

C.P.C. N° 1047

ANT: Denuncias de CMS Energy Chile en
Contra de Endesa S.A. y Tractebel S.A.

MAT: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 26 OCT 1998

I. ANTECEDENTES DE LAS DENUNCIAS.

1. Mediante escrito del 27 de Abril de 1998 (fs. 10), CMS Energy Chile, en adelante CMS, presentó una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica en contra de Endesa S.A., en adelante Endesa, por entorpecer el desarrollo del proyecto de gasoducto Gas Atacama, donde ambas empresas son socias en un proyecto que compite con el gasoducto NorAndino. Dicha denuncia se fundó, entre otras consideraciones, en que "Endesa está ilegítimamente arbitrando entre los dos proyectos de gasoductos, interviniendo de un modo ilegítimo y muy nocivo en lo que ha sido el desarrollo normal y perfecto del mercado e interfiriendo gravemente en la sana y provechosa competencia que se ha producido". CMS agregó que no se opone per se a una fusión de ambos proyectos, pero ella "...debe emanar como consecuencia natural de evaluaciones lícitas y objetivas de mercado, y no puede emanar de la coacción que ejerza un actor determinado mediante el abuso que haga de su posición en el mismo".

Para fundamentar su denuncia, CMS hizo referencia, entre otros, a los siguientes hechos:

a) En los meses previos a Enero de 1998, y sin involucrar a CMS, Endesa llevó a cabo diversas negociaciones con los partícipes del proyecto NorAndino, tendientes a producir una fusión entre ambos, en términos inaceptables para el denunciante.

b) El 8 de Abril de 1998, en sesión de directorio de la sociedad administradora del proyecto Gas Atacama, el representante de Endesa declaró que considerando que "las posibilidades de tener un solo gasoducto son prácticamente inexistentes, Endesa no desea seguir adelante con el proyecto, ya que en su concepto, en este país sólo hay lugar para uno."

c) En la misma sesión de directorio antes indicada, Endesa se habría retractado en forma inoportuna de una rebaja de tarifas que ellos mismos habían propiciado semanas antes.

d) Endesa se habría negado a ratificar la adjudicación de un contrato para la construcción de una planta en Argentina, con lo cual habría entorpecido el desarrollo del proyecto Gas Atacama.

e) En declaraciones a la prensa, el 23 de Abril de 1998 Tractebel, accionista mayoritario del proyecto NorAndino, habría declarado que "... la compañía mantiene las puertas abiertas para que Endesa ingrese a la propiedad de su gasoducto NorAndino, pero no así para CMS Energy. Tractebel y Edelnor no están dispuestas a ayudar a un competidor a entrar en este mercado" Tractebel también habría dicho que "... no han



existido nuevas negociaciones con Endesa, pero no existe un límite para que la eléctrica se integre al proyecto."

Estos hechos permitirían presumir, a juicio de CMS, que existe un concierto tendiente a eliminar la libre competencia en el sector, por la vía de hacer fracasar ilegítimamente al proyecto Gas Atacama; y que, conseguido ese propósito, Endesa permanecería en el mercado incorporándose al proyecto NorAndino. En consecuencia, junto con denunciar a Endesa, CMS solicita que se adopten las medidas eficaces y necesarias para resguardar el funcionamiento del mercado y la libre competencia.

2. Mediante dos escritos del 19 de Mayo de 1998, (fs. 26 y fs. 200), CMS amplió su denuncia en contra de Endesa, extendiéndola a Tractebel, por cuanto ella habría tenido y continuaría desarrollando una conducta perjudicial para la libre competencia, destinada, por una parte, a hacer fracasar el proyecto GasAtacama, de modo de eliminar la competencia actualmente existente en el mercado de los gasoductos en el Norte Grande, y por otra, a evitar el ingreso de un nuevo generador eléctrico (CMS) al Sistema Interconectado del Norte Grande (SING).

Para fundamentar la ampliación de la denuncia, a los hechos señalados en el punto anterior, CMS agregó, entre otros, los siguientes:

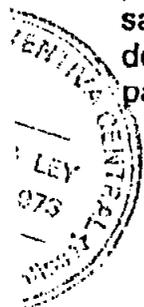
a) Es inusual que asociaciones comerciales entre grandes empresas se ofrezcan por la prensa. Ellas hacen suponer la existencia, al menos, de preacuerdos que sustenten tales declaraciones, los cuales constituirían un arbitrio destinado a eliminar la competencia en el mercado de los gasoductos y a entorpecerla en el caso del mercado de generadores del SING.

b) Tractebel habría propiciado un cierre de contrato de transporte de gas prematuro entre la empresa eléctrica Electroandina, cuya gestión es controlada por la anterior, y el proyecto NorAndino, también controlado por Tractebel, impidiendo que la empresa eléctrica obtuviese condiciones más convenientes de parte de Gas Atacama (es decir, sin participar previamente en el open season de esta última).

3. Mediante escrito del 1 de Junio de 1998 (fs. 209), CMS informó que con fecha 27 de Mayo se efectuó una reunión del directorio de Gas Atacama, en que Endesa adoptó una postura que mostró una firme decisión de avanzar conforme a lo originalmente acordado en el proyecto Gas Atacama, luego de lo cual Endesa y CMS hicieron una declaración de prensa confirmando su compromiso con el proyecto e informando su decisión de ofrecer una tarifa de transporte de gas rebajada. A juicio de CMS, dicha postura mostraría la disposición de Endesa de salvaguardar las normas que rigen la libre competencia, sin perjuicio de lo cual las circunstancias bajo las cuales se habrían cerrado los contratos de transporte de gas entre Electroandina y el proyecto NorAndino, ambas controladas por Tractebel, justificarían continuar la investigación de la Fiscalía Nacional Económica.

4.- Mediante escrito del 4 de Junio de 1998, (fs. 210), Endesa respondió las imputaciones formuladas por CMS, su socia en el proyecto GasAndino, desvirtuando las acusaciones sobre eventuales conductas contrarias a la libre competencia referidas a los proyectos de gasoductos en el Norte Grande del país. En tal sentido, formuló, entre otros, los siguientes planteamientos:

a) Endesa carecería de "... capacidad ni poder alguno para arbitrar entre los dos proyectos de gasoductos cuya construcción está en marcha en el norte del país o para sacar a CMS del mercado...", por cuanto el contrato de asociación entre los accionistas de Gas Atacama contiene estrictas regulaciones que garantizan la posición de las partes e impiden que cualquiera de ellas ejerza un arbitraje en perjuicio de las otras, sin



incurrir en una infracción contractual sujeta a la jurisdicción arbitral convenida en el mismo contrato.

b) Endesa jamás habría abandonado el proyecto Gas Atacama y habría colaborado lealmente en su avance, sin perjuicio de lo cual permanentemente ha tratado de conciliar el éxito del proyecto con su convicción de que es racional y conveniente para las empresas transportistas y generadoras y para los usuarios que hubiere un sólo gasoducto en el Norte Grande.

c) Las diferencias que se habrían dado entre los socios respecto de las estrategias comerciales y la forma como debían rebajarse los precios preliminares para el transporte de gas son legítimas y no pueden ser interpretadas como conductas que buscan entorpecer la administración, ni constituyen conductas contrarias a la libre competencia.

d) Las diferencias que se habrían dado entre los socios para adjudicar un contrato de construcción de un tramo del gasoducto en Argentina se habrían originado en decisiones inadecuadas adoptadas por la gerencia del proyecto, excediendo sus propias atribuciones, y en ningún caso en actuaciones entorpecedoras del proyecto o arbitrarias.

e) Endesa no habría llegado a compromiso contractual alguno con Tractebel. Las gestiones realizadas por Endesa para "...crear las condiciones que permitieran lograr la fusión de los proyectos GasAtacama y NorAndino se efectuaron dentro del marco jurídico vigente, con pleno conocimiento de CMS y respetando plenamente el acuerdo de asociación suscrito con el denunciante. Aún más, la propia CMS participó directa y personalmente en dichas gestiones..."

En conclusión, según Endesa, no habrían existido actos colusivos o contrarios a la libre competencia, sino evaluaciones económicas racionales que conducen a pensar en la conveniencia de la operación de un sólo gasoducto en el Norte Grande. CMS habría hecho una denuncia contradictoria con sus propios actos, habría recurrido a una instancia impropia para hacer valer sus derechos y, con posterioridad, no habría podido sino reconocer que carece de fundamento su denuncia.

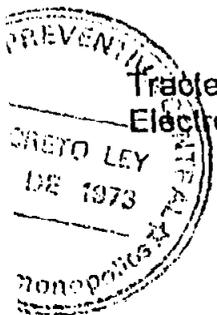
5. Mediante escritos del 22 de Junio (fs. 235) y del 2 de Julio de 1998 (fs. 248), CMS aportó nuevos antecedentes respecto de su presentación del 19 de Mayo en que extendió su denuncia original para incluir en ella a Tractebel. En dichos escritos, CMS, mencionó, entre otros, los siguientes hechos:

a) El 25 de Noviembre de 1997 Electroandina habría transferido a Tractebel la totalidad de la participación societaria que hasta entonces detenía en NorAndino, con lo cual Tractebel pasó a controlar un 66,66% del gasoducto.

b) Simultáneamente Electroandina suscribió con NorAndino dos contratos de transporte de gas por un plazo de veinte años, con una tarifa que ascendería a US\$ 1,05 por millón de BTU, sin previamente haber requerido información sobre la tarifa ofrecida por GasAtacama ni haber participado en el open season efectuado por esta empresa.

c) A fines de Mayo de 1998 Gas Atacama habría ofrecido una tarifa de US\$ 0,85 por millón de BTU, un 20% más baja que la convenida entre Electroandina y NorAndino.

d) los hechos antes indicados mostrarían que "... ha existido por parte de Tractebel un aprovechamiento de su posición controladora en NorAndino y Electroandina para favorecer su propio proyecto de gasoducto, en desmedro de la libre



competencia." Dicho favoritismo se ha traducido en un subsidio para NorAndino, por la mayor tarifa en relación al precio ofrecido por GasAtacama, que puede estimarse en US\$ 102.093.142, el cual se materializa mediante la utilización de recursos públicos, dado que Codelco es el principal accionista de Electroandina.

e) Al actuar como se ha señalado, no sólo se habría generado una situación de competencia desleal y se habría quebrantado la neutralidad que al Estado le corresponde en el trato que debe dar en materias económicas. Tractebel también habría infringido las disposición contenida en el artículo 44 de la Ley 18.046, que establece que las transacciones entre partes relacionadas deben efectuarse "en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado".

f) Por su parte, al negociar contratos de transporte de gas al margen de un proceso de open season, como es su obligación legal, NorAndino no habría dado fiel cumplimiento a las normas de acceso abierto que regulan la contratación de dicho servicio.

6. Mediante escrito del 27 de Julio de 1998, (fs. 276), Tractebel respondió las denuncias efectuadas en su contra por CMS desmintiendo haber incurrido en acto alguno que pudiera interpretarse como contrario a la libre competencia. Tractebel fundamentó su respuesta, entre otros, en los siguientes planteamientos:

a) Las conversaciones que Tractebel habría tenido para lograr la operación de un solo gasoducto en el Norte Grande no tenían un interés monopólico, sino de racionalidad económica y no había por qué ocultarlas. Es así como el 19 de Junio de 1998 Tractebel reconoció por la prensa que la posibilidad de fusionar los proyectos había fracasado, por lo que NorAndino seguiría adelante; adicionalmente descartó una eventual coordinación en la puesta en marcha de las centrales eléctricas e indicó que a NorAndino no le molesta la existencia de dos gasoductos.

b) La conducta de CMS sería contradictoria por denunciar "conductas monopólicas de sus competidores" y, por otra parte, haber seguido en negociaciones para fusionar ambos gasoductos. Al respecto, el 25 de Mayo CMS habría transmitido por escrito una propuesta para repartirse el mercado, dejando un sólo gasoducto, de propiedad de esta empresa, y garantizando que no intervendría por diez años en el mercado de la generación eléctrica.

c) Con sus denuncias, CMS estaría "... tratando de eliminar la competencia por la vía de obtener sanciones o la paralización..." de Tractebel, la cual está dispuesta a cumplir lealmente en el mercado.

d) No es efectivo que Tractebel tenga una intención alentatoria a la libre competencia que consiste en impedir el ingreso de CMS al mercado de generadores del Norte Grande. Dichas imputaciones se fundarían en declaraciones de prensa, pero no en pruebas concretas porque ellas no existen.

e) Las decisiones adoptadas por Tractebel en relación a los proyectos de gasoducto en el Norte Grande se habrían desarrollado con estricto respeto de la ley chilena y con absoluta transparencia. Ellas se habrían originado en la "...Imposibilidad de poder contar con precios competitivos de parte de Gas Atacama y el hecho que dicho proyecto no ofrecía seguridades suficientes, tanto por los continuos cambios de sus partícipes como por los conflictos que se habrían producido entre sus socios".

f) Durante 1996 CMS, entonces único dueño de Gas Atacama, formuló ofertas de transporte de gas a tarifas entre 1,35 y 1,47 US\$ por millón de BTU, lo cual llevó a Tractebel a estudiar un proyecto de gasoducto alternativo que dio origen al proyecto



Norgas, posteriormente rebautizado como NorAndino. A fines de ese año, habiéndose Endesa involucrado en Gas Atacama, éste proyecto inició su primer open season, pero no habría logrado suscribir contratos con los clientes que participaron -entre los cuales no estaba Electroandina- porque los precios de transporte no habrían resultado competitivos (la tarifa habría sido de US\$ 1,13 por millón de BTU). Por su parte, Norgas inició su open season en Abril de 1997, con la participación, entre otros, de Electroandina, estableciendo en Mayo una tarifa inferior a la inicialmente ofrecida por CMS y la ofrecida en el open season de Gas Atacama.

g) El 23 de Septiembre de 1997 Tractebel ofreció a Electroandina adquirirle su participación en Norgas, e incorporar una cláusula de "nación más favorecida" a la tarifa previamente acordada en el open season. En tales circunstancias y previa designación de un comité de tres directores para asistir a la gerencia en las negociaciones, en que se excluyó a los representantes de Tractebel, en Noviembre de dicho año el directorio de Electroandina autorizó la cesión de la participación de esta empresa en el gasoducto a Tractebel y la suscripción del acuerdo de transporte de gas, lo cual fue debidamente informado como hecho esencial al Superintendente de Valores y Seguros.

h) El anuncio de una tarifa de US\$ 0,85 por millón de BTU de parte de Gas Atacama se produjo el 18 de Junio de 1998, ocasión en que se indicó que ello significaría una rebaja de 25% respecto de la tarifa por transporte ofrecida en el primer open season (de allí se desprendería el valor de US\$ 1,13 por millón de BTU). Una oferta en tal sentido se hizo a Electroandina el 23 de Junio de 1998, siete meses después que esta empresa firmara un contrato con NorAndino, lo cual sería una clara demostración que GasAtacama (y CMS) sabía que su tarifa original era menos competitiva.

Los hechos antes indicados mostrarían, a juicio de Tractebel, que Electroandina adoptó la decisión correcta al momento de firmar el contrato; la decisión posterior de Gas Atacama de rebajar sus tarifas habría sido inapropiado ya que una decisión de negocios debe ser tomada en el tiempo preciso. Asimismo, el contrato de transporte de gas entre Electroandina y Norandino habría sido transparente y el precio, fijado mediante un open season, resultó ser el más económico y conveniente del mercado.

7. Mediante escrito del 5 de Agosto de 1998, (fs. 331), CMS formuló algunas objeciones a los planteamientos de Tractebel, indicando que ésta no aboirda los cargos específicos formulados por la denunciante y critica que no se haya entregado a la Fiscalía los contratos de transporte de gas firmados entre NorAndino y Tractebel.

8.- Por Oficio N° 302, de 1 de octubre de 1998, el Sr. Fiscal Nacional Económico informó, la denuncia formulada por CMS en contra de Endesa y Tractebel, y acompañó los antecedentes reunidos por esa Fiscalía con motivo de la investigación realizada al efecto, y con fecha 15 de octubre de 1998, esta Comisión recibió en audiencia a la parte denunciante, acompañada por ejecutivos de GasAtacama, a Endesa y a Tractebel, en compañía de los ejecutivos del gasoducto NorAndino.

II. ANTECEDENTES SOBRE EL MERCADO ENERGÉTICO DEL NORTE GRANDE

9.- En relación con las denuncias efectuadas por CMS, esta Comisión estima necesario hacer presente previamente algunas consideraciones que dicen relación con las especiales características que presenta el mercado energético del Norte Grande, las cuales han experimentado grandes transformaciones en los últimos años.



a) En cuanto al consumo energético, debe indicarse que éste se encuentra concentrado en grandes clientes mineros e industriales que utilizan energía eléctrica para desarrollar sus faenas productivas. Particularmente importante es el consumo de la empresa minera Codelco, que en 1998, se estima en un 40% del mercado eléctrico total de las Regiones I y II. El consumo total de electricidad exhibe altas tasas de crecimiento -superiores a un 15% anual en los últimos años- que se explican por las cuantiosas inversiones que se están verificando en el sector minero.

Respecto de la producción de energía, sobresale el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING) que provee de electricidad a las dos primeras regiones del país. Hasta principios de esta década, la generación eléctrica estaba dominada por dos empresas estatales: Codelco, que a través de su División Eléctrica de Tocopilla se autoabastecía y entregaba excedentes a la red, y Edelnor S.A., que proveía electricidad a empresas distribuidoras y otros clientes de la zona. Las principales fuentes de energía de ambas generadoras eran el carbón y el petróleo.

La situación descrita en el párrafo anterior se modificó sustancialmente luego de la privatización de las generadoras estatales, el ingreso de nuevos actores al mercado y la concreción de nuevas inversiones en plantas eléctricas. En 1993, mediante licitación pública, se traspasó un porcentaje controlador de Edelnor a la empresa Southern Electric, la cual emprendió un importante plan de inversiones. Posteriormente, en 1995, Codelco transformó su División Tocopilla en una sociedad anónima y, en Marzo de 1996, transfirió el control de esta sociedad (ahora denominada Electroandina) a Inversora Eléctrica Andina, un consorcio integrado por las empresas Tractebel, Iberdrola y Enagas. En el intertanto, las empresas Norgener (filial de Chilgener, actualmente denominada Gener) y Endesa realizaron inversiones por su cuenta para posicionarse como generadores relevantes en el mercado.

Como resultado de lo anterior, a fines de 1997 la participación de los generadores en la capacidad eléctrica instalada en el SING era la siguiente:

Electroandina	54,1%
Edelnor	25,6%
Norgener	11,7%
Endesa	8,6%

Cabe señalar que estos porcentajes difieren del aporte efectivo de cada generador dado los distintos niveles de tecnología y eficiencia de sus plantas.

Uno de los principales efectos del proceso descrito ha sido la consolidación de un mercado eléctrico muy competitivo que ha significado importantes beneficios para los consumidores. Es así como en el quinquenio comprendido entre Abril de 1993 y Abril de 1998 el precio nudo disminuyó, en términos reales, en un 47% (30% en US\$).

b) Otro evento muy relevante en el mercado ha sido la suscripción de acuerdos de integración energética con Argentina que han posibilitado el desarrollo de nuevas alternativas de suministro eléctrico. La firma de un acuerdo de interconexión gasífera en Junio de 1995 ha permitido el desarrollo de proyectos de gasoductos destinados a abastecer plantas de generación eléctrica en el norte de Chile con gas natural proveniente del país vecino. Asimismo, la firma de un acuerdo de interconexión eléctrica, en Diciembre de 1997, ha sentado las bases para la construcción de sistemas de transmisión que permitirían transportar electricidad a través de la cordillera.



Vinculado con lo anterior, existen actualmente tres proyectos de interconexión energética con Argentina que se encuentran en desarrollo: el gasoducto Gas Atacama, el gasoducto NorAndino y la línea eléctrica Interandes.

El origen de Gas Atacama se encuentra en un proyecto que en los inicios de esta década comenzó a estudiar un consorcio de empresas norteamericanas. En 1994 CMS y otras empresas se unieron a dicho consorcio para constituir el proyecto Atacama Pipeline, el que comenzó a ofrecer servicios de transporte de gas el año siguiente sin mayor éxito. En 1996 CMS pasó a controlar el proyecto, denominado ahora GasAtacama, en forma exclusiva, incorporándose posteriormente Endesa. Esta asociación se cristalizó en un acuerdo preliminar firmado en Diciembre de 1996 y en un Acuerdo de Consorcio (Consortium Agreement) suscrito en Julio de 1997, mediante el cual cada empresa asumió un 50% de la propiedad del proyecto y se comprometió a realizar diversas acciones destinadas a poner en operación el gasoducto en el primer trimestre de 1999. Posteriormente, en Diciembre de 1997 ingresaron a la propiedad del proyecto las empresas Pluspetrol, con un 16%, y Astra, con un 4%, rebajando CMS y Endesa su participación a un 40% cada una. GasAtacama inició su primera oferta pública de transporte de gas ("Open Season") en Diciembre de 1996, una segunda oferta en Noviembre de 1997 y una tercera oferta en Agosto de 1998.

El proyecto NorAndino se originó a mediados de 1996 cuando las empresas Electroandina y Techint iniciaron el estudio de un gasoducto alternativo para transportar gas natural desde Argentina. En Febrero del año siguiente ambas empresas constituyeron, en partes iguales, el consorcio Norgas, con el objeto de poner en operación el gasoducto en Julio de 1999. En Abril de 1997, la empresa Edelnor ingresó al consorcio Norgas, pasando cada uno de los tres socios a poseer un tercio del proyecto. Posteriormente, en Noviembre del mismo año Electroandina transfirió su participación en el proyecto a Tractebel (previo acuerdo alcanzado en Septiembre), haciendo lo mismo, en Diciembre, la empresa Techint. En la actualidad Tractebel es dueña de un 66,7% del proyecto, rebautizado como NorAndino. Este proyecto inició el único open season que ha realizado en Marzo de 1997.

La línea eléctrica InterAndes es un proyecto desarrollado íntegramente por la empresa Norgener, filial de Gener, con el propósito de abastecer energía eléctrica al norte de Chile desde centrales ubicadas en Argentina que serían alimentadas con gas natural. El proyecto surgió como una alternativa a la idea de transportar gas desde Argentina mediante gasoductos. Previamente, en 1994-5, Gener (entonces Chilgener) había evaluado la posibilidad de abastecerse de gas desde un proyecto de gasoducto que un conjunto de empresas pretendían construir entre Chile y Bolivia. Posteriormente, GENER estudio la posibilidad de incorporarse al proyecto Norgas, pero optó por acometer la construcción de una línea eléctrica, considerándolo un proyecto más conveniente para suministrar electricidad al norte del país. El proyecto se encuentra en desarrollo y el inicio de sus operaciones está previsto para 1999.

c) El desarrollo simultáneo de los dos proyectos de gasoducto y del proyecto de línea de transmisión ha acentuado la competencia que se experimenta en el Norte Grande. En general los especialistas concuerdan que la capacidad eléctrica asociada a los proyectos en curso es muy superior a la demanda prevista en los próximos años en el norte del país. Con todo, han surgido ideas de nuevos proyectos que permitirían atenuar, en cierta medida, el exceso de oferta. Particularmente interesante resultan iniciativas que están siendo impulsadas por empresa asociadas a los dos gasoductos, Norgas y Gas Atacama, destinadas a interconectar el SING con el Sistema Interconectado Central (SIC).



III. NORMAS QUE RIGEN EL SECTOR ENERGÉTICO

10. El análisis de las denuncias de CMS también requiere tener en consideración algunas normas básicas que rigen la operación del mercado de generación de electricidad y del mercado de transporte de gas.

a) En el caso de la generación eléctrica existe un régimen de libre acceso al mercado. Corresponde a los propios inversionistas determinar cuándo, dónde y cómo realizar sus proyectos, en el marco de las normas generales que regulan el mercado eléctrico (establecidas en el D.F.L. 1 de 1982 del Ministerio de Minería) y la realización de proyectos de inversión. Asimismo, cuando se trata de contratos de suministro de energía con grandes clientes -como es el caso predominante en el Norte Grande- son los propios generadores los que negocian las tarifas con los compradores. En el caso de los clientes pequeños y las ventas a empresas distribuidoras, las tarifas son reguladas y se calculan a partir de "planes de obra" referenciales que establece la Comisión Nacional de Energía.

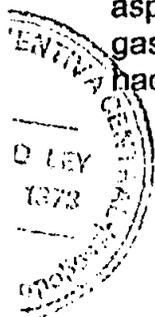
b) En cuanto a los gasoductos, existe un régimen de concesiones, establecido en el D.L. 323 de 1931, que otorga libertad a los inversionistas para realizar sus proyectos, sin derechos exclusivos de ningún tipo, y en condiciones que otorguen un trato igualitario a todos los potenciales usuarios de los servicios de transporte de gas. En particular, uno de sus reglamentos (D.S. 263 de 1995, sobre concesiones) señala que los concesionarios de transporte de gas deberán operar bajo el sistema de "acceso abierto" según el cual el ofrecimiento del servicio de transporte debe realizarse "... en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, respecto de su capacidad de transporte disponible". Este sistema se materializa en la práctica mediante la realización de ofertas públicas de servicio de transporte, denominadas "open season". Las tarifas son determinadas libremente por los operadores de gasoductos aun cuando, en ciertas situaciones excepcionales establecidas en la Ley, la Autoridad podría fijarlas. Las condiciones de acceso abierto y la posibilidad de fijar tarifas se justifican por cuanto los gasoductos tienen algunas características de "monopolio natural" que favorecen la existencia de uno sólo en una particular zona geográfica.

c) Finalmente, tanto el mercado eléctrico como el mercado de los gasoductos están sometidos a las disposiciones que establece el D.L. 211 de 1973. En consecuencia, las empresas que participan en dichos mercados deben enmarcar su operación en las normas generales sobre libre competencia.

IV. ANALISIS DE LAS DENUNCIAS ESPECIFICAS DE CMS

11. En base a los antecedentes aportados por las partes en sus escritos y en la audiencia concedida por esta Comisión, a los cuales se agregó información sobre las condiciones ofrecidas en los open seasons realizados por las sociedades Gas Atacama y NorAndino y los contratos suscritos como resultados de ellos, y teniendo presente, las características que tiene el mercado energético del Norte Grande, esta Comisión formula las siguientes observaciones en relación con las denuncias específicas presentadas por CMS.

12.- Las denuncias de CMS contra Endesa pueden sintetizarse en los siguientes dos aspectos: (i) Endesa habría desarrollado acciones para fusionar los dos proyectos de gasoductos en perjuicio de su socia CMS, y (ii) Endesa habría realizado acciones para hacer fracasar el proyecto Gas Atacama en perjuicio de CMS.



Respecto del primer punto, puede señalarse que las acciones que se han impulsado para fusionar ambos proyectos tienen sentido y pueden considerarse legítimas, en la medida que hayan sido motivadas por la creencia que no resulta económico construir los dos gasoductos y no hayan pretendido imponer condiciones destinadas a restringir la libre competencia en los mercados eléctrico o de transporte de gas. En tal sentido, CMS no aporta pruebas concretas que haya habido intención de entorpecer la competencia en las gestiones desarrollada por Endesa, Tractebel y diversos otros agentes para lograr el desarrollo de un sólo proyecto, ni ellas han sido acreditadas en la investigación efectuada por la Fiscalía. Lo único concreto son las presunciones del denunciante y vagas declaraciones de prensa que no constituyen evidencia que se hubiese limitado el legítimo derecho a participar en el mercado energético del Norte Grande.

En cuanto a las acciones que Endesa habría adoptado para entorpecer o retrasar el desarrollo del proyecto GasAtacama, tampoco existe evidencia que su objetivo hubiese sido impedir la libre competencia; toda vez que no puede presuponerse que este sea el objetivo buscado cuando un socio propone no realizar o retrasar un proyecto que en un determinado momento no le parece conveniente. No le corresponde a los organismos encargados de defender la libre competencia el juzgar acaso las acciones de Endesa eran concordantes o no con el compromiso asumido por ella al involucrarse en el proyecto GasAtacama, sino a la propia CMS y, de ser requeridas, a las instancias arbitrales contempladas en el contrato firmado entre ambos socios.

13.- Las denuncias de CMS en contra de Tractebel pueden resumirse en los siguientes puntos: (i) Tractebel propició la incorporación de Endesa a NorAndino, excluyendo a CMS, (ii) Tractebel propició un cierre prematuro de contrato de transporte de gas entre Electroandina y NorAndino sin colizar previamente con Gas Atacama, (iii) Electroandina traspasó a valor de costo a Tractebel su participación en NorAndino, (iv) La mayor tarifa del contrato de transporte entre Electroandina y NorAndino en relación a GasAtacama refleja un subsidio financiado con recursos estatales y una situación de competencia desleal, (v) además de infringir las normas sobre libre competencia, Tractebel habría dejando de cumplir las normas que regulan las transacciones entre sociedades relacionadas y las ofertas públicas del servicio de transporte de gas.

En relación a los puntos indicados, debe tenerse en cuenta que en abril de 1998, CMS se refirió al "desarrollo normal y perfecto del mercado" y a la "sana" y provechosa competencia que se ha producido", posición que modificó sustancialmente en sus planteamientos posteriores.

Sin perjuicio de lo anterior pueden formularse los siguientes planteamientos.

Es una condición de la libre competencia que las empresas puedan determinar libremente con quienes se asociarán para realizar sus proyectos de inversión. En consecuencia, no puede reprobarse que Tractebel haya manifestado su predisposición a asociarse con Endesa para la construcción de un gasoducto y no con CMS. Con todo, no puede desconocerse que Nor Andino reúne a los dos principales generadores del Sing, que Endesa también participa en dicho mercado y que CMS es una empresa que aún no ingresa a él. En tal sentido, sería reprobable que Tractebel o cualquier otra empresa pretendiese restringir el acceso de CMS, como de cualquier otro usuario a los servicios de transporte de gas o al mercado de la generación eléctrica, tanto desde la perspectiva de las normas de la libre competencia, como de las disposiciones que regulan al sector energético, pero no se han aportado evidencias que manifiesten dicha intención, salvo algunas vagas declaraciones de prensa que aceptan distintas interpretaciones.



También es una condición de la libre competencia que las empresas puedan determinar libremente con qué oferentes cotizarán la provisión de un servicio. Desde este punto de vista, no puede objetarse que Electroandina no haya participado en el open season de Gas Atacama, de la misma manera que no puede objetarse que CMS o Endesa no hayan participado en el open season de NorAndino. Lo realmente importante es que todos hayan tenido o tengan la posibilidad de participar en igualdad de condiciones en los open season realizados en el pasado o que se realicen en el futuro. Un problema distinto es si resulta comercialmente conveniente para una sociedad requerir o dejar de requerir los servicios de un oferente, pero ello es algo que debe ser evaluado por los accionistas de dicha sociedad y no por los organismos encargados de defender la libre competencia en las actividades económicas. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, además del precio, hay otras variables que son relevantes para valorar un contrato de transporte de gas de largo plazo como el referido en esta causa, tales como la percepción que los clientes tenga sobre la viabilidad de los proyectos, las garantías financieras o las condiciones de seguridad del servicio.

Respecto del traspaso de la participación de Electroandina en la propiedad del proyecto NorAndino a Tractebel no se han encontrado antecedentes que indiquen que ello podría haber respondido a algún intento de restringir la libre competencia. El que la transacción se haya hecho a valor de libro no parece extraño, pues este valor representa los costos en que incurrieron efectivamente los inversionistas a la fecha de la transacción y considerando los altos riesgos involucrados en la ejecución del proyecto. Además, coincide con el criterio empleado en la posterior venta efectuada por Techint de su participación en NorAndino.

Por otro lado, no le corresponde a los organismos encargados de defender la libre competencia juzgar si el precio de la transferencia fue conveniente para las partes, sino a sus respectivos accionistas.

No se entrega evidencia que indique que la tarifa del contrato firmado entre Electroandina y NorAndino, en noviembre de 1997, haya sido sustancialmente distinta a la ofrecida entonces por Gas Atacama. Por el contrario, los antecedentes indican que las tarifas de transporte de gas ofrecidas por ambos gasoductos en los open season realizadas en 1997 resultaron muy similares. El que seis meses después, en condiciones de mercado muy distintas, Gas Atacama haya rebajado sustancialmente sus tarifas no constituye evidencia suficiente que las tarifas acordadas previamente entre ElectroAndina y NorAndino hayan configurado un subsidio cruzado o un acto de competencia desleal, pues éstas no diferían mayormente a las que entonces ofrecía el gasoducto competidor. A mayor abundamiento, el llamado público del segundo open season de Gas Atacama, en que resultó una tarifa rebajada, estableció una capacidad remanente de 600 mil m³ por día que resultaban insuficiente para los requerimientos de una central generadora.

Por otra parte, debe señalarse que si bien, en principio, y por regla general, no corresponde a los organismos encargados de defender la libre competencia en las actividades económicas sancionar el incumplimiento contractual de las cláusulas sobre transacciones entre sociedades relacionadas o de las disposiciones que regulan las ofertas públicas realizadas por los concesionarios del servicio de transporte de gas, en el presente caso, como se ha expresado, no se han detectado transgresiones a las normas sobre libre competencia en el open season en que se suscribió el contrato de transporte de gas entre Electroandina y NorAndino, ni se han recibido denuncias en tal sentido de parte de los participantes en dicho open season.



En la especie, en consecuencia, no se ha comprobado que las acciones que CMS atribuye a las denunciadas, como resultado de un supuesto incumplimiento de las referidas cláusulas contractuales y disposiciones sobre ofertas públicas, haya producido o tiendan a producir efectos contrarios a la competencia en el mercado del gas, en los términos que establece la legislación aprobada por el Decreto Ley N° 211, de 1973.

14.- De la revisión de los contratos resultantes de los open season efectuadas por Gas Atacama y NorAndino en 1997 se desprende que ambos consorcios incluyeron cláusulas generalmente denominadas "de nación más favorecida". En ambos casos, dichas cláusulas establecen condiciones diferentes según los usuarios de que se trate, las cuales podrían eventualmente dar origen a discriminaciones anticompetitivas entre usuarios.

En el caso de Gas Atacama se limitan los beneficios sólo a clientes que sean competidores directos de otros usuarios que tengan acceso a servicios mas favorables de transporte gas. En el caso de NorAndino; dicho consorcio se obliga a no ofrecer condiciones de servicio más favorable por un plazo determinado, a otros clientes que sean generadores de electricidad.

V. CONCLUSIONES

Por las razones señaladas precedentemente, esta Comisión desestima las denuncias efectuadas por CMS en contra de Endesa S.A. y de Tractebel S.A., respectivamente, por supuestas acciones atentatorias a la libre competencia, en el mercado del gas del Norte Grande, en consideración a que la evidencia disponible no respalda dichas acusaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, dadas las particulares características de los mercados de la generación eléctrica y del transporte de gas mediante gasoductos del Norte Grande, y en especial teniendo en cuenta los altos niveles de integración vertical que caracterizan a los proyectos Gas Atacama y Nor Andino, esta Comisión estima necesario, en ejercicio de las atribuciones de carácter preventivo que le otorgan los Arts. 8 y 11 del del Decreto Ley 211, de 1973, formular las siguientes prevenciones a quienes participan actualmente o desean hacerlo en el futuro en dichos mercados.

a) Las sociedades que están impulsando los proyectos de gasoductos Gas Atacama y Nor Andino deben dar estricto cumplimiento a las normas de "acceso abierto" al ofrecer y operar el servicio de transporte de gas. El trato igualitario y no discriminatorio debe darse no sólo a los clientes que han participado en un mismo open season, sino también a clientes que han contratado el servicio en open season distintos. Las diferencias contractuales que pudieran producirse entre diversos usuarios, sólo pueden tener como fundamento diferencias objetivas en los costos o en las condiciones operacionales de los gasoductos, pero en ningún caso limitaciones tendientes a favorecer o perjudicar a algunos clientes respecto del resto.

Con el objeto de asegurar lo anterior, esta Comisión estima necesario que, en lo sucesivo, los consorcios apliquen una mayor formalidad, transparencia y publicidad en el desarrollo de sus procesos de open season, para lo cual solicita al Sr. Fiscal Nacional Económico mantenga en observación estos procedimientos.

b) Por lo anterior es necesario que los consorcios modifiquen las cláusulas generalmente denominadas de "nación más favorecida", con el objeto de asegurar un trato igualitario y no discriminatorio a todos los clientes. Asimismo, por las mismas razones, esta Comisión estima que existiendo capacidad de transporte disponible en un



gasoducto o pudiendo ella ampliarse sin perjuicios económicos a sus operadores, constituye una impedimento ilegítimo a la libre competencia el denegar arbitrariamente el servicio de transporte de gas a nuevos interesados.

c) Las empresas generadores que participan en el mercado eléctrico del Norte Grande deben tener presente que constituye una violación a las normas sobre libre competencia cualquier acción destinada a impedir la libre entrada al mercado de nuevos inversionistas o a coordinar la fecha de entrada o capacidad de las nuevas centrales que se construyan. Particularmente grave son las acciones que eventualmente pudieran adoptar las empresas generadores relacionadas a un proyecto de gasoducto específico para dificultar el acceso de generadores no relacionados a los servicios de transporte de gas provistos por dicho gasoducto.

d) Los inversionistas relacionados con los proyectos de gasoducto que se desarrollan en el Norte, deberán considerar que si bien no sería reprochable que puedan efectuarse negociaciones para acordar la realización de uno sólo de ellos, en ningún caso, de llevarse a cabo dichas negociaciones, pueden contemplar medidas tendientes a restringir la competencia en los mercados energéticos relacionados, a repartir mercados entre distintas empresas o a establecer tarifas y condiciones de acceso monopólicas a los servicios de transporte de gas.

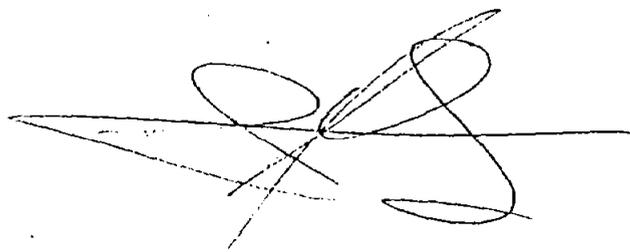
e) Reiterar a todos los agentes que participan o desean participar en el mercado energético del Norte Grande que existe pleno derecho a acceder a las actividades de generación de electricidad y a los servicios de transporte de gas, en condiciones igualitarias y no discriminatorias, en el marco de las normas que regulan dichas actividades y resguardan la libre competencia. Quienes puedan sentirse afectados en estos aspectos, deberán ejercer sus derechos ante los organismos encargados de cautelar la libre operación de los mercados, sin perjuicio del rol que le corresponde a las autoridades sectoriales pertinentes.

Notifíquese el presente dictamen a la denunciante, a las empresas denunciadas, a las sociedades que desarrollan los proyectos Gas Atacama y NorAndino, y a las empresas generadoras que participan en el Norte Grande, sin perjuicio de su transcripción al Sr. Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, a la Sra. Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía y al Sr. Superintendente de Electricidad y Combustible.

El presente dictamen fue acordado en sesión de 26 de Octubre de 1998, de esta Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros presentes, señores Eugenio Rivera Urrutia; Presidente, Pablo Serra Banfi, Lucía Pardo Vásquez, Rodemil Morales Avendaño y don Carlos Castro Zoloaga.

No firma el Sr. Castro, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente.

Ref. 132-98 FNE. -

Lucía Pardo V.



PAOLA HERRERA FUENZALIDA
Secretaría - Abogado
Comisión Preventiva Central

