

EL SISTEMA DE ACCESO ABIERTO Y EL MERCADO DEL GAS NATURAL EN CHILE

FELIPE BAHAMÓNDEZ PRIETO

Abogado, Master of Laws (LL.M) Harvard University

Profesor de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de Chile

RESUMEN: Este artículo trata sobre el llamado sistema de acceso abierto y su vinculación al mercado del gas natural en Chile, como condición de operación y funcionamiento de las empresas de transporte de gas natural. En particular, se explora su significado y consagración legal, en oposición a otras alternativas de acceso a las redes de transporte. Se revisan algunos pronunciamientos de los órganos que cautelan la libre competencia en nuestro país, para concluir que a la noción de acceso abierto se le ha dado un alcance más amplio y complejo que lo vincula a la necesidad de las compañías de transporte de gas natural de operar bajo condiciones de libre competencia en el más amplio sentido de la expresión. Finalmente, se postula la noción de monopolio natural como una posible razón que justificaría el alcance expansivo del término.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el llamado gas natural se ha convertido, a nivel mundial, en uno de los combustibles con mayor crecimiento, lo que se debe según los expertos a que es un producto relativamente abundante, de bajo costo y con bajos índices de contaminación¹. Este uso también se ha extendido a nuestro país, toda vez que desde hace algunos años Chile incorporó este nuevo combustible mediante la interconexión de gas natural con Argentina y son varios los proyectos que se encuentran actualmente operando².

El gas natural es un hidrocarburo que se extrae de las profundidades de la tierra y con frecuencia asociado al petróleo, lo que se conoce como gas asociado. Generalmente al gas así extraído se le sacan aquellos hidrocarburos licuables a baja presión como la gasolina natural, el propano y el butano, estos dos últimos luego se transforman en gas licuado. Luego de estos procesos, el gas natural queda compuesto por una alta proporción de metano, algo de etano y otros compuestos en una muy pequeña fracción. El transporte del combustible desde los centros de producción a los centros de consumo se realiza mediante gasoductos, que son tuberías de acero que van generalmente enterradas a uno o dos metros bajo tierra, y el gas fluye a través de estos impulsado por bombas ubicadas en las llamadas estaciones de compresión. Una vez transportado el gas mediante gasoductos hasta los centros de consumo, se pasa a la etapa de distribución para la cual se desarrollan sistemas de distribución, que consisten en redes de cañería que recorren las ciudades en forma subterránea, suministrando el gas a los consumidores finales. Existen además

¹ The Economist, *Natural Gas*, pág. 70, 24 de junio de 2000.

² *El Sector Hidrocarburos en Chile*, Comisión Nacional de Energía, págs. 26 y sigtes., 1999; *Gestión, Energía en Ascenso*, págs. 29 y sigtes., octubre 1995; El Diario, *La Revolución del Gas Natural*, Suplemento Especial, 29 de abril de 1997.

los grandes clientes como generadoras de ciclo combinado o centrales termoeléctricas que pueden consumir gas sin pasar por los sistemas de distribución antes indicados.

Desde una perspectiva comercial, la industria del gas natural ha evolucionado a una forma de organización basada en la clara diferenciación de las etapas de producción, transporte y distribución. En relación con la etapa de producción, normalmente existe un gran número de productores diferentes en un área, los que explotan independientemente yacimientos y comercializan en forma libre su producción mediante la contratación con consumidores finales, sean empresas distribuidoras o grandes clientes como centrales termoeléctricas. En cuanto a la etapa de transporte, la tendencia es permitir, por la vía de la regulación, que cualquier usuario esté en condiciones de contratar el servicio de transporte de gas por el gasoducto, pagando por ello las tarifas correspondientes, las que pueden estar reguladas o no. Finalmente, en la etapa de distribución, es común que se dé la condición de única empresa suministradora del servicio, pero dada la existencia de combustibles alternativos al gas natural se reduce el carácter monopólico que ella pudiera llegar a tener. Al igual que en la etapa de transporte, la tarifa de distribución puede ser regulada o no, sin perjuicio que las condiciones del servicio sean reguladas por la autoridad. Nos interesa, para efectos de este artículo, la etapa de transporte del gas natural, actividad que se realiza, como se indicó, a través de redes de transporte o gasoductos.

II. ACCESO A LAS REDES DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL Y LEGISLACIÓN NACIONAL REFERENTE AL TEMA

Entre los muchos elementos que considerar para que una industria del transporte de gas natural opere en términos competitivos se encuentra el mecanismo de acceso a las redes de transporte. A nivel teórico se habla, a lo menos, de las siguientes opciones posibles:

a) *Sistema de acceso cerrado*, en el cual la empresa de transporte se encarga de transportar el gas natural por redes o gasoductos de su propiedad y vender el producto a grandes clientes, llámense generadoras de ciclo combinado o termoeléctricas, o empresas de distribu-

ción de gas natural, sin permitir que terceros utilicen su infraestructura de transporte. Uno de los argumentos más fuerte que se dan para justificar un sistema de esta naturaleza es que ello permitiría al transportista captar parte del *diferencial de precios que se genera en las ventas a grandes clientes industriales y centrales termoeléctricas*, lo que haría viable el financiamiento de los proyectos, que normalmente requieren grandes inversiones. En la misma línea de ideas, se sostiene que mediante un sistema cerrado se puede discriminar precios entre grandes clientes, permitiendo iniciar el proyecto que de otra manera no sería viable por no existir los volúmenes mínimos que justifican las inversiones iniciales que requiere un sistema de transporte. Los argumentos señalados pueden ser discutidos desde varias perspectivas, toda vez que para aprovechar diferencias de precios se pueden establecer distintas modalidades tarifarias del transporte, lo que se conoce como tarifa media más alta, de suerte de asegurar el flujo de caja mínimo. En cuanto al argumento de discriminación de precios entre grandes clientes, como si hipotéticamente existiera una central termoeléctrica y una empresa de distribución ubicadas en el mismo lugar y con similares características de consumo, ello se puede resolver igualmente fuera de un sistema cerrado haciendo que sea la empresa distribuidora la que compre todo el gas y sea ella la que lo venda a la central al precio que resulte más operativo.

b) *Sistema de acceso abierto*, que se caracteriza porque la empresa de transporte permite que terceros ocupen la capacidad de transporte disponible en su red, pagando las tarifas convenidas, en virtud de contratos en que además se establecen las otras condiciones del servicio. Es decir, la empresa de transporte solo puede transportar gas de propiedad de terceros, no pudiendo comprar ni vender gas con la excepción de las adquisiciones para su propio consumo y el gas necesario para mantener operativo el sistema de transporte. El sistema de *acceso abierto* representa claramente la tendencia mundial en la materia, incluyendo Argentina, país con el cual nuestros gasoductos se encuentran interconectados. Se sostiene que uno de los elementos indispensables para que la industria del transporte de gas natural opere en condiciones competitivas es que se garantice el acceso a las redes de transporte, lo que en términos simples refleja la idea que todos los inte-

resados en transportar gas por un determinado gasoducto lo pueden hacer siempre que paguen las tarifas correspondientes, posibilitándose que los consumidores de gas puedan acceder directamente a los mercados productores, con los evidentes beneficios en términos de competencia. Lo anterior se plantea en oposición al acceso cerrado a las redes de transporte, ya sea en forma provisoria o definitiva, que implica que la empresa de transporte no permite que terceros utilicen su infraestructura de transporte, siendo solo ella la que trae el producto y lo vende a grandes cliente como centrales de ciclo combinado o bien a empresas distribuidoras. Nuestra legislación ha optado claramente por un sistema de *acceso abierto*. Con todo, y como veremos más adelante, pareciera que el alcance de operar bajo un sistema de *acceso abierto* tiene, a la luz de nuestra legislación y jurisprudencia antimonopolios, un alcance más amplio y complejo que lo vincula a la necesidad de las compañías de transporte de gas natural de operar bajo condiciones de libre competencia en el más amplio sentido de la expresión.

En nuestra legislación, el principal cuerpo legal que regula la actividad económica vinculada al gas, esto es, el D.F.L. N° 323 de 1931 y sus modificaciones posteriores³, no trata la materia de acceso a las redes de transporte en forma expresa. La razón es evidente, toda vez que el fenómeno del gas natural es posterior a las últimas modificaciones que se introdujeron a dicha normativa. La Ley del Gas fue pensada, y posteriormente modificada, para regular la producción y distribución de gas manufacturado, que a diferencia del gas natural, se elabora en centros de producción o fábricas de gas que pueden estar localizadas tan cerca de los centros de consumo como las normas de seguridad pública lo permitan, por lo cual dicho cuerpo legal no regula en detalle, salvo algunas referencias mínimas, la actividad de transporte de gas por sistemas de transporte o gasoductos, actividad que resulta indispensable en el caso del gas natural ya que se extrae desde yacimientos localizados, generalmente, a mucha distancia de los centros de consumo. La primera referencia expresa que conocemos al sistema de *acceso abierto* en nuestra legislación

emana del denominado Protocolo N° 2 del Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre las Repúblicas de Chile y Argentina de fecha 2 de agosto de 1991⁴, el que escuetamente señalaba en su Artículo 6 inciso 2 que “La operación del o los gasoductos se regirá por el sistema de acceso abierto”. Esta breve referencia al sistema de acceso abierto se mantuvo intacta en el Protocolo Sustitutivo del Protocolo N° 2 del Acuerdo de Complementación Económica entre la República de Chile y la República Argentina⁵. Finalmente, será por la vía reglamentaria que el sistema de *acceso abierto* pasa a tener una connotación más clara y definida en virtud del D.S. N° 263 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción⁶ el que en su Artículo 11, dentro del Título IV sobre condiciones de operación, indica que “Los concesionarios de transporte deberán operar bajo el sistema de acceso abierto. Se entenderá por acceso abierto 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”.

III. EL SISTEMA DE ACCESO ABIERTO EN ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS QUE CAUTELAN LA LIBRE COMPETENCIA EN NUESTRO PAÍS

En principio pareciera que la disposición del Reglamento de la Ley del Gas sobre *acceso abierto* es clara en cuanto al alcance de lo que significa operar bajo dicho sistema. En efecto, las empresas de transporte de gas cumplen con lo exigido al hacer ofrecimiento de sus servi-

³ En adelante, indistintamente, la Ley del Gas.

⁴ Protocolo N° 2 sobre Normas que Regulan la Interconexión Gasífera y Suministro de Gas Natural entre la República Argentina (Cuenca Neuquina) y la República de Chile; Diario Oficial del 4 de abril de 1992.

⁵ Protocolo Sustitutivo del Protocolo N° 2 del Acuerdo de Complementación Económica N° 16 entre la República de Chile y la República Argentina; Diario Oficial del 27 de noviembre de 1995.

⁶ Decreto Supremo N° 263 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que aprueba reglamento sobre Concesiones Provisionales y Definitivas para la Distribución y el Transporte de Gas; Diario Oficial del 8 de julio de 1995. En adelante, indistintamente, el Reglamento de la Ley del Gas.

cios de transporte en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, respecto de su capacidad de transporte disponible. Esto significa, en términos simples, la obligación de ofrecer y prestar sus servicios de transporte en condiciones de general aceptación y de aplicación uniforme y no discriminatoria respecto de su capacidad de transporte disponible. Con todo, el Reglamento de la Ley del Gas no ha indicado en forma expresa el mecanismo legal o comercial para implementar dicho sistema de operación, o dicho en términos concretos, la forma en que las empresas de transporte contratarán con potenciales clientes, dejando un espacio abierto para que las compañías lo determinen libremente. Nos parece que una convocatoria pública se impone ante los parámetros de transparencia que impone la legislación, de suerte que las empresas transportistas efectuarán, cuando corresponda, una convocatoria pública a los interesados en contratar servicios de transporte, ya sea que dichos servicios comienzan a prestarse, o bien posee capacidad de transporte susceptible de ser contratada. Por lo demás, en materia de contratación de capacidad de transporte de gas natural, la convocatoria pública es la práctica internacional más aceptada y ha sido también la práctica de las compañías de transporte de gas natural que operan en el país. De esta suerte, la modalidad de operación de *acceso abierto* se ha satisfecho en la práctica mediante la realización de procesos de oferta pública de capacidad de transporte de gas natural, proceso denominado en otros países como *Open Season*, que no es otra cosa que un concurso público con un plazo de postulación mínimo, abierto a cualquier interesado y precedido de una adecuada publicidad en el que potenciales demandantes de capacidad de transporte manifiestan su voluntad de acceder al servicio de transporte de gas natural e indican la capacidad requerida (en unidades de volumen por tiempo), el plazo de suministro, el punto de entrega requerido, y en general todas aquellas otras materias que permitan determinar exactamente las necesidades del servicio contratado. Lo anterior es consistente con los pronunciamientos existentes hasta fecha de parte de los organismos que cautelan la libre competencia en nuestro país. En efecto, en un Dictamen que ya tiene algunos años, la Comisión Preventiva Central al pronunciarse sobre las condiciones en que debieran otorgarse las concesiones

pedidas por empresas interesadas en construir un gasoducto para transportar y distribuir en el territorio nacional gas natural desde Argentina y las normas que debieran regir estas actividades a la luz de las disposiciones que protegen la libre competencia, señaló ciertas pautas sobre la materia⁷. Los criterios establecidos en el Dictamen N° 933, luego confirmados por la Comisión Resolutiva⁸, señalan que *"En las concesiones a las empresas de transporte de gas, la operación del servicio debe necesariamente estar sujeta al régimen o modalidad de acceso abierto, en el que la oferta de los servicios se plantee en condiciones iguales a todos los usuarios y se mantenga permanentemente una oferta pública de la capacidad de transporte disponible de la concesionaria, lo que debería regir también a las ampliaciones de esa capacidad que puedan proyectarse"*⁹. Además, señaló que *"La prestación de los servicios en las concesiones de transporte y distribución de gas debe hacerse en condiciones objetivas, generales y no discriminatorias respecto de los usuarios, a quienes debe proporcionarse información pública y actualizada de las estructuras y niveles de las tarifas que rijan esos servicios"*¹⁰. En un Dictamen más reciente y aún más claro en esta materia¹¹ la Comisión Preventiva Central ratifica la necesidad de las empresas vinculadas a proyectos de transporte de gas natural de operar bajo el sistema de *acceso abierto*, indicando que *"El trato igualitario y no discriminatorio debe darse no solo a los clientes que han participado en un mismo open season, sino también a clientes que han contratado el servicio en open season distintos"*¹². Agrega inmediatamente que *"Las diferencias contractuales que pu-*

⁷ Dictamen N° 933 de 28 de abril de 1995 de la Comisión Preventiva Central, que se pronuncia sobre la consulta formulada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles acerca de las condiciones en que debieran otorgarse las concesiones pedidas por las empresas interesadas en construir un gasoducto para transportar y distribuir en el territorio nacional gas natural desde Argentina, y las normas que debieran regir estas actividades, de acuerdo a las normas que protegen la libre competencia aprobadas por el Decreto Ley N° 211 de 1973.

⁸ Resolución N° 448, de 10 de octubre de 1995, de la Comisión Resolutiva.

⁹ Dictamen N° 933, N° 4 letra G.

¹⁰ Dictamen N° 933, N° 4 letra H, primera parte.

¹¹ Dictamen N° 1047, de 26 de octubre de 1997, de la Comisión Preventiva Central recaída sobre una denuncia de CMS Energy Chile en contra de Endesa S.A. y Tractebel S.A.

¹² Dictamen N° 1047, Conclusiones, letra a) inciso primero, primera parte.

dieran producirse entre diversos usuarios, solo puede tener por 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"¹³. El mismo Dictamen agrega que "Para efectos 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"¹⁴. Finalmente concluye que, "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 un impedimento ilegítimo a la libre competencia el denegar arbitrariamente el servicio de transporte de gas natural a nuevos interesados"¹⁵. Nos parece que nuestros órganos antimonopolios han recogido adecuadamente el contenido más fundamental de lo que significa el sistema de acceso abierto para las empresas de transporte de gas natural, estableciendo claramente la idea de un concurso público abierto y transparente para asignar la capacidad de transporte disponible. Pero, creemos, han ido bastante más allá, dándole a la noción de *acceso abierto* un contenido más amplio y vinculado a la libre competencia, sugiriendo entre otras materias la necesidad que las empresas de transporte mantengan permanentemente una oferta pública de su capacidad de transporte alcanzando incluso a las ampliaciones de esa capacidad que se proyecten; o estableciendo que el trato no discriminatorio debe darse también respecto de clientes que hayan contratado en procesos de oferta pública de transporte u *open seasons* diferentes; o incluso dando pautas de lo que podría ser una discriminación legítima entre clientes, como podría darse por ejemplo entre clientes distribuidores y centrales de ciclo combinado, siempre que las diferencias contractuales solo ten-

gan por fundamento diferencias objetivas en los costos o en las condiciones operacionales de los gasoductos¹⁶, entre otras materias.

Nos parece que detrás del concepto de *acceso abierto* puede que en la mente de los órganos antimonopolios haya estado la noción de monopolio natural, lo que explicaría el alcance expansivo que le han ido dando al término. En efecto, dadas las inversiones requeridas para llevar adelante la industria del transporte de gas natural, ella reviste ciertas características de monopolio natural¹⁷, de forma tal que toda la demanda dentro de un determinado mercado podrá ser abastecida a menor costo por una empresa transportista en lugar de dos o más¹⁸. En tal sentido y alejando el transporte de gas natural de su condición de monopolio natural, parece adecuado que la tendencia sea implementar como norma general que el transporte de gas se ejecute bajo una modalidad en que la empresa que transporta gas de terceros, es decir, bajo lo que podría llamarse *acceso abierto* en un sentido amplio, sin que la empresa transportista participe del negocio de compra o venta de gas, con las excepciones razonables de adquisiciones para su propio consumo o para mantener operativo el sistema, pasando a ser el transporte de gas natural una función exclusiva de dicha empresa¹⁹. De igual manera, al exigir el sistema de *acceso abierto* que las compa-

¹³ Dictamen N° 1047, Conclusiones, letra a) inciso primero, segunda parte.

¹⁴ Dictamen N° 1047, Conclusiones, letra a) inciso segundo.

¹⁵ Dictamen N° 1047, Conclusiones, letra b).

¹⁶ Sobre el particular, el Dictamen N° 1079 de 27 de agosto de 1999 de la Comisión Preventiva Central que resuelve consulta de Gasoducto Nor Andino S.A., luego de reiterar la necesidad de dar estricto cumplimiento a las normas de *acceso abierto*, señala que "Es posible ofrecer a usuarios que no son generadores eléctricos, por parte de los proveedores de servicios de gas, un precio distinto al acordado en el primer, open season, si y solo si las diferencias de precios tienen como fundamento diferencias objetivas en los costos o en las condiciones operacionales de los gasoductos. Por lo mismo, sería contrario a la competencia que las diferencias de precios estén basadas en condiciones de sustituibilidad en diversos grupos de usuarios" (Sección 3.7).

¹⁷ Posner, Richard A., *Natural Monopoly and its Regulation*, Cato Institute, Washington D.C., 1999; Alé, Jorge, *Un Nuevo Esquema de Regulación de Monopolios Naturales*, Estudios Públicos N° 37, 1990, páginas 165 y siguientes.

¹⁸ A lo menos el término monopolio natural aparece expresamente mencionado, en relación a distintas materias, tanto en el Dictamen N° 933 como en el Dictamen N° 1047.

¹⁹ Lo anterior ciertamente es una materia distinta a posibles grados de integración vertical que pueden darse en las distintas etapas comerciales de producción, transporte y distribución.

ñas de transporte de gas natural otorguen un trato igualitario a todos los interesados en transportar gas por su gasoducto, en la medida que paguen las tarifas de transporte comunes a todos ellos, se posibilita que los consumidores accedan directamente a los mercados productores y teóricamente a mejores precios. Lo anterior nuevamente aleja a las empresas transportistas de posibles abusos monopólicos, al estar al margen de dichas negociaciones y en una etapa comercial diferente. Finalmente, la necesidad de publicidad en la oferta de los servicios mediante un proceso de oferta pública u *open seasons* parece ser la necesaria condición de transparencia para que las empresas transportistas ofrezcan su capacidad disponible, que aunque sea en carácter monopólico, ciertamente disminuye las posibilidades de abuso posibilitando una real competencia entre los interesados en contratar dichos servicios. De esta suerte, la noción de monopolio natural, netamente económica, esté en la génesis del concepto de *acceso abierto* como sistema de operación de las empresas de transporte de gas natural y ha posibilitado que mediante su correcta interpretación, los órganos que cautelán la libre competencia en nuestro país hayan ido expandiendo por la vía jurisprudencial su alcance original.

IV. CONCLUSIONES

1. El mercado del gas natural es un fenómeno reciente y de gran crecimiento en Chile. Su

correcta evolución requiere soluciones legislativas adecuadas a los problemas que presenta este nuevo mercado.

2. Nuestra legislación ha optado por consagrar un sistema de *acceso abierto* a las redes de transporte de gas natural, siguiendo la tendencia mundial en la materia.

3. El Reglamento de la Ley del Gas señala que se entenderá por *acceso abierto* 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, esta modalidad de operación se ha satisfecho en nuestro país mediante la realización de procesos de oferta pública de capacidad de transporte de gas natural, lo que en otros países se denomina *open season*.

4. Los pronunciamientos de los órganos que cautelán la libre competencia en nuestro país se han referido al tema del *acceso abierto*, dándole un alcance más amplio que lo asocia a la necesidad de las compañías de transporte de gas natural de operar bajo condiciones de libre competencia.

5. Es posible que el carácter de monopolio natural que puede llegar a revestir la industria del transporte de gas natural sirva como sustento a esta tendencia jurisprudencial y justifique el carácter expansivo que se le ha dado a la noción de *acceso abierto*.