

Santiago, once de diciembre de dos mil nueve.

**PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO
ROL NC N° 350-09**

COMUNIDAD DE AGUAS CANAL AZAPA.

SOLICITUD DE INFORME ARTÍCULO 129 BIS 9 DEL CÓDIGO DE AGUAS.

CONTENIDO

I) PARTE EXPOSITIVA

1. PARTES INTERVINIENTES.
2. SINTESIS DE LA SOLICITUD SOMETIDA AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL.
3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE.
4. DILIGENCIAS PROBATORIAS DICTADAS DE OFICIO POR EL TRIBUNAL.

II) PARTE CONSIDERATIVA

5. TÉRMINOS Y ALCANCES DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL.
6. MERCADO RELEVANTE.
7. PARTICIPACIÓN DE MERCADO DE LA SOLICITANTE EN EL MERCADO RELEVANTE.
8. RESPECTO A EVENTUALES PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE.
9. CONCLUSIONES

III) RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

I) PARTE EXPOSITIVA

1. PARTES INTERVINIENTES

1.1. Solicitante:

Comunidad de Aguas Canal Azapa, en adelante indistintamente la “Solicitante” o “Comunidad de Aguas Azapa”.

1.2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, número 1), del Decreto Ley N° 211, aportaron antecedentes y expresaron opinión en este expediente, en relación con lo consultado, las siguientes entidades y personas:

- Ministerio de Agricultura
- Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción
- Fiscalía Nacional Económica
- Dirección General de Aguas
- Conservador de Bienes Raíces de Arica

2. SÍNTESIS DE LA SOLICITUD SOMETIDA AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL.

2.1. Asunto sometido al conocimiento de este Tribunal

A fojas 15, mediante presentación de 17 de marzo de 2009, la Comunidad de Aguas Azapa explica que en una publicación realizada en el Diario Oficial con fecha 15 de enero de 2009, la Dirección General de Aguas (en adelante la “DGA”) incluyó, para efectos del pago de patente a beneficio fiscal, un caudal de 135 lts/seg, de los 180 lts/seg de los derechos de aprovechamiento consuntivo de ejercicio permanente de aguas subterráneas de los que es titular, fijándole un monto a pagar por concepto de patente de 216 Unidades Tributarias Mensuales (en adelante “UTM”). Agrega que los derechos de aprovechamiento de agua de los que es titular, se extraen por elevación mecánica desde los siguientes pozos:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pozo Madrid N° 104	Caudal: 45 lts/seg
Pozo Madrid N° 105	Caudal: 35 lts/seg
Pozo Madrid N° 110	Caudal: 50 lts/seg
Pozo Madrid N° 112	Caudal: 50 lts/seg

Con relación a lo anterior, explica que con el objeto de que se le exima del pago de la patente a que hace referencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, solicita que este Tribunal declare que la totalidad del caudal de 180 lts/seg de derechos de aprovechamiento consuntivo de ejercicio permanente de aguas subterráneas, inscritos a nombre de dicha Comunidad en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Arica, y que son administrados y distribuidos por ella, son utilizados en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

A este respecto, señala que los incisos 4° y 5° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, disponen: *“También estarán exentos del pago de la patente la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia”*.

“Para acogerse a la exención señalada en el inciso anterior, será necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a petición de la respectiva organización de usuarios o de algún titular de un derecho de aprovechamiento que forme parte de una organización de usuarios y previo informe de la Dirección General de Aguas, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 C y 18 de la Ley N° 19.911, declare que en el área señalada en el inciso anterior, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia...”.

Finalmente, hace presente que las aguas subterráneas respecto de las cuales se está cobrando la patente en comento, cuentan con obras de captación que permiten su alumbramiento.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.2. A fojas 18 y con fecha 18 de marzo de 2009, se dio inicio al procedimiento del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, y se ordenó efectuar las publicaciones procedentes y notificar de la solicitud de autos a la Fiscalía Nacional Económica, Dirección General de Aguas, Ministerio de Economía y Ministerio de Agricultura, a fin de que aportaran antecedentes al respecto.

2.3. La resolución que dio inicio al procedimiento de la presente solicitud de informe fue publicada el día 2 de abril de 2009 en el diario La Estrella de Arica, El Mercurio de Santiago y en el Diario Oficial, cumpliendo con lo ordenado en el artículo 31° N° 1 del Decreto Ley N° 211.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.

3.1. Ministerio de Agricultura:

A fojas 23, con fecha 13 de abril de 2009, el Ministerio de Agricultura informó respecto de las bonificaciones de la Ley N° 18.450 sobre Fomento a la Inversión Privada en Obras de Riego y Drenaje, que la Comisión Nacional de Riego ha otorgado a la Comunidad de Aguas Canal Azapa.

3.2. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción:

A fojas 42, con fecha 17 de abril de 2009, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción acompañó la respuesta que la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante "SISS") remitió a dicho Ministerio, en relación con la presente causa.

En su respuesta, la SISS informó que el plan de desarrollo vigente de las concesiones sanitarias de Arica contempla la extracción, por parte de Aguas del Altiplano S.A., de un caudal total de 281,6 lts/seg, aunque precisa que los derechos que explota dicha prestadora sanitaria son diferentes a los singularizados por Comunidad de Aguas Azapa.

Asimismo, dicha Superintendencia informó que la DGA recomendó a ESSAN S.A. (hoy ECONSSA CHILE S.A.), dueña de las concesiones de servicios sanitarios que atienden Arica, reducir la extracción de aguas desde el acuífero

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Azapa en atención a que el mismo se encuentra en una condición de explotación no sustentable, como asimismo le recomendó considerar una planta desalinizadora de agua de mar como solución definitiva para el abastecimiento de agua potable a dicha ciudad.

3.3. Fiscalía Nacional Económica.

A fojas 559, mediante presentación de 11 de mayo de 2009, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica (en adelante la “FNE” o la “Fiscalía”).

3.3.1. En su informe, la FNE señala que la Solicitante es una organización de regantes de carácter privado que agrupa a agricultores poseedores de derechos particulares de aprovechamiento permanente sobre las aguas superficiales del río Lauca, y que como entidad autónoma, es titular de derechos comunitarios de recursos hídricos subterráneos otorgado por la DGA en agosto de 2006. Agrega que la función principal de dicha Comunidad es administrar, mantener, controlar y distribuir los recursos hídricos pertenecientes a sus socios, provenientes del río Lauca. Asimismo, señala que dicha comunidad administra y distribuye los derechos de aprovechamiento consuntivos de aguas subterráneas, de carácter continuo y permanente, provenientes de cuatro pozos que les fueron otorgados, y que estos pozos servirían para cubrir los déficit de aguas que se originan en el río Lauca, en beneficio de todos los regantes del valle de Azapa.

3.3.2. Respecto al mercado relevante, señala que en la especie es preciso hacer presente que existen dos mercados relevantes de producto, a saber, uno definido como de aguas arriba y otros como de aguas abajo.

Con respecto al mercado aguas arriba, señala que correspondería a los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, obtenidos bajo cualquier título, de ejercicio permanente, sean éstos superficiales o subterráneos, aptos para la producción agrícola, minería, producción de agua potable y producción industrial, entre otros. En tanto, agrega, el mercado relevante geográfico correspondería a aquellos derechos constituidos en el valle de Azapa, provenientes del río Lauca o del acuífero de Azapa.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Con relación a los derechos de aprovechamiento consuntivos de aguas subterráneas de ejercicio permanente de los cuáles la Solicitante es titular, apunta que, según la DGA, éstos representan tan solo el 5,25% aproximadamente de los derechos totales constituidos en la zona. Por otro lado, respecto de las aguas superficiales, apunta que la Solicitante es la comunidad de riego más importante de la zona por la cantidad de recursos que administra y por el número de socios, los que a marzo de 2009 eran aproximadamente 1300. Asimismo, explica que en esta Comunidad los recursos para riego son distribuidos entre los socios dependiendo del número de acciones que cada uno posea, los cuales son directamente proporcionales a la cantidad de derechos constituidos en relación a los derechos totales. Así, en su opinión, este mercado de derechos de aprovechamiento de aguas se encuentra muy atomizado.

Hace presente, además, que la tasa de uso de cada acción corresponde a 17.487 mts/3 al año, pero que, sin embargo, de acuerdo con la información proporcionada por la Solicitante, los antecedentes históricos muestran que el reservorio nunca ha logrado embalsar el volumen necesario para satisfacer el 100% del derecho de cada beneficiario. De hecho, según explica, en un año promedio normal llega a la bocatoma de Azapa un caudal de 700 lts/seg, en circunstancias que deberían llegar 1.470 lts/seg.

Con respecto al mercado aguas abajo, señala que estaría conformado por productos agrícolas, productos mineros, servicios de agua potable, productos industriales u otros que requieran recursos hídricos consuntivos permanentes como insumo esencial de operación.

Con relación a este mercado, señala que el valle de Azapa posee condiciones privilegiadas para el desarrollo de la agricultura. Asimismo, hace presente que la totalidad de los comuneros utiliza los derechos de aprovechamiento con fines agrícolas, específicamente para la producción de hortalizas, frutales y plantas forrajeras. Sin perjuicio de lo anterior, hace presente que la superficie cultivada en la Región de Arica y Parinacota representa tan solo un 3,24% de las hectáreas cultivadas de hortalizas a nivel nacional, un 0,31% de plantas forrajeras y un 0,56% de los cultivos frutales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.3.3. Respecto a las condiciones de entrada, la Fiscalía señala que existen tres modalidades bajo las cuales se pueden obtener derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos: a) mediante la presentación de una solicitud ante la DGA, quien en caso de contar con recursos disponibles los entregará de forma gratuita; b) mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros, sea directamente o a través de remates; y c) mediante sentencia judicial.

Con relación a la primera de estas opciones, señala que en la práctica no resulta viable, dado que los derechos de aprovechamiento sobre los recursos del río Lauca se encontrarían otorgados en su totalidad. Adicionalmente, explica que tampoco existiría disponibilidad de aguas superficiales en la cuenca del río San José como para constituir nuevos derechos. Por otro lado, con relación con las aguas subterráneas, señala que la DGA declaró el acuífero del valle de Azapa como Zona de Prohibición mediante resolución de marzo de 1996, por lo que no sería factible constituir nuevos derechos de aguas subterráneas en esa zona.

Por otro lado, con respecto a la adquisición de derechos de aprovechamiento en el mercado, señala que, según le informó la Solicitante, estos derechos se han transformado en un bien transable y que se transan en sumas cercanas a cinco millones de pesos por acción. Asimismo, hace presente que para ingresar como miembro a la Comunidad de Aguas Azapa, se requeriría: a) realizar una compraventa de derechos en cualquier notaría; (ii) realizar la inscripción de los derechos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador respectivo; (iii) acercarse a las oficinas de la Comunidad en donde se solicita el cambio de nombre de los derechos; (iv) la Comunidad verifica la operación e incorpora a su registro de accionistas al nuevo adquirente; y (v) finalmente el nuevo socio comienza a cumplir con sus deberes y derechos y se incorpora su nombre al calendario de riego.

Con relación a lo anterior, si bien la FNE reconoce que la aplicación discrecional de las normas estatutarias que rigen este tipo de instituciones podría devenir en el establecimiento de barreras artificiales de entrada, señala que no ha recibido ninguna denuncia por esta conducta en el mercado relevante analizado. Asimismo, señala que el ingreso de un nuevo participante, en uno o ambos mercados analizados, no requiere de una escala de operación ni de un tiempo de ingreso tales que impidan una entrada oportuna y suficiente, y que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecimiento del pago de una patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas, desincentivaría el acaparamiento de recursos hídricos con el solo fin de especular acerca de su valor futuro o como mecanismo de imposición de barreras de entrada.

3.3.4. Finalmente, la FNE hace presente que no tiene antecedentes de hechos, actos o convenciones que restrinjan la libre competencia o tiendan a producir tal efecto en el valle de Azapa.

3.4. Dirección General de Aguas.

A fojas 633, con fecha 26 de mayo de 2009, la DGA aportó antecedentes respecto de la solicitud de autos.

En su informe, la DGA, luego de resumir lo expuesto por la Solicitante y explicar la normativa aplicable, señala que la Comunidad de Aguas Azapa es una organización de usuarios que, según sus estatutos, administra y distribuye aguas superficiales que capta del río Lauca. Sin embargo, hace presente que dicha organización apareció en el listado de derechos de agua afectos al pago de patente por no utilización, en su calidad de titular de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, que le fuera constituido por Resolución DGA N° 257 de 1 de agosto de 2006, por un caudal de 180 lts/seg. Así, según explica, para que sea procedente la solicitud de la Comunidad de Aguas Azapa, lo que en derecho corresponde es que modifique sus estatutos, reformulando el objeto de la comunidad, su área de jurisdicción, la forma como se captan y conducen las aguas, y facultándosela especialmente para administrar y distribuir aguas subterráneas.

Finalmente, hace presente que con fecha 17 de marzo de 2009, mediante Resolución DGA N° 681, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la Comunidad de Aguas Azapa en contra de la Resolución que la incluyó dentro del listado de derechos de agua afectos al pago de patente por no utilización de aguas. Según explica, este recurso de reconsideración habría sido rechazado por las siguientes razones: i) por existir una disconformidad en los nombres asignados a los pozos N° 104 y 105 y en cuanto al caudal asignado en el pozo N° 105; ii) por existir un error en la Resolución DGA N° 3600 dado que señala

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que el caudal sujeto a pagar patente por no uso corresponde a 135 lts/seg, debiendo decir 130 lts/seg; iii) por haber reconocido la Comunidad de Aguas Azapa que algunos de sus pozos no se encontraban operando, ya que estaban siendo objeto de mejoras tanto en sus equipos de impulsión, como en sus estructuras de conducción; iv) por no haber acompañado a su solicitud ningún antecedentes o acuerdo de directorio que permitiera demostrar que dicha comunidad se encontraba sometida a turno o reparto proporcional; y v) por no haber acompañado una resolución de este Tribunal que resuelva favorablemente su solicitud, en los términos formales establecidos en los incisos 4, 5 y 6 del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

4. DILIGENCIAS PROBATORIAS DICTADAS DE OFICIO POR EL TRIBUNAL.

Con fecha 15 de septiembre, mediante resolución rolante a fojas 661, el Tribunal solicitó, de oficio, informes a la DGA y al Conservador de Bienes Raíces de Arica, a fin de complementar la información aportada por la Solicitante y los intervinientes.

4.1. Dirección General de Aguas.

A fojas 712, mediante presentación de 5 de noviembre de 2009, la DGA respondió la solicitud de informe decretada de oficio por el Tribunal, acompañando un CD-ROM con un listado de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos en la Región de Arica y Parinacota, un informe del Departamento de Administración de Recursos Hídricos relativo a la delimitación de las cuencas hidrográficas y delimitación del valle de Azapa y el Memorando N° 94 dictado por la Unidad de Fiscalización de la DGA, que acompaña los antecedentes que tuvo dicho organismo para incluir a la Comunidad de Aguas Canal Azapa en el listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente.

4.2. Conservador de Bienes Raíces de Arica

A fojas 716, mediante presentación de 6 de noviembre de 2009, el Conservador de Bienes Raíces de Arica acompañó un CD-ROM con el listado de las transferencias de dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

superficiales o subterráneas de carácter consuntivos en la XV Región de Arica y Parinacota desde el año 2004 a la fecha.

II) PARTE CONSIDERATIVA.

5. TÉRMINOS Y ALCANCES DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL.

Según consta de la Solicitud de autos, la Comunidad de Aguas Azapa solicitó a este Tribunal declarar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, que la totalidad del caudal de 180 lts/seg de derechos de aprovechamiento consuntivo de ejercicio permanente de aguas subterráneas, inscritos a su nombre en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Arica, y que son administrados y distribuidos por ella, son utilizados en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

En virtud de lo anterior, y tal como lo señala la norma antes citada, este Tribunal debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, no correspondiéndole, en consecuencia, entrar a analizar consideraciones adicionales, como sería por ejemplo determinar si los estatutos de la Solicitante se ajustan o no a lo exigido por la DGA, o si la Solicitante ha ejecutado las obras de captación necesarias para el alumbramiento de las aguas subterráneas de que es titular.

6. MERCADO RELEVANTE.

6.1. Mercado Relevante de Producto.

Los derechos de agua consisten en derechos de aprovechamiento de las aguas terrestres, que son bienes nacionales de uso público y se otorga el derecho de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aprovechamiento de ellas a cualquier persona jurídica o natural, considerando los requisitos y procedimientos que se establecen en el Código de Aguas.

Tal como lo establecen los artículos 12 y siguientes del Código de Aguas, existen distintas clases de derechos de aprovechamiento de aguas: i) *consuntivos o no consuntivos*. Los derechos del primer tipo facultan a su titular para consumir totalmente el recurso hídrico en cualquier actividad, mientras que los del segundo permiten emplear el agua sin consumirla, y obligan a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o constitución del derecho; ii) *de ejercicio permanente o eventuales*. Los primeros permiten usar el recurso hídrico en la dotación que le corresponda a su propietario, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad para satisfacerlos en su integridad, mientras que los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante, después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente; y iii) *de ejercicio continuo, discontinuo o alternado*. Los primeros permiten usar el recurso hídrico en forma ininterrumpida las 24 horas del día, los segundos permiten usarlo durante periodos determinados y los terceros permiten su uso entre 2 o más personas que se turnan sucesivamente.

La Solicitante administra y distribuye todos los derechos de aprovechamiento consuntivos, de ejercicio permanente y continuo de las aguas superficiales provenientes del río Lauca, que corresponden a 1.130 lts/seg, y han sido otorgados por la DGA a favor de los usuarios del Canal Azapa mediante las Resoluciones N° 320, del 11 de Agosto de 1989 y N° 450, del 2 de Agosto de 2001. Los usuarios de estos derechos, a marzo de 2009, eran aproximadamente 1300, de cuales ninguno supera el 2,84% del total de las acciones de dicha Comunidad, tal como señala la FNE a fojas 585.

Asimismo, la Solicitante también administra y distribuye los derechos de aprovechamiento consuntivos, de aguas subterráneas, provenientes de cuatro pozos del acuífero de Azapa- también denominado del río San José-, dos de los cuales son de ejercicio permanente y continuo (95 lts/seg) y los dos restantes permanentes y alternados (85 lts/seg). Estos recursos hídricos son inyectados en el Canal Azapa para aumentar y estabilizar el caudal del río Lauca a repartir entre los comuneros, tal como se señala a fojas 377.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este Tribunal considera que, desde el punto de vista de la demanda, los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo no son sustitutos, ya que el tipo de derecho se demandará en el mercado dependiendo del uso para el cual se requiera. Tal como señala la FNE a fojas 559, los derechos consuntivos se utilizan principalmente para riego, en la minería, la industria y el consumo doméstico, mientras que los derechos no consuntivos se utilizan principalmente para la generación de energía hidroeléctrica.

Por lo tanto, dado que los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo poseen usos distintos, no serán considerados sustitutos entre sí y, dado que la Solicitante sólo posee derechos de carácter consuntivo, los derechos no consuntivos no formarán parte del mercado relevante para efectos de este informe.

En cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas, este Tribunal considera que son sustitutos dada la escasez existente en la zona de Azapa, ya que, tal como señala la FNE a fojas 561 *“en el norte de nuestro país la escasez de precipitaciones hace que las aguas subterráneas cobren gran relevancia y que la explotación de los acuíferos se utilizaría principalmente para el abastecimiento de agua potable y en los sectores industriales, principalmente mineros”*. Por su parte, en zonas donde los derechos de aguas superficiales son abundantes no necesariamente serían sustitutos, debido al alto costo que podría implicar la extracción de aguas subterráneas, que no existe en el caso de las aguas superficiales.

Por otra parte, en cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas eventuales, éstos sólo permiten el uso de los recursos hídricos después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente. Por otra parte, tanto la Solicitante como la FNE señalan que en la zona los propietarios de derechos de aprovechamiento de aguas permanentes no alcanzan a utilizar el caudal que les corresponde, dado que *“el reservorio nunca ha logrado embalsar el volumen necesario para satisfacer el 100% del derecho de cada beneficiario”*. Por ello, es dable concluir que la disponibilidad de recursos hídricos para quienes poseen derechos de aprovechamiento de aguas eventuales sería muy limitada o casi inexistente, por lo que los derechos de ejercicio eventual no serían sustitutos de los de ejercicio permanente, y dado que la Solicitante sólo posee de estos últimos, los de ejercicio eventual no serán analizados en el presente informe.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado es muy probable que sean considerados como sustitutos imperfectos por los demandantes, dadas las diferencias existentes en cuanto al tiempo permitido para utilizar los recursos hídricos. No obstante, sería posible que un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio discontinuo o alternado o continuo sean equivalentes en el tiempo total de uso del recurso hídrico permitido, y que por ello sean considerados como sustitutos por sus usuarios. Por lo anterior se estimará que los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado forman parte del mercado relevante para efectos de este informe.

Sobre la base de todo lo anterior, este Tribunal considera que el mercado relevante de producto corresponde al de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto superficiales como subterráneos, de ejercicio permanente y continuo o discontinuo o alternado.

Sin embargo, a juicio de este Tribunal y tal como lo han señalado la DGA (fojas 633) y la FNE (fojas 559), existen actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos como un insumo esencial para sus procesos productivos, tales como la agricultura y la minería, entre otras, las cuales constituyen distintos mercados de producto. En dichos mercados, un eventual acaparamiento de los recursos hídricos podría tener efectos anticompetitivos en la actividad productiva que desarrolle el propietario de los derechos de aprovechamiento de aguas, ya que podría impedir el ingreso de nuevos entrantes o excluir a un competidor. Asimismo, podría tener efectos en otros mercados, distintos de aquellos en los que compite el propietario de los derechos de aprovechamiento de aguas y que requieren el recurso hídrico como un insumo esencial, ya que podría restringir la oferta e impedir el mejor uso alternativo de estos recursos.

Sin perjuicio de lo anterior, en este caso, este Tribunal no cuenta con mayores antecedentes respecto a los mercados para los cuales los derechos de aprovechamiento de agua consuntivos son un insumo esencial. En consecuencia, para efectos de este Informe, a partir de un análisis en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas antes definido se determinará si

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

existen conductas que podrían estar afectando a los mercados que requieren de los derechos de aprovechamiento de aguas como un insumo esencial para su desarrollo,

6.2. Mercado Relevante Geográfico.

El Mercado Geográfico corresponde al de los derechos de aprovechamiento de aguas utilizados en el Valle de Azapa en la XV región de Arica y Parinacota, provenientes de la cuenca altiplánica del río Lauca a través del Canal Azapa o desde el acuífero de Azapa.

7. PARTICIPACIÓN DE MERCADO DE LA SOLICITANTE EN EL MERCADO RELEVANTE.

Tal como se desprende del Cuadro N° 1 siguiente, la Solicitante tiene una participación de un 40,5% en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, de ejercicio permanente y continuo o discontinuo o alternado, tanto superficiales como subterráneos del Valle de Azapa. Sin embargo, dicha participación corresponde a las aguas utilizadas por 1.300 miembros de la Comunidad de Azapa.

Cuadro N°1: Derechos de aprovechamiento de aguas c onsuntivos superficiales y terrestre, de ejercicio permanente, continuo o discontinuo o alternado del Valle de Azapa, por propietario.

Nombre Propietario	Caudal (Lts/seg)	%
Comunidad de Aguas Canal Azapa (Comca)	1.310	40,5%
Coop. Agrícola Profesor Juan Noe Crevani Ltda.	322	10,0%
Servicio Nacional de Obras Sanitarias (Sendos)	230	7,1%
Aguas del Altiplano s.a	209	6,5%
Comuneros Vertiente Media Luna	100	3,1%
Marko Balarín	93	2,9%
Econssa Chile s.a	61	1,9%
Otros (114)	908	28,1%
Total	3.232	100%

Fuente: Elaboración propia en base a información a fojas 698

Nota: No fue posible incorporar 0,2 acciones de derechos superficiales del acuífero de Azapa que forman parte del mercado de autos, ya que la DGA no posee información con respecto a su caudal en volumen.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las participaciones de mercado antes indicadas no constituyen indicios acerca de la existencia de problemas de competencia en el mercado relevante y, considerando que, como se ha dicho, la Comunidad de Aguas Canal Azapa tiene 1300 comuneros, más bien muestran la existencia de un mercado bastante atomizado, a continuación se analizarán las barreras a la entrada y las transferencias de dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, de ejercicio permanente y continuo o discontinuo o alternado, tanto superficial como subterránea del Valle de Azapa.

8. RESPECTO A EVENTUALES PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE.

Tal como se desprende de su informe de fojas 559, según la FNE existen tres formas de obtener derechos de aprovechamiento de aguas: i) presentando una solicitud a la DGA, quien en caso de contar con recursos hídricos disponibles los entrega en forma gratuita; ii) mediante la compra de derechos de aguas ya constituidos por terceros; y iii) por sentencia judicial. A estas tres formas informadas por la FNE, se debe agregar la que contempla el inciso primero del artículo 147 bis del Código de Aguas, en relación al artículo 148 del mismo cuerpo legal, esto es, la constitución directa del derecho de aprovechamiento por parte del Presidente de la República, mediante Decreto Supremo. Esta última modalidad es muy excepcional.

En cuanto a la primera modalidad, en la actualidad no es posible obtener derechos de aprovechamiento consuntivos de aguas superficiales o subterráneas en el Valle de Azapa a través de solicitudes a la DGA, ya que los derechos superficiales del río Lauca a través del Canal Azapa, habrían sido otorgados en su totalidad, tal como señala la FNE a fojas 566 y, con respecto a los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, la DGA declaró al acuífero del Valle Azapa como Zona de Prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, mediante resolución N° 202 de fecha 19 de marzo de 1996, tal como lo señala la DGA en su Oficio Ordinario N°562 de 2007, rolante a fojas 40.

Por otro lado, respecto a la posibilidad de adquirir derechos de aprovechamiento de aguas mediante compra a terceros, la DGA señala a fojas 684 que el mercado sería el principal mecanismo de asignación de los recursos hídricos,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

donde se permite la libre transferencia de los derechos de aguas, separados de la propiedad raíz a la que históricamente accedían. Con relación a lo anterior, la FNE señala en su informe de fojas 559 que la compra de un derecho de aprovechamiento de aguas genera un traspaso relativamente rápido del recurso. Por lo tanto, el ingreso de un nuevo entrante no requeriría de una escala de operación ni de un tiempo de ingreso que impidan una entrada oportuna y suficiente.

El cuadro N° 2 siguiente muestra las transferencias de dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales o subterráneas de carácter consuntivo en el sector de Azapa para el período 2004 a 2009, según tipo de transferencia:

Cuadro N°2: Transferencias de dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales o subterráneas de carácter consuntivo en el sector de Azapa, de ejercicio permanente y continuo o discontinuo o alternado, período 2004 a 2009.

Año	N° Transferencias entre Terceros	N° Transferencias Judiciales	N° Transferencias de la Dirección General de Aguas	N° Transferencias por Herencias	N° Total de Transferencias
2004	84	11	1	27	123
2005	173	8	27	45	253
2006	146	1	35	68	250
2007	176	6	100	49	331
2008	180	12	19	54	265
2009	140	12	18	49	219
Total	899	50	200	292	1.441

Fuente: Elaboración propia en base a información acompañada por el Conservador de Bienes Raíces de Arica a fojas 716

Del cuadro anterior se desprende que las transferencias de dominio entre terceros de los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales o subterráneas de carácter consuntivo en el sector de Azapa, han aumentado en un 67% entre los años 2004 y 2009, y que el número de transferencias que se realizan es equivalente a que aproximadamente el 10% de los comuneros realizara una transferencia de derechos de aprovechamiento de aguas anualmente.

En base a todo lo anterior, es posible concluir por este Tribunal que no existen barreras a la entrada que impidan o limiten la transferencia de derechos de

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

aprovechamiento para impedir el ingreso o excluir a un competidor en mercados que requieren de derechos de aprovechamiento de aguas como un insumo esencial.

9. CONCLUSIONES.

Según lo expuesto, el mercado relevante de autos está conformado por los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto superficiales o subterráneos, de ejercicio permanente y continuo o discontinuo o alternado, del Valle de Azapa.

Asimismo, tal como se ha explicado, si bien no existe la posibilidad de adquirir de manera originaria nuevos derechos de aprovechamiento de aguas directamente de la DGA, existe un activo mercado en donde se transan los derechos de aprovechamiento ya constituidos en este valle, tal como lo demuestra el elevado número de transferencias de dominio que se han registrado en el Conservador de Bienes Raíces de Arica, respecto a derechos constituidos en el Valle de Azapa, lo que permite presumir que no existen problemas de competencia en el mercado relevante ya definido.

Lo anterior, sumado al hecho de que la propia DGA reconoció en estrados que no existirían problemas de competencia en el área en que opera la Solicitante y, al hecho que no existen denuncias ni ante la FNE ni ante este Tribunal por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia en relación con la Solicitante, permite concluir a este Tribunal que los derechos de aprovechamiento consuntivos y de ejercicio permanente de aguas subterráneas, inscritos a nombre de la Solicitante en el Conservador de Bienes Raíces de Arica, y que son administrados y distribuidos por ella, son utilizados en un área en que no existirían hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia

III) PARTE RESOLUTIVA

Atendido el mérito de la solicitud, las consideraciones precedentes, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 18ºNº5) , y 31º del Decreto Ley N°211 y 129 bis 9, inciso quinto, del Código de Aguas,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

INFORMAR, a solicitud de la Comunidad de Aguas Canal Azapa, que la totalidad de los derechos de aprovechamiento consuntivo de ejercicio permanente sobre un caudal de 180 lts/seg de aguas subterráneas, inscritos a nombre de dicha comunidad en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Arica, y que son administrados y distribuidos por ella, son utilizados en un área en la que, a esta fecha, no se ha acreditado que existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Notifíquese; transcríbese al Sr. Director de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, en cumplimiento de lo dispuesto en el del artículo 129 bis 9, inciso 6°, del Código de Aguas y archíve se en su oportunidad.

Rol NC N° 350-09

Emitido por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres.
Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.