

Santiago, siete de agosto de dos mil veinte.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos décimo a duodécimo, que se eliminan.

**Y se tiene en su lugar y, además, presente:**

**Primero:** Que, Inversiones GNL Talcahuano SpA, ha deducido recurso de protección en contra de Gasoducto del Pacífico S.A., fundado en la omisión de extender un certificado de factibilidad técnica definitivo y oficial, en su calidad de empresa concesionaria del servicio de transporte de gas, a fin de determinar la actora si resulta procedente la ejecución de un proyecto de construcción y operación de un terminal marítimo, y que implica una inversión cercana a los US\$160.000.000. Estima que tal negativa es arbitraria e ilegal y que conculca las garantías establecidas en los numerales 2, 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Por tal razón, solicita se declare ilegal y arbitraria la respuesta dada por la recurrida en su correo electrónico de 2 de mayo de 2019, y ordenar que -en un plazo breve y perentorio- dicha parte deberá emitir un pronunciamiento claro, concreto, completo y formal a la consulta formulada por Inversiones GNL Talcahuano SpA, en la forma que señala en el libelo.



Por sentencia de diez de diciembre de dos mil diecinueve, la Corte de Apelaciones de Concepción rechazó la acción constitucional con costas, por estimarla extemporánea, sin perjuicio de agregar que el conflicto planteado excede los márgenes del recurso de protección, puesto que la actora solicita declarar la validez de un certificado otorgado por la recurrida en su calidad de concesionaria del servicio público de transporte de gas, y si éste generó o no derechos personales y sus correlativos deberes en favor de la recurrente, además de una eventual responsabilidad contractual, aspectos todos que deben ser conocidos en un proceso de lato conocimiento.

En contra de dicha resolución se alzó la recurrente a través del respectivo recurso de apelación.

**Segundo:** Que, en síntesis, el recurso se funda en la circunstancia que la recurrente considera hace años la ejecución de un proyecto de construcción y operación de un Terminal Marítimo (del tipo "isla near shore"), al que se encontrará amarrada de forma permanente una balsa de almacenamiento y regasificación de gas natural licuado, que tendrá una capacidad de almacenamiento de 100.000 metros cúbicos y una capacidad de regasificación de gas natural licuado equivalente a 8,5 millones de metros cúbicos por día. Agrega que las instalaciones se emplazarán en el mar, en la Bahía de Concepción, frente al sector de Isla de los



Reyes, en Talcahuano, a unos 3,7 kilómetros de distancia de la línea de playa. Sostiene que, a unos 160 metros de la línea de playa, existen instalaciones que permiten la distribución del gas natural, las que se unirán por medio de un gasoducto submarino, con el área terrestre del proyecto, ubicada a un costado de la Ruta CH-164, en la zona del Troncal Talcahuano de la autopista interportuaria y cuyo producto será inyectado al gasoducto submarino, para su traslado al área terrestre desde la playa a través de un micro túnel. Estima que la construcción del Terminal Marítimo abarcará un período aproximado de veinticuatro meses y que su operación será posible seis meses después de finalizada la construcción, considerando los permisos y autorizaciones de los órganos pertinentes.

Enseguida, destaca que sometió el proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental, obteniendo Resolución de Calificación Ambiental (RCA) favorable por Resolución Exenta N° 204 de 2 de agosto de 2017 del Servicio de Evaluación Ambiental, contando con todos los permisos sectoriales correspondientes, destacando el de la Gobernación Marítima de Talcahuano (Oficio Ord. N° 12.600/153 de 5 de junio de 2017) y el de la Subsecretaría de Pesca (Oficio Ord. N° 148 de 28 de abril de 2017).



Refiere que su negocio consiste en proveer el servicio de gas natural licuado, fundamentalmente, a las empresas usuarias de la Región del Biobío, sin perjuicio de otros clientes, para lo cual requiere conducir el producto que extraiga hasta los respectivos emplazamientos de los usuarios. Para ello, se hace necesario utilizar un servicio de transporte de gas natural licuado que materialice dicha conducción, entre su área terrestre y los puntos de provisión, actividad que se encuentra debidamente regulada por el ordenamiento jurídico.

En este orden de consideraciones, señala que por Decreto Supremo N° 584 de 22 de octubre de 1998 del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, se otorgó a Gasoducto del Pacífico S.A. una concesión definitiva e indefinida, para establecer, operar y explotar el servicio público de transporte de gas natural a través de la ruta Frontera-Talcahuano y La Leonera-Villa Mora, en la Octava Región, por una ruta de aproximadamente 270 kilómetros, con punto de origen en el Paso de Buta Mallín, en la frontera entre Chile y Argentina, lugar donde se conectará un gasoducto proveniente del último país, para continuar el trazado hacia el oeste, atravesando las comunas de Antuco, Pinto, San Ignacio, Bulnes, Peumo y otras que señala, hasta llegar a su destino final en tres puntos ubicados en las comunas de Talcahuano y Coronel, en



la Región del Biobío, y que corresponden a "Planta Petrox", "Planta Gasco" y "Estación Villa Mora".

A continuación, se refiere en extenso a los aspectos técnicos que considera el proyecto y a las sucesivas negociaciones sostenidas con la recurrida, en su calidad de empresa concesionaria del servicio público de gas natural en la Región, resaltando que esta última le otorgó un certificado de factibilidad de conexión de fecha 18 de octubre de 2011, en los siguientes términos: "(...) es factible conectar el ducto de gas proveniente del proyecto de la empresa Inversiones Puerto de los Reyes S.A., en la bahía de Concepción, desde la línea de más alta marea cuyas coordenadas de conexión son UTM 673.549,23 N 5.932.875,32, hasta su gasoducto que pasa por la Isla Rocuant a 200 metros de la línea de más alta marea, en las mismas condiciones que establece la Dirección de Obras de la Municipalidad de Talcahuano en Oficio N° 1107 del 06 de agosto de 2010 (...) En torno al proyecto es factible para Gasoducto del Pacífico S.A. gestionar permisos de construcción, realizar la construcción, tramitar servidumbres, gestionar autorizaciones ministeriales y operar el terminal de gas".

Enfatiza que todo su proyecto depende y tiene como base técnico-económica la posibilidad de conexión al gasoducto que opera y explota la recurrida, en condiciones



legales de acceso abierto conforme a la reglamentación vigente; de ahí la importancia del mentado certificado de factibilidad otorgado por la recurrida el año 2011. Agrega que en enero de 2016 se constituyó la sociedad Inversiones GNL Talcahuano SpA, cuyos actuales socios son: a) Inversiones CRISA INVESTMENTS SpA (filial de CRISA); y b) EOS INVESTMENTS LLC. De esta manera, Inversiones GNL Talcahuano es actualmente el continuador legal y desarrollador del proyecto "Terminal Marítimo GNL Talcahuano".

Puntualiza que el otorgamiento del certificado de factibilidad y una conversación entre las partes acaecida el año 2015, le hicieron presumir que la recurrida mantendría un comportamiento neutral en relación con su proyecto. Sin embargo, durante los años siguientes Gasoducto del Pacífico modificó su conducta, poniendo obstáculos a la fluidez del proyecto a través de su gerente general doña Patricia Palacios Mackay, quien ejerce, además, el mismo cargo respecto de otra compañía relacionada, INNERGY S.A., empresa esta última que vende y distribuye gas natural de procedencia argentina, propósito que resulta coincidente con el que persigue la recurrente.

Luego de hacer referencia a diversas negociaciones con Gasoducto del Pacífico S.A., asevera que esta última, por intermedio de la señora Palacios, emitió una carta el 17 de



julio de 2017 dirigida al presunto vocero de una organización denominada "Coordinadora Chorera" (sic), en la cual expresó que el certificado de factibilidad fue otorgado a una razón social diferente; en términos muy generales y sin detallar condiciones de operación; y que la conexión no se encuentra considerada entre las inversiones de corto plazo de la compañía que dirige.

Estima que dicha misiva constituye una alteración flagrante de las condiciones establecidas en el certificado de factibilidad y que produce el efecto de remover la base de certeza, claridad y estabilidad del proyecto, cuyo sustento emanaba precisamente del mencionado certificado de factibilidad, siendo intolerable que se la mantenga, de manera caprichosa, en una situación de incertidumbre respecto de un proyecto de inversión que ha generado cuantiosos gastos para la recurrente.

En este contexto, y luego de varias negociaciones entre las partes, denuncia que con fecha 27 de noviembre de 2017 la recurrida le hizo llegar un "borrador", en función de las posibilidades de interconexión del proyecto de la actora, de la manera en que fue aprobado por el Servicio de Evaluación Ambiental en la respectiva RCA; borrador que nunca ha sido emitido como documento definitivo, ni en los términos allí consignados ni en otros, manteniendo a su parte en la incerteza absoluta en relación con su proyecto.



Más adelante, precisa que la conducta que censura a Gasoducto del Pacífico S.A. es la respuesta de su gerente general señora Palacios, en comunicación de fecha 2 de mayo de 2019, a un requerimiento de la actora de 24 de abril del mismo año. En dicha misiva (correo electrónico) la señora Palacios señala lo siguiente: "Estimado René: Por la presente confirmo lo señalado en ocasiones anteriores en el sentido de que, sujeto a la existencia de capacidad de transporte disponible, lo que se determinará próximamente en un proceso de Open Season cuyo inicio comunicaremos públicamente, sería factible conectar a GPC vuestro proyecto de terminal, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1) Que la interconexión cumpla los estándares de seguridad de GPC; 2) Que se dé cumplimiento a las exigencias reglamentarias relativas a presiones de operación. Cabe comentar que, tal como lo hemos analizado en múltiples reuniones sostenidas, vuestro proyecto publicado en el SEIA no cumple con ninguna de estas dos exigencias. Saludos, Patricia".

Concluye afirmando que dicha respuesta es ilegal y arbitraria, toda vez que constituye una modificación caprichosa de las condiciones expuestas en el certificado de factibilidad técnica otorgado el año 2011, acto que le causa un perjuicio económico significativo en su



patrimonio, colocando a su proyecto en la más absoluta indeterminación e incertidumbre.

**Tercero:** Que, en su informe, la recurrida alegó, en primer término, la extemporaneidad del recurso, en atención a que el acto impugnado en autos es la respuesta de doña Patricia Palacios de fecha 2 de mayo de 2019, en su calidad de gerente general de Gasoducto del Pacífico S.A., a un requerimiento escrito del representante de la recurrente de 24 de abril del mismo año. Sin embargo, de las diversas comunicaciones entre las partes a lo largo de los años aparece que el 27 de noviembre de 2017 su parte le hizo entrega a la recurrente de un "borrador de certificado de factibilidad", aceptando la actora los términos allí consignados. Luego, el correo electrónico de 2 de mayo de 2019 no hace sino refrendar y reproducir, en otros términos, aquello que la recurrente ya tenía conocimiento, a lo menos, desde el año 2017. Así las cosas, habiéndose interpuesto el recurso con fecha 1 de junio de 2019, la acción impetrada es manifiestamente inoportuna.

En cuanto al fondo, precisa que el certificado de factibilidad técnica otorgado el año 2011 no lo fue a la recurrente, sino a su predecesora Inversiones Puerto de Los Reyes S.A., y que el aludido certificado no es más que una posibilidad que puede y debe ser concretada cumpliendo con la ley, que obliga a su representada a ofrecer la capacidad



disponible de transporte de gas a todos los interesados a través de un proceso abierto (*Open Season*), en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, de manera que al manifestar Gasoducto del Pacífico que ofrece y ofrecerá su capacidad disponible a través del sistema *Open Season*, no sólo no está realizando un acto ilegal o arbitrario, sino que está respetando la legalidad vigente, incluyendo la normativa de libre competencia que rige en nuestro país.

Explica que, para desarrollar su giro, Gasoducto del Pacífico es titular de concesiones de transporte de gas natural otorgadas en los Decretos Supremos N° 584 de 1998 y N° 266 de 1999, los cuales imponen al concesionario operar bajo el sistema de acceso abierto, según se lee en su artículo 14, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto N° 263 de 1995 del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento sobre Concesiones Provisionales y Definitivas para la Distribución y el Transporte de Gas. Dicha reglamentación establece que cuando la empresa concesionaria de transporte de gas ofrezca servicios de transporte a terceros respecto de su capacidad disponible, debe, en cada ocasión, hacerlo en unas mismas condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información. En la práctica, la forma en que dichos interesados se enteran y



pueden, en igualdad de condiciones y bajo criterios conocidos, contratar esos servicios, es a través de licitaciones abiertas que se dan a conocer y publican a través de medios de prensa de circulación nacional y, la fórmula de las licitaciones abiertas, permite que se conozcan las condiciones en que se comercializará el transporte de gas natural en el gasoducto, condiciones de comercialización que son idénticas para todos los interesados.

En resumen, las alegaciones de la recurrida pueden ser resumidas mediante los siguientes planteamientos: a) la acción es extemporánea; b) el conflicto versa sobre una materia que debe ser dilucidada por un tribunal de fondo, en un proceso de lato conocimiento; c) lo peticionado por la recurrente es una declaración de certeza contractual, cuestión que excede los márgenes del recurso de protección; d) otorgar el certificado de factibilidad, en los términos solicitados por la actora, supondría infringir la legislación vigente sobre la materia, toda vez que la normativa la obliga a licitar públicamente las capacidades de transporte disponible, en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información entre todos los interesados; razones todas por las que pidió el rechazo del recurso, con costas.



**Cuarto:** Que se requirió informe a las sociedades Innergy Holdings S.A., Innergy Soluciones Energéticas S.A. e Innergy Transportes S.A., cuyo representante legal expuso que el recurso de protección hace referencia a una compañía denominada "Innergy S.A.", respecto de la cual no tiene conocimiento o vinculación alguna. Por otro lado, aclara que Innergy Holdings S.A., RUT 96.856.650-4; Innergy Soluciones Energéticas S.A., RUT 96.861.390-1; e Innergy Transportes S.A., RUT 96.865.700-4, poseen giros y actividades diferentes y que ninguna de ellas es de propiedad de Gasoducto del Pacífico S.A. ni viceversa. Por último, refiere que las aludidas compañías no son competidoras de la recurrente, como erradamente se afirma en el libelo deducido en estos autos.

**Quinto:** Que, por último, informó la Superintendencia de Electricidad y Combustible manifestando que, de acuerdo con lo informado por la empresa Gasoducto del Pacífico S.A. al mes de junio del año 2019, la capacidad de transporte del gasoducto amparado por el decreto de concesión es de 6 MMCD (seis millones de metros cúbicos por día); la fecha de puesta en marcha del gasoducto fue el 20 de septiembre de 1999; y el porcentaje aproximado de disponibilidad de transporte de gas del gasoducto en comento, respecto de la capacidad total informada, representa un 47,8%.



Agrega que, como Superintendencia, no ha propuesto para su emisión ninguna normativa y/o instrucciones que definan o regulen el sistema de acceso abierto a que se refiere el artículo 14 del Decreto Supremo N° 584 de 1998, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

**Sexto:** Que, concerniente a la controversia, debe despejarse en primer término la alegación relativa a la extemporaneidad de la acción, la cual será desestimada en atención a que en el recurso se identifica como uno de los actos impugnados a la respuesta enviada por el gerente general de Gasoducto del Pacífico S.A., doña Patricia Palacios Mackay, de fecha 2 de mayo de 2019. Así las cosas, y considerando que el recurso de protección se presentó con fecha 1 de junio de dicha anualidad, sólo resta concluir que lo ha sido dentro del plazo establecido en el numeral 1° del Auto Acordado de esta Corte sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.

Por otro lado, tal y como lo sostiene la recurrente en su apelación, el libelo no sólo cuestiona el acto precitado, sino, antes bien, la omisión en que habría incurrido Gasoducto del Pacífico de extender un certificado de factibilidad técnica definitivo y oficial, en su calidad de empresa concesionaria del servicio de transporte de gas



natural, que se ajuste a los parámetros de aquel que fue otorgado a su predecesora, Inversiones Puerto de Los Reyes S.A., a través del Certificado de Factibilidad de Conexión de fecha 18 de octubre de 2011.

Así las cosas, y teniendo presente que lo denunciado consiste en una omisión, esto es, en la abstención de realizar una determinada conducta pese a existir un deber jurídico de ejecutarla, se debe concluir que la acción ha sido enderezada dentro del término antes referido, toda vez que sus efectos perduran en el tiempo en tanto no se dé cumplimiento al mandato jurídico respectivo.

**Séptimo:** Que, en cuanto al fondo, el conflicto que se plantea en estos autos es preciso y acotado, teniendo presente la naturaleza cautelar y de urgencia de la acción constitucional de protección: si acaso la recurrida, en su calidad de empresa concesionaria del servicio de transporte de gas natural en la Región del Biobío, ha incurrido en un acto ilegal o arbitrario al emitir la carta de fecha 2 de mayo de 2019; y, además, si ha incurrido en una omisión ilegal y arbitraria al resistirse a la emisión de un certificado de factibilidad técnica en la forma que lo solicita la parte recurrente.

Todas las restantes materias, a saber, la formación del consentimiento; las cláusulas que habrá de tener el acto jurídico que en su caso las partes suscriban; los



eventuales perjuicios que habría sufrido la actora; e, incluso, la controversia relativa a una eventual infracción de las normas sobre libre competencia, son cuestiones que no pueden ser resueltas por medio de la presente acción constitucional, al exceder su naturaleza excepcional y de urgencia y por cuanto el recurso de protección, como lo ha sostenido invariablemente esta Corte, no constituye una instancia de declaración de derechos, sino de protección de aquellos que, siendo indubitados e incontrovertibles, sean amagados en su legítimo ejercicio por actos u omisiones ilegales y arbitrarios, en los términos del artículo 20 de la Constitución Política de la República.

**Octavo:** Que el Decreto con Fuerza de Ley N° 323 de 1931 Ley de Servicios del Gas, dispone en su artículo 1°:

*"El transporte, la distribución, el régimen de concesiones y tarifas de gas de red, y las funciones del Estado relacionadas con estas materias se regirán por la presente ley, y en lo que ésta no prevé, por las leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas vigentes.*

*Específicamente están comprendidas en las disposiciones de la presente ley: 1. Las concesiones para establecer, operar, y explotar el servicio público de distribución de gas de red, y las redes de transporte de gas de red; 4. El régimen de precios a que están sometidos los servicios de gas de red; 5. Las relaciones de las*



*empresas de gas entre sí, con el Estado, las Municipalidades, y los particulares; 6. Las disposiciones sobre calidad del servicio de gas de red; 7. Las condiciones de seguridad a que deben someterse las instalaciones y artefactos de gas de red y los artefactos a gas licuado; 8. Las condiciones de seguridad de las instalaciones interiores de gas de red y de gas licuado”.*

El artículo 2, en lo que importa, define los siguientes términos: “(...) 2. *Empresa de gas: la entidad destinada a producir, transportar, distribuir o suministrar gas; 3. Instalación de gas: los instrumentos, maquinarias, equipos, redes, aparatos, accesorios y obras complementarias destinadas al transporte y distribución de gas, incluyendo las instalaciones interiores de gas. 4. Redes de transportes: 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. 5. Redes de distribución: el conjunto de tuberías, equipos, y accesorios, destinados a distribuir gas haciendo uso de una concesión de servicio público; 8. Servicio de gas: el suministro de gas efectuado por una empresa de gas a los clientes o consumidores, bajo condiciones establecidas respecto a calidad de servicio y precio. 9. Servicio*



*público de distribución de gas: el suministro de gas que una empresa concesionaria de distribución efectúe a clientes o consumidores ubicados en sus zonas de concesión, o bien a clientes o consumidores ubicados fuera de dichas zonas que se conecten a las instalaciones de distribución de la concesionaria mediante redes propias o de terceros;*

*10. Bienes de la concesión: el conjunto de bienes muebles e inmuebles, instalaciones de gas, derechos y, en general, todas las obras y equipos requeridos para el servicio público de distribución de gas o de transporte de gas, según corresponda.*

*11. Suministro de gas: la entrega de gas que hace una empresa de gas a los clientes o consumidores, y la que se efectúa conforme a especificaciones relativas a las propiedades físicas y químicas del gas y a las condiciones físicas en que éste es entregado.*

*12. Calidad del servicio de gas: corresponde al grado en que se mantienen las condiciones del servicio de gas en cuanto a:*

*a) La seguridad y continuidad del suministro, así como el cumplimiento de las especificaciones del gas; b) La correcta y oportuna medición y facturación de los consumos, y c) Adecuados sistemas de atención e información para los consumidores.*

*13. Cliente: es la persona natural o jurídica que acredite dominio sobre un inmueble o instalaciones que reciben servicio de gas. En este inmueble o instalaciones quedarán radicadas todas las obligaciones derivadas del*



*servicio para con la empresa de gas, a menos que ésta y el cliente hayan convenido por escrito un acuerdo distinto.*

*14. Consumidor: es la persona natural o jurídica que utiliza el gas para consumirlo".*

*El artículo 14 señala expresamente que "Las concesiones a que se refiere el presente Título no constituyen monopolio".*

*Por su parte, el Decreto Supremo N° 263 de 1995 del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que aprueba el Reglamento sobre Concesiones Provisionales y Definitivas para la Distribución y el Transporte de gas, prescribe en su artículo 11: "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 a su capacidad de transporte disponible".*

*En concordancia con lo anterior, el artículo 14 del Decreto Supremo N° 584 de 1998 que "otorga a Gasoducto del Pacífico S.A. concesión definitiva para transporte de gas natural a través de la ruta Frontera - Talcahuano y La Leonera - Villa Mora, en la Octava Región", establece: "El concesionario deberá operar bajo el sistema de "acceso*



abierto'', en los términos en que está definido en el artículo 11 del decreto supremo N° 263, de 1995, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción''.

Finalmente, el Decreto Supremo N° 67 de 2004 del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, preceptúa en su artículo 14 que: "Las empresas distribuidoras de gas deberán tener a disposición de quien lo solicite, respecto de cada red de distribución de su propiedad, al menos la siguiente información:

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

Sin perjuicio de lo anterior, 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" (Énfasis agregado).



**Noveno:** Que, para resolver, es necesario considerar algunas cuestiones previas al análisis del fondo de la controversia.

En primer término, no existe discusión respecto de que Inversiones GNL Talcahuano SpA es la continuadora de la sociedad Inversiones Puerto de Los Reyes S.A., de manera que el Certificado de Factibilidad de Conexión de fecha 18 de octubre de 2011, otorgado a esta última por Gasoducto del Pacífico S.A., en su condición de empresa concesionaria del servicio de gas natural en la Región del Biobío, aprovecha y puede ser esgrimido válidamente por la recurrente para los efectos de la presente acción cautelar.

En segundo orden, el "Certificado de Factibilidad de Conexión" es un documento que no sólo considera la posibilidad técnica de suministrar el servicio por parte de la empresa concesionaria, sino también la entrega de información previa indispensable para la ejecución del proyecto. En ese sentido, el certificado de factibilidad que otorgan las empresas concesionarias de servicios de utilidad pública, tales como agua potable, alcantarillado, electricidad, gas, etc., cumple una función similar al "Certificado de Informaciones Previas" previsto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en su Ordenanza. En efecto, el certificado de informaciones previas es un documento oficial emitido por la Dirección de Obras



Municipales, que contiene las condiciones urbanísticas aplicables para construir en un determinado terreno. Su importancia es doble: a) por un lado, obliga al interesado a que cualquier edificación que construya sobre el terreno, debe cumplir con las condiciones descritas en el certificado; y b) al referirse a aspectos como la dirección, número de rol, ubicación del terreno y detalle de las condiciones urbanísticas aplicables (por ejemplo, destinos permitidos o prohibidos de la edificación, altura y densidad máxima, coeficiente de constructibilidad, distanciamiento a medianeros, antejardín mínimo, rasantes, subdivisión predial mínima, coeficiente de ocupación de suelo, coeficiente de ocupación de pisos superiores, etc.) constituye un resguardo o garantía para el interesado de que, salvo que medie una modificación legal o reglamentaria, tales condiciones no podrán ser desconocidas por quién ha otorgado el certificado de informaciones previas.

En el caso sub judice, si bien la recurrida no es un órgano que forme parte de la Administración del Estado ni ejerce tampoco una función pública en sentido estricto, no es menos cierto que, en su carácter de concesionaria, sí es público el servicio que presta a la ciudadanía, siendo esa la razón por la cual la reglamentación sectorial ha concesionado dichos servicios en favor de empresas privadas



las que, cumpliendo los requisitos legales y reglamentarios, la autoridad competente les ha otorgado la respectiva concesión, como es el caso de Gasoducto del Pacífico S.A., cuya concesión definitiva e indefinida fue dispuesta por Decreto Supremo N° 584 de 1998 del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

En tercer lugar, el D.F.L. N° 323 de 1931 no trata la materia del acceso a las redes de transporte de gas natural de manera expresa. En doctrina se sostiene que: "*(...) 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*". (Felipe Bahamóndez P. "El sistema de acceso abierto y el mercado del gas natural en Chile", Revista de Derecho



Administrativo Económico, Vol. III/N°1, enero-junio 2001, pág. 267).

Sí lo hacen, como se expuso en el basamento anterior, el artículo 11 del D.S. N° 263 de 1995 y el artículo 14 del D.S. N° 584 de 1998.

Por último, cabe señalar que el proyecto de la recurrente fue sometido en su oportunidad al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental, obteniendo Resolución de Calificación Ambiental favorable por Resolución Exenta N° 204 de 2 de agosto de 2017 del Servicio de Evaluación Ambiental, contando con todos los permisos sectoriales correspondientes.

**Décimo:** Que, si se lee con atención el recurso de protección y la apelación de la parte recurrente, el problema de fondo no consiste tanto en que la recurrida habría desconocido los términos del Certificado de Factibilidad extendido el año 2011 al decidir ofrecer su capacidad disponible de transporte de gas a todos los interesados a través de un proceso abierto (*Open Season*), sino más bien, en la situación de incertidumbre jurídica en la que dice encontrarse la actora, debido a la conducta omisiva y errática de Gasoducto del Pacífico S.A., la que estima ilegal y arbitraria, en orden a señalar con claridad si mantiene o modifica las condiciones descritas en el



Certificado de Factibilidad. Es por ello, que la petición concreta del libelo, reiterada en la apelación, es que la recurrida se pronuncie de manera clara, directa, completa y formal en los términos antes señalados.

**Undécimo:** Que, asentado lo anterior, se debe descartar la alegación de la defensa de Gasoducto del Pacífico de que el Certificado de Factibilidad de Conexión "no es más que una posibilidad que puede y debe ser concretada cumpliendo con la ley", pues si bien no otorga a su titular un derecho absoluto, tampoco se trata de una mera expectativa, cuya ejecución y condiciones de aplicación quedan entregadas a merced del concesionario, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 14 del D.S. N° 67 de 2004. Una interpretación tal no sólo supondría desconocer el propósito de utilidad pública que por ley cumplen las empresas concesionarias de servicios esenciales para la comunidad, sino que dejaría a los usuarios en condiciones de extrema precariedad, sujetos al arbitrio de tales empresas, las que podrían determinar a su entera voluntad si se cumplen o no las condiciones técnicas de conexión en un caso concreto.

**Duodécimo:** Que, desde luego, lo anterior no significa que el Certificado de Factibilidad se encuentre revestido de un carácter inmutable, pues es evidente que las circunstancias tenidas a la vista al momento de otorgarlo



pueden cambiar; incluso, puede ocurrir que la variación sea de tal entidad que obligue a una modificación sustantiva del documento. Sin embargo, lo que no resulta admisible es que las condiciones técnicas sean modificadas y determinadas de manera unilateral por la empresa concesionaria, desconociendo la validez del Certificado de Factibilidad, sin esgrimir argumentos racionales que respondan a criterios técnicos y no a variables de otra naturaleza, toda vez que en tal evento la empresa actúa como una comisión especial, sustrayendo el conflicto al juez natural y arrogándose facultades que pertenecen exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley.

Por otro lado, si bien se trata de materias que deben ser resueltas en otra sede, no puede desconocerse que la omisión que se reprocha a la recurrida eventualmente podría tener incidencia en el mercado del gas natural en las Regiones de Ñuble y del Biobío, por cuanto podría dificultar el ingreso de un actor competitivo al mercado, circunstancia que, a su turno, puede traducirse en barreras de entrada y mantenimiento de precios en un determinado rango, entre otras consecuencias económicas y financieras.

**Décimo tercero:** Que tampoco tiene asidero en esta sede de protección, la alegación de la recurrida de que se encuentra legalmente obligada a proporcionar su capacidad disponible de transporte de gas a todos los interesados a



través de un proceso abierto (*Open Season*), pues tal y como lo especificó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), dicha autoridad no ha impartido instrucción alguna que defina o regule el sistema de acceso abierto a que se refiere el artículo 14 del Decreto Supremo N° 584 de 1998.

Es efectivo que el artículo 11 del D.S. N° 263 señala que los concesionarios de transporte deberán operar bajo el sistema de "acceso abierto", entendiendo 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 a su capacidad de transporte disponible", pero nada estableció respecto a la modalidad concreta en que ello se llevaría a cabo. En este sentido, como sostiene Bahamóndez Prieto: *"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"* (Felipe Bahamóndez P., op. cit., pág. 268).

En la práctica, el sistema que suelen emplear las empresas concesionarias del servicio de gas natural es el de convocatoria o licitación pública, que cumple con los



parámetros de transparencia, publicidad e igualdad que impone la legislación del ramo; pero cuya desventaja radica en que las bases de la licitación son impuestas de manera exclusiva por el concesionario, sin control ulterior, salvo las acciones y mecanismos de libre competencia establecidos en el Decreto Ley N° 211 y en otras leyes especiales.

**Décimo cuarto:** 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 nítidamente 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.

**Décimo quinto:** Que, de lo señalado precedentemente, queda de manifiesto que la recurrida en estos autos



incurrió en una omisión arbitraria al no responder a Inversiones GNL Talcahuano SpA de una manera formal, clara, directa, completa y suficiente, si mantiene o modifica las condiciones señaladas en el Certificado de Factibilidad Técnica otorgado el año 2011; negativa que perturba la garantía constitucional contemplada en el inciso quinto del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta; desde que asumió, en la práctica, la función de juzgar, que pertenece constitucionalmente a los tribunales de justicia, al decidir ofrecer su capacidad disponible de transporte de gas a todos los interesados a través de un proceso abierto, omitiendo pronunciarse respecto del aludido Certificado de Factibilidad Técnica, circunstancia que en los hechos impide a la actora ejercer las acciones correspondientes.

**Décimo sexto:** Que, atento a lo antes razonado, el recurso de protección ha de ser acogido, sin perjuicio de los derechos y acciones que las partes estimen del caso ejercer en la sede jurisdiccional y/o administrativa correspondiente.

Y de conformidad, asimismo, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre tramitación del



recurso de protección, **se revoca** la sentencia apelada de diez de diciembre de dos mil diecinueve y, en su lugar, se declara que se **acoge** el recurso de protección deducido por Inversiones GNL Talcahuano SpA en contra de Gasoducto del Pacífico S.A., sólo en cuanto se ordena a esta última que, en el plazo de quince días contados desde que el fallo quede ejecutoriado, se pronuncie conforme a la legislación vigente, de manera fundada, formal, clara, directa, completa y suficientemente, si mantiene o modifica las condiciones señaladas en el Certificado de Factibilidad Técnica de fecha 18 de octubre de 2011, respecto del proyecto de la recurrente.

**Acordada con el voto en contra** de la Ministra señora Sandoval y del Abogado Integrante señor Quintanilla, quienes fueron de la opinión de confirmar el fallo en alzada en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval.

Rol N° 41.279-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P., y Sr. Jorge Lagos G. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Lagos por estar ausente. Santiago, 07 de agosto de 2020.





DERFQTEHD

En Santiago, a siete de agosto de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

