo informado por la SEC en su informe presentado ante la CS en causa Rol N° 11.335-2019, de folio 26, Ord. N° 15513 de fecha 23 de julio de 2019. La capacidad total de Gasoducto del Pacífico es hoy de 6 MM de m<sup>3</sup> de gas por día.

<sup>86</sup> Complementariamente, la H. Comisión Preventiva Central dispuso ciertas obligaciones que debe observar el concesionario de transporte en el contexto de un *open season*, como lo son el trato igualitario y no discriminatorio entre oferentes de una misma licitación, y entre éstos y los usuarios del gasoducto, la formalidad, transparencia y publicidad de estos procesos, y la consideración como impedimento legítimo a la libre competencia la denegación arbitraria del servicio de transporte de caso de existir capacidad disponible o de ampliación sin detrimento económico de sus operadores. Dictamen N° 1047/1998 de la H. Comisión Preventiva Central, apartado V letras a y b.

<sup>87</sup> Informado por la SEC en su informe presentado ante la CS en causa Rol N° 11.335-2019, de folio 26, Ord. N° 15513 de fecha 23 de julio de 2019

capacidad de transporte de gas, con un procedimiento destinado a evaluar la factibilidad de conexión<sup>88</sup>.

94. Por lo anterior, a juicio de esta División, GP estaría aplicando una interpretación errada de su obligación de acceso abierto, confundiendo lo que es un *open season*, con las negociaciones de factibilidad de conexión<sup>89</sup>, de modo que no puede considerarse como una justificación plausible para negarle la entrega al denunciante de la información necesaria contenida en el certificado de factibilidad, máxime, teniendo en cuenta que al carecer de dichos antecedentes, el denunciante no ha podido continuar desarrollando su proyecto de terminal.

Incumplimiento de los requisitos de seguridad por parte del denunciante

95. GP indicó al denunciante que no cumpliría con sus requisitos de seguridad de acuerdo a la revisión del estudio de impacto ambiental del proyecto de terminal, por lo que no podría otorgarle el certificado de factibilidad de conexión, sin especificar cuáles de esas exigencias no estaría satisfaciendo. Con todo, dicho documento que no contiene especificaciones técnicas de ingeniería y operación, tales como presión, temperatura, flujo y volumen del gas, por lo que mal podría ser empleado como justificación para negar el acceso.
96. Esta Fiscalía consultó a GP por los requisitos de seguridad que el denunciante no estaría cumpliendo, a lo cual respondió que el 17 de agosto de 2017 el denunciante le habría enviado un estudio preliminar de la capacidad hidráulica de los gasoductos su proyecto, los cuales contenían información insuficiente, y por ello recurrieron a la información pública contenida en la evaluación de impacto ambiental.
97. De acuerdo a GP, considerando esta información, no se cumpliría con los estándares de presión de operación, herramientas de inspección interna, requerimientos de capacidad de transporte de gas, y temperatura del gas, incumplimientos que, según la denunciada, fueron reiterados al denunciante en varias ocasiones.

<sup>88</sup> Sentencia rol N° 41.279-2020 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando décimo cuarto.

<sup>89</sup> Sentencia rol N° 41.279-2020 de fecha 7 de agosto de 2020, considerando décimo cuarto. Específicamente la CS señaló: "Que, sin perjuicio de lo anterior, no cabe confundir la licitación pública del servicio con la factibilidad técnica de la conexión.

*En este punto, la recurrida parece confundir la factibilidad técnica de la conexión con la contratación efectiva del servicio de transporte de gas, siendo que se trata de situaciones nitidamente diferenciadas. Respecto de esta última, resulta del todo aconsejable que la empresa concesionaria ofrezca o proporcione su capacidad disponible de transporte de gas a todos los interesados a través de un proceso público y abierto, en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información. Pero no ocurre lo mismo en el caso de la primera hipótesis, puesto que ella se refiere a la factibilidad técnica de la conexión, no a la licitación de su capacidad de transporte que, dicho sea de paso, a junio de 2019 alcanzaba el 47,8% según lo informado por la Superintendencia del ramo".*

98. De acuerdo a la información de ambas partes, y la reconstrucción de las negociaciones detalladas *supra*, esta División puede concluir que más allá de existir o no un cumplimiento de los requerimientos de seguridad, durante el proceso de negociación entre 2017 y 2019, GP se limitó a señalar al denunciante lisa y llanamente que no cumpliría con dichos estándares, sin mayor expresión de causa o detalle, a pesar de habersele requerido por el denunciante las razones del no cumplimiento, y la información necesaria para que la compañía desarrolle su ingeniería de acuerdo a los estándares de seguridad de GP.
99. Refrenda lo anterior, el hecho de que luego de la sentencia de la CS, GP remitió el certificado de factibilidad con los requerimientos de seguridad básicos<sup>90</sup>, y se convino entre GP y el denunciante la contratación de una consultora que estableciese las condiciones de interconexión, que ha tenido como resultado el documento “Alcances del Estudio de Ingeniería desarrollado para interconexión [REDACTED] desarrollado por [REDACTED]. Esto demuestra que efectivamente se requería de un mayor detalle sobre los estándares de seguridad supuestamente incumplidos, y que debía efectuarse un trabajo conjunto.

Ubicación del punto de conexión en una zona de inundación de tsunami

100. En cuanto a la justificación de que el punto de conexión no puede ubicarse en una zona de inundación de tsunami, dicha determinación no es facultad del concesionario de transporte, sino que esto es analizado por distintas autoridades sectoriales de acuerdo al segmento del proyecto que se trate: en el caso de las instalaciones en el mar, corresponde a la Autoridad Marítima y a la Dirección de Obras Portuarias, y para la infraestructura en tierra, corresponde al Ministerio de Energía al otorgar la concesión de transporte de gas, y a la Dirección de Obras Municipales autorizar las faenas de construcción conforme a su Plan Regulador, o al Plan Regulador Metropolitano.
101. Cabe señalar que habiéndole consultado a Gasoducto del Pacífico por la restricción en la ubicación del punto de conexión impuesta al denunciante, solo adujo que se realizó por “buenas prácticas de ingeniería”<sup>92</sup>, sin entregar mayores detalles al respecto. Es más, luego de la sentencia de la CS, la denunciada cambió su criterio, y en el certificado de factibilidad de conexión que emitió al denunciante sólo estableció que las instalaciones de interconexión debían tener un diseño adecuado para una zona de inundación de tsunamis.

<sup>90</sup> Entre ellos: punto de ubicación de la conexión, presión de entrada al sistema, temperatura de entrega del gas, requerimientos de diseño para zona de tsunami, y flujo.

<sup>91</sup> Conforme a correo electrónico de fecha 10 de septiembre de 2020 de GP a Project Manager d [REDACTED]

<sup>92</sup> Respuesta de Gasoducto del Pacífico de fecha 9 de abril de 2020 al Ord. N° 460-20 FNE.

102. Por los antecedentes expuestos, a juicio de esta División, las razones esbozadas por GP no son suficientes, existiendo instancias técnicas y sectoriales encargadas de velar por la seguridad frente a eventuales daños como aquellos derivados por un tsunami, de lo contrario, queda a su arbitrio, como ha sucedido hasta ahora, la determinación del punto de conexión<sup>93</sup>.

#### **V.5 Exclusión de un competidor o impedimento de ingreso a un competidor entrante**

103. Como se ha indicado *supra*, el denunciante señaló que, en el contexto de las negociaciones llevadas a cabo entre 2017 y 2019, las constantes negativas por parte de Gasoducto del Pacífico de proporcionar la información necesaria para la elaboración de su ingeniería de detalle y de emitir un certificado de factibilidad de conexión, le han impedido continuar con el desarrollo de su proyecto.

104. Específicamente, de acuerdo a lo indicado por el propio denunciante, éste se encontraba en posibilidad de desarrollar su ingeniería de detalle, y con ello, continuar su proyecto hasta el inicio de operaciones, desde la obtención de la concesión marítima, el 1 de julio de 2019<sup>94</sup>.

105. Con todo, para acreditar el requisito de exclusión o impedimento de ingresar al mercado, debe existir un nexo causal entre la conducta -positiva u omisiva- del denunciado, y la imposibilidad de entrada del denunciante. Lo que se verá en detalle a continuación.

106. Dado que el proyecto desarrollado por la empresa denunciante se encuentra regulado y sujeto a diversas autorizaciones sectoriales, es importante analizar si el afectado cuenta con todos los permisos necesarios, o si por el contrario, estos no se encuentran completamente tramitados o firmes<sup>95</sup>, y consecuentemente, la paralización del proyecto estaría siendo provocada por una causa concomitante.

---

<sup>93</sup> Cabe señalar que la CS llegó a una conclusión similar, aunque en clave constitucional, al señalar que GP habría asumido la función de juzgar, la cual pertenece a los tribunales que señala la ley, por no haber dado una respuesta de manera formal, clara, directa, completa y suficiente sobre si mantiene o modifica las condiciones señaladas en su certificado de factibilidad de 2011, por las razones, entre otras, de incumplimiento de medidas de seguridad por parte del denunciante, y por la ubicación del punto de conexión en zona de tsunami, lo que constituye un acto que contraviene lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 7 de agosto de 2020, en causa Rol N° 41.279-2020, considerando décimo quinto.

<sup>94</sup> Aporte de antecedentes ingreso N° 4349-20 de fecha 28 de diciembre de 2020.

<sup>95</sup> Entiéndase por "firme" en su sentido jurídico, es decir, que no proceden en contra de ellas de recursos, que habiéndose incoados éstos han sido resueltos, o que existiendo recursos no se han interpuesto dentro de plazo (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil).

107. De acuerdo a la información recabada por esta División, el denunciante cuenta con los permisos sectoriales requeridos<sup>96</sup>, todos los cuales se encuentran firmes, con excepción de la resolución de calificación ambiental. En relación a esta última, el 2 de agosto de 2017 se emitió la Resolución Exenta N° 204/2017 que calificó positivamente el proyecto. No obstante, esta ha sido objeto de una serie de recursos tanto en sede administrativa como jurisdiccional.
108. Respecto a los recursos administrativos, cabe destacar la interposición 11 reclamaciones ante el Comité de Ministros el 10 de octubre de 2017 -antes del inicio de las negociaciones denunciadas-, los cuales fueron rechazados el 30 de noviembre de 2018<sup>97</sup>, y 7 recursos de invalidación presentados ante el Servicio de Evaluación de la Región del Biobío, todos rechazados -el último, rechazado el 4 de febrero de 2020<sup>98</sup>-. Conforme a lo señalado, esta vía de impugnación administrativa hoy se encuentra agotada.
109. En cuanto a la vía jurisdiccional, actualmente la resolución ha sido impugnada en las causas rol R-1, R-3, R-6 y R-7 del Tercer Tribunal Ambiental, todas ellas de 2020. Algunas ya han sido rechazadas, mientras que otras se encuentran pendientes de resolución. La pretensión de estos recursos es el de retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a la etapa que corresponda, ya que, de acuerdo a los reclamantes se cometieron una serie de infracciones de forma<sup>99</sup>.
110. Adicionalmente, la resolución ha sido impugnada en la causa rol R-21 y las acumuladas R-22 y R-23 del Tercer Tribunal Ambiental, todas de 2019, por la valoración del impacto en el ecosistema efectuado por el Servicio de Evaluación y el Comité de Ministros. De acogerse estos recursos, podría implicar la revocación de la resolución de calificación ambiental positiva, y la dictación de una nueva en su reemplazo con las observaciones planteadas por las recurrentes.

---

<sup>96</sup> La concesión marítima le fue conferida a través del D.S. N° 262 de fecha 1 de julio de 2019 por la Subsecretaría de Fuerzas Armadas. Respecto a los permisos municipales, a través del DU-CIP-N° 56316 Rol N° 7024-21 de la Dirección de Obras Municipales de Talcahuano emitió un certificado de informaciones previas, en el que se contienen los requisitos que debe cumplir el constructor de una infraestructura sobre los terrenos en los que se situará. Posteriormente el 7 de noviembre de 2018 a través del Ord. DOM N° 1717 la Directora de Obras Municipales certifica que el área de concesión marítima y la infraestructura que se pretende construir, no interfiere con el Plan Regulador Metropolitano. En cuanto a la concesión de transporte que le permitirá conectar el proyecto de terminal con el ducto de GP, ésta le fue conferida a través del Decreto N° 48/2018 del Ministerio de Energía.

<sup>97</sup> De acuerdo al Acta de Sesión N°04/2018 del Comité de Ministros. Disponible en: <https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2018/12/26/acta-ord-04-2018.pdf> [Fecha de consulta: 6 de enero de 2021].

<sup>98</sup> El detalle de los recursos administrativos y sus resoluciones de rechazo se encuentran en: [https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesRecursos.php?modo=ficha&id\\_expediente=2131400134](https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesRecursos.php?modo=ficha&id_expediente=2131400134) [Fecha de consulta: 6 de enero de 2021].

<sup>99</sup> En la causa R-1-20 se alegó la extemporaneidad de la resolución del recurso de invalidación, por lo que procedía aplicar el silencio administrativo positivo. En la causa R-6-20 se alegó el no haber efectuado el Proceso de Consulta Indígena, y en las causas R-3-20 y R-7-20 se reclamó la omisión del procedimiento de Participación Ciudadana en ciertas comunas, y la exclusión de Comunidades Indígenas.

111. Las sentencias que emita el Tribunal Ambiental en relación a las mencionadas impugnaciones, son apelables ante la Excelentísima Corte Suprema.
112. Por tanto, el denunciante, a pesar de indicar que desde la obtención de la concesión marítima el 1 de julio de 2019 ha podido elaborar su ingeniería de detalle, se ha encontrado, desde antes de esa fecha, frente a la incertidumbre de poder continuar con el desarrollo y posterior construcción de su proyecto, primero, por la pendencia de resolución de los recursos administrativos, y en la actualidad, por los recursos jurisdiccionales ante el Tribunal Ambiental, toda vez que si alguna de las reclamaciones es acogida, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se retrotraerá a un estadio anterior, y/o las condiciones para el desarrollo del proyecto podrían ser considerablemente alteradas, o incluso podrían ser objeto de una nueva instancia, esta vez ante nuestro Máximo Tribunal, todo lo cual constituye una contingencia insondable, que *de facto* paraliza la entrada del denunciante al mercado, ya sea por distorsionar las decisiones finales de inversión, y/o por imposibilitar el inicio de su construcción .
113. En este sentido, a pesar del reproche que pueda realizarse a GP por sus conductas en las negociaciones entre noviembre 2017 y mayo 2019, al no entregar el certificado de factibilidad ni las especificaciones para desarrollar su ingeniería de detalle a su contraparte, el denunciante de todas maneras se encuentra impedido de continuar con su proyecto, y por tanto, de ingresar al mercado de GN, por una causa de orden jurídico-ambiental, con independencia de la manera en que pudo haber actuado el denunciado<sup>100</sup>.
114. Por lo anteriormente indicado, las conductas denunciadas de Gasoducto del Pacífico no pueden ser calificadas como una negativa de acceso anticompetitiva de acuerdo a las condiciones requeridas por la jurisprudencia del H. TDLC, ya que carecen de la aptitud de excluir a un agente del mercado que, en este caso, *por mor* de la considerable contingencia que imponen al denunciante los recursos ambientales pendientes de resolución, ya se encontraba impedida de hacerlo.
115. Lo anterior, no obsta al reproche que se puede efectuar a la denunciada, por infringir el deber especial de cuidado de las empresas dominantes -en este caso, monopolista- de no ejecutar actos que puedan distorsionar la competencia<sup>101</sup>, toda

---

<sup>100</sup> Esto en doctrina se conoce como "curso causal hipotético", el cual da cuenta de una situación en que el daño se hubiese producido igualmente, con o sin la intervención del actor cuya conducta se reprocha. Sobre el punto véase Baraona, Jorge. La causa del daño en la jurisprudencia reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual). En La Relación de Causalidad – Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal, Universidad de Los Andes, año 2008, pp. 59 a 178, e Infante, Francisco (2002) La responsabilidad por daños. Nexo de causalidad y "casos hipotéticos", Tirant Monografías, Valencia, pp. 198 y ss.

<sup>101</sup> Este deber ha sido reconocido por la jurisprudencia del H. TDLC, respecto de empresas que tienen una importante participación de mercado. Sentencias N° 65/2008, considerando sexagésimo quinto, y N° 86/20019,

vez que, como se detalló *supra*, durante todo el proceso de negociación entre 2017 y 2019 se adujeron justificaciones para negar la entrega del certificado de factibilidad que no tienen plausibilidad normativa, técnica ni económica.

116. Refrenda lo anterior, el hecho de que luego de que la CS le ordenó a GP pronunciarse sobre el certificado de factibilidad, esta compañía ha trabajado conjuntamente con el denunciante para desarrollar la ingeniería de detalle y verificar el cumplimiento de los requisitos de seguridad y operación del punto de conexión, y del proyecto de terminal en general. Conducta que tuvo que haberse observado entre 2017 y 2019.
117. De no haberse encontrado pendiente la resolución de los recursos ambientales previamente indicados, esta conducta pudo haber tenido la aptitud de impedir la entrada de un nuevo competidor al mercado de comercialización de GN para clientes industriales, generadoras eléctricas y distribuidores de este combustible. Por lo que, se advierte a la denunciada la necesidad de continuar las negociaciones de buena fe, absteniéndose de realizar cualquier conducta que pueda erigir una barrera de entrada artificial, tanto al denunciante, como a cualquier otra compañía que en el futuro pretenda conectarse a la red de transporte de GN.

## **VI. LA INCOMPLETUD DE LA REGULACIÓN DE ACCESO ABIERTO COMO RIESGO SISTÉMICO PARA LA ENTRADA DE NUEVOS AGENTES AL MERCADO**

118. Sin perjuicio de las consideraciones conductuales reseñadas *supra*, esta División ha detectado que existe una falta de regulación de la obligación de acceso abierto a la que se encuentran sujetos los concesionarios de redes de transporte de GN, existiendo únicamente una definición de qué se debe entender por ella, pero sin establecer instancias de resolución de controversias, ni plazos a los que se encuentren sujetos las partes para concretar tal acceso.
119. En efecto, las etapas que tiene el desarrollo de un proyecto de terminal, desde su formulación como concepto, hasta el inicio de operaciones, presenta una serie de etapas críticas que por falta de regulación pueden ser explotadas por el titular de una concesión de transporte para denegar o retardar la conexión.

---

considerando undécimo. Asimismo, se puede observar el reconocimiento de esta responsabilidad especial a nivel comparado en las Sentencias del Tribunal General de la UE (ex Tribunal de Primera Instancia, "TPI") de 1 de abril de 1993 (BPB Industries y British Gypsum/Comisión, As. T-65/89); de 17 de julio de 1998 (TPI ITT Promedia/Comisión, As. T-111/96); de 30 de septiembre de 2003 (Michelin/Comisión, As. T-203/01); de 23 de octubre de 2003 (Van den Bergh Foods/Comisión, As. T-65/98), y 17 de diciembre de 2003 (British Airways/Comisión, as. T-219/99), así como del El Tribunal de Justicia de la UE en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, as. 322/81).

120. Tal como se ha indicado *supra*, para el desarrollo de un terminal se pueden distinguir tres grandes etapas<sup>102</sup>:

- a. Marco para el proyecto antes de la decisión final de inversión: comprende todas aquellas actividades que se realizan de forma previa a la construcción, destacándose los siguientes hitos: (i) selección de sitio; (ii) estudios de investigación; (iii) Pre-FEED (ingeniería conceptual, factibilidad y estudios preliminares); (iv) Permisos sectoriales; (v) FEED (*front end design and engineering*) o también conocido como el desarrollo y determinación de la ingeniería de detalle.

El FEED es importante porque proporciona el marco técnico principal para la ejecución del proyecto, en dos sentidos: (i) define todos los requisitos técnicos que debe seguir el contratista EPC; y (ii) permite a [REDACTED] realizar un análisis significativo de cara a las decisiones finales de inversión.

- b. La decisión final de inversión (FID por sus siglas en inglés referentes a *final investment decision*)
- c. Implementación del proyecto: que comprende (i) los términos y condiciones de financiamiento; (ii) el contrato de tubería; (iii) el contrato EPC; (iv) los contratos con clientes; (v) el cierre financiero; (vi) el EPC del proyecto; (vii) la puesta en servicio; y (viii) las operaciones.

121. De acuerdo a lo anterior, las etapas que esta División ha identificado como críticas, considerando la ausencia de regulación, y que podrían ser explotadas por el concesionario para impedir la conexión al gasoducto, particularmente cuando éste, dada su integración vertical, tiene los incentivos para impedir la entrada de un competidor aguas abajo en el segmento de comercialización de GN, son las que se señalan a continuación.

122. La selección del sitio del proyecto de terminal y del sitio de conexión al gasoducto: en la actualidad no está clara la forma en que ésta se puede determinar, ni a quien corresponde la decisión final. Por ello, puede ser empleada de forma estratégica por la concesionaria del gasoducto para reducir la competitividad de las empresas entrantes mediante la selección de lugares que impliquen un alto costo de instalación, o que limiten la dirección del flujo.

123. La entrega de información del gasoducto para que el proyecto de terminal desarrolle su FEED o ingeniería de detalle: para desarrollar la ingeniería de detalle, la empresa entrante debe contar con toda la información de seguridad y de ingeniería del

<sup>102</sup> De acuerdo a lo indicado por el KPMG Global Energy Institute en el documento *Steps towards developing a successful LNG Import Terminal – an ASEAN perspective*. Disponible en: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/08/steps-for-developing-successful-lng-import-terminal.pdf> [Fecha de consulta: 23 de julio de 2021].

gasoducto en la zona en la que se pretende conectar, lo que incluye presión, temperatura, capacidad de transporte y cualquier otro requisito necesario, normalmente contenido en el SGIR del concesionario de transporte y en otros instrumentos sobre operación, para que ésta a su vez pueda desarrollar su ingeniería de detalle.

124. La negativa a entregar esta información puede paralizar el desarrollo del proyecto de terminal, y al quedar al arbitrio de la empresa concesionaria de la línea de transporte, constituye una herramienta que puede ser empleada para excluir a un potencial competidor.
125. Asimismo, dado que en el desarrollo de la ingeniería de detalle, tanto del terminal como del punto de conexión, debe realizarse un trabajo conjunto entre las compañías, la falta de cooperación del gasoducto, ya sea como negativa absoluta a participar, o a través prácticas dilatorias, puede afectar la entrada de un nuevo agente al mercado.
126. La negociación del contrato de transporte y la libertad tarifaria: considerando que el gasoducto tiene plena libertad para determinar el precio del contrato de transporte, para una infraestructura que como se vio *supra* es esencial para desarrollar el giro de comercialización de GN, el concesionario se encuentra en la situación de abusar de su posición, ya sea por vía explotativa o exclusoria, máxime cuando está integrado verticalmente al segmento de comercialización.
127. La etapa de construcción del punto de conexión: por consideraciones análogas a las señaladas en el párrafo 123, para la construcción del punto de inyección del GN entre el terminal y el gasoducto debe existir un trabajo conjunto entre las compañías, por lo que ésta también se constituye en una instancia que puede afectar la entrada de un nuevo competidor.
128. Finalmente, cabe señalar que no existe en nuestra regulación una instancia administrativa y jurisdiccional específica para los conflictos que puedan suscitarse entre las partes, en cualquiera de las etapas críticas previamente mencionadas, y en las que la interacción de las compañías pueda generar desavenencias.
129. Considerando que todos los factores mencionados son de índole normativa y estructural, y que en la actualidad se encuentra en desarrollo el Estudio Rol EM-06-2020 sobre la Industria del Gas, es que se recomienda poner a disposición de la División de Estudios de Mercado los antecedentes recabados en la presente investigación, a fin de que efectúe los análisis que estime pertinentes, y proponga las medidas que en virtud de ellos considere.

## VII. CONCLUSIONES

130. Tras haber analizado las conductas desplegadas por Gasoducto del Pacífico en el contexto de las negociaciones desarrolladas con el denunciante entre noviembre de 2017 y mayo de 2019 a la luz de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del H. TDLC para configurar una práctica anticompetitiva de negativa de acceso, se ha llegado a la conclusión de que éstas no tienen una aptitud exclusoria, toda vez que el denunciante se ha encontrado impedido *de facto*, hasta la fecha, de poder ingresar al mercado de comercialización de GN en la región del Biobío por una causa concomitante, esto es, por encontrarse pendientes de resolución los recursos jurisdiccionales en sede ambiental.
131. Con todo, ninguna de las justificaciones dadas por el denunciado para negar la entrega del certificado de factibilidad, y la información necesaria para que el denunciante hubiere desarrollado su ingeniería de detalle, son plausibles desde un punto de vista jurídico, económico y/o técnico, por lo que debe reprocharse a GP el haber infringido el deber de especial cuidado de las empresas dominantes de no afectar la competencia, y de no haberse encontrado pendientes la resolución de los recursos ambientales, su conducta en las negociaciones habría configurado un ilícito de negativa de acceso con efectos exclusorios, sancionable en sede de competencia.
132. Por lo anterior, se recomienda al Sr. Fiscal disponer el archivo de la presente investigación, y derivar los antecedentes que en ésta se han recabado a la División de Estudios de Mercado, para que, en el contexto del Estudio Rol EM-06-2020 sobre la Industria del Gas, los analice y proponga las medidas administrativas y/o recomendaciones normativas que estime pertinentes.
133. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía de seguir velando por la libre competencia en este mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una nueva investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,

Gastón Ariel  
Palmucci

Firmado digitalmente  
por Gastón Ariel  
Palmucci  
Fecha: 2021.09.30  
12:17:57 -03'00'

**GASTÓN PALMUCCI**  
**JEFE DE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS**

NAO