

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

INFORME N° 19/2020

Santiago, veintinueve de octubre dos mil veinte.

- PROCEDIMIENTO:** No contencioso.
- ROL:** NC N° 460-19.
- SOLICITANTE:** Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó - Piedra Colgada; Piedra Colgada - Desembocadura, denominada en adelante como la "Solicitante" o "CASUB".
- OBJETO:** De conformidad a lo establecido en los artículos 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas y artículos 18 y 31 del D.L. N° 211, se solicita que se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Solicitante administra y gestiona (5.744,879 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

CONTENIDO

I)	PARTE EXPOSITIVA.....	2
	A. LA SOLICITANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES.....	2
	B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE.....	2
	C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO..	5
	D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES	6
	E. AUDIENCIA PÚBLICA	10
II)	PARTE CONSIDERATIVA.....	11
	A. TÉRMINOS Y ALCANCES DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL.....	11
	B. LEGISLACIÓN APLICABLE	14
	C. MERCADO RELEVANTE.....	16
	D. EFECTOS EN LA LIBRE COMPETENCIA.....	23
III)	PARTE RESOLUTIVA	26

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

I) PARTE EXPOSITIVA

A. LA SOLICITANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

a) Solicitante

- Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó - Piedra Colgada; Piedra Colgada - Desembocadura.

b) Entidades que aportaron antecedentes y formularon observaciones

- Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas (“DGA”);
- Fiscalía Nacional Económica (“FNE”).

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE

1. A fojas 230, la Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó - Piedra Colgada; Piedra Colgada - Desembocadura (CASUB), solicita que, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del Código de Aguas, así como lo dispuesto en los artículos 18 y 31 del D.L. N° 211, se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que CASUB administra y gestiona, que ascenderían a 5.744,879 litros por segundo (“l/s”), son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia (la “Solicitud”).

1.1 Lo anterior, para efectos de poder aplicar a dichos derechos la exención del pago de patente por no uso de aguas, contemplada en el artículo 129 bis 9 incisos 4° a 6° del Código de Aguas.

1.2 En lo que respecta a los antecedentes de hecho que justifican la Solicitud, la Solicitante señala que el valle del río Copiapó tiene una longitud de 160 kilómetros, dividido en 6 sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común y que la cuenca del río Copiapó abarca las comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la región de Atacama.

1.3 La Solicitante sostiene que esta zona se destaca por tener un intenso uso para riego, siendo una fuente importante de recurso hídrico para el desarrollo económico de la cuenca.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.4 La Solicitante señala que la DGA alzó la “zona de prohibición” correspondiente a las zonas acuíferas denominada Copiapó - Piedra Colgada (“Sector 5”) y Piedra Colgada - Desembocadura (“Sector 6”) y las declaró “área de restricción” para nuevas explotaciones de aguas subterránea (Resoluciones DGA N° 750/2000 y 162/2001).

1.5 Indica que, a través de sentencia judicial dictada el 29 de abril de 2004, por el 1° Juzgado Civil de Copiapó, en el procedimiento rol N° 46.178, se declaró la constitución de CASUB.

1.6 La Solicitante añade que el objeto de la comunidad es la “gestión integrada de recursos hídricos y eficiencia hídrica”, lo que implica una explotación sustentable, conservación de ecosistemas y principalmente la gestión de recursos hídricos a nivel de cuenca del río Copiapó.

1.7 Sostiene que el número de usuarios de CASUB es de alrededor de 180, existiendo un total de 5.100 l/s otorgados con carácter definitivo, y 1.400 l/s provisoriamente.

1.8 Indica que, de acuerdo con los estatutos de la comunidad, son miembros de CASUB, los titulares originarios tanto de derechos definitivos como de derechos provisionales de aprovechamiento de aguas subterráneas, consuntivos, de ejercicio permanente y continuo en el área de restricción del acuífero Copiapó - Piedra Colgada; Piedra Colgada - Desembocadura y todas aquellas personas que a cualquier título les sucedan en sus derechos. Estos derechos ascenderían a un total de 5.744,879 l/s y se encontrarían inscritos a nombre de sus titulares en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, tal como se consigna en la tabla acompañada en el segundo otrosí de la Solicitud, que individualizada como “tabla que detalla cada una de las inscripciones de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de los integrantes actuales de CASUB” (fojas 63 y siguientes).

1.9 Aduce que en la medida que exista disponibilidad del recurso hídrico, es posible adquirir derechos de aprovechamiento de aguas. Sin embargo, ello no sería factible en los sectores Copiapó - Piedra Colgada y Piedra Colgada - Desembocadura, pues respecto de las referidas zonas rige una declaración de “área de restricción”, sin posibilidad que se otorguen derechos provisionales. Esto no sería un impedimento para la transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas ya existentes, pues las transferencias no se encuentran ni restringidas ni impedidas. Así, éstas se reflejarían en la tabla de transferencias que acompaña en el segundo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otrosí de la Solicitud, que individualiza como “*tabla que da cuenta de los cambios de titularidad (transmisiones) de los derechos de aprovechamiento de aguas parte de CASUB*” (fojas 77 y siguientes).

1.10 Lo anterior, según la Solicitante, dejaría en evidencia que no existirían hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, producto de los cambios de titularidad de los derechos y de la existencia de una plataforma de transacciones de volúmenes de aguas o de arriendo de derechos.

1.11 La Solicitante sostiene que el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas exige tres requisitos copulativos: (i) que se trate de derechos de aprovechamiento de aguas que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios; (ii) que se formule una petición por la respectiva organización de usuarios o por un titular de un derecho de aprovechamiento que forme parte de ella; y (iii) que se trate de una organización de usuarios que funcione y opere en un área donde no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

1.12 En cuanto al primer requisito, arguye que los derechos de aprovechamiento respecto de los cuales se solicita la exención del pago de la patente se encuentran administrados por CASUB.

1.13 Respecto del segundo, sostiene que la Solicitud es realizada en representación de CASUB.

1.14 En lo referente al último punto, la Solicitante indica que dicha condición es un ideal en los mercados y que se debe caracterizar principalmente por: (i) un acceso libre y público a la información, punto que se cumpliría pues la Solicitante tendría en su página de *internet* toda la información necesaria y que sería de libre acceso público; y, (ii) la existencia de varios oferentes, característica que estaría lograda al existir alrededor de 450 usuarios o titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que se encuentran bajo la jurisdicción de CASUB, quienes pueden transferir o transmitir dichos derechos.

1.15 Sostiene que, en Chile, el mercado del agua se conforma con las interacciones entre los compradores y vendedores de los derechos de aprovechamiento de aguas, gestión regulada por el Código de Aguas. Dicho cuerpo normativo consideraría al agua como un bien económico, asignación que hace su gestión más eficiente a través de los derechos de propiedad privada, precios y mercados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.16 Concluye que los cambios de titularidad contenidos en la tabla de transferencias enunciada precedentemente (párrafo 1.9) y la existencia de una plataforma de transacciones de volúmenes de agua o de derechos, evidenciarían un mercado de derechos activo, existiendo una amplia gama de opciones para poder transar derechos en el mercado de las aguas, contando con toda la información necesaria para aquello, y considerando que la referida información es de libre acceso al público, lo que demostraría la ausencia de hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

1.17 Adicionalmente, agrega que la Solicitud se enmarcaría dentro de las competencias de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 incisos 4° a 6° del Código de Aguas, que hace remisión a los artículos 17 C y 18 de la Ley N° 19.911 (actuales artículos 18 y 31 del D.L. N° 211). En particular, indica que el numeral 2 del artículo 18 del referido Decreto Ley establece como una atribución y deber del Tribunal “*conocer, a solicitud de quiénes sean parte o téngan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse [...]*”, y que CASUB precisamente tendría un interés legítimo.

1.18 La Solicitante cita como precedente el Informe N° 13/2018 de este Tribunal, emitido en el procedimiento Rol NC-436-17, que resolvió a la solicitud de la Comunidad de Aguas Mal Paso Copiapó, que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye, eran ejercidos en un área en la cual no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, hipótesis que resultaría plenamente aplicable a CASUB.

1.19 En suma, CASUB solicita que se declare que en el lugar en que se administran y distribuyen sus derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas no existen hechos, actos o convenciones que impidan restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

2. El 5 de septiembre de 2019, a fojas 249, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L N° 211, publicándose un extracto de dicho decreto en el Diario Oficial, en el Diario Chañarcillo de Copiapó y en el sitio de *internet* del Tribunal, para que quienes estén relacionados con la materia o tengan interés legítimo pudieran aportar antecedentes. En la resolución se ordenó, además, oficiar a la FNE, la DGA, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el Ministerio de Agricultura y al Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, a fin que éstos aportaran antecedentes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS
APORTANTES DE ANTECEDENTES**

3. A fojas 262, la Fiscalía Nacional Económica aportó antecedentes.

3.1 La FNE expone un análisis de la regulación aplicable a la materia, con énfasis en la facultad de la DGA para declarar “*zonas de prohibición*” y “*áreas de restricción*” para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, en el surgimiento de las comunidades de aguas subterráneas y en la figura del pago de patente por no uso de aguas.

3.2 La FNE indica que la justificación del pago de la patente por no uso de aguas encontraría su fundamento en criterios de eficiencia en la asignación de recursos, de manera que, una vez que los derechos de aprovechamiento son concedidos por el Estado, éstos se debieran transar libremente en el mercado, reasignándose a quien los valore en mayor medida.

3.3 En este mercado de transacciones de derechos, la FNE identifica tres fenómenos que podrían afectar la libre competencia: (i) que se acaparen permisos con el objetivo de bloquear, restringir o encarecer el acceso a un insumo productivo importante, en este caso, el agua. En el análisis de este riesgo, indica que es relevante tener en consideración que cada derecho viene asociado a un punto geográfico, por lo que podría producirse acaparamiento incluso sin tener una cuota significativa de permisos; (ii) que se especule con el valor de los derechos, pues podrían existir incentivos a que el titular no pretenda usar el recurso, sino que revenderlo posteriormente; y (iii) que exista un actor con poder de mercado respecto de los derechos transables.

3.4 En este contexto, señala que el pago de una patente por no uso de derechos de aguas podría cumplir, a lo menos, dos objetivos: (i) disuadir conductas que afecten el funcionamiento del mercado, como el acaparamiento de permisos y la especulación respecto de su valor; y (ii) que los titulares de los derechos internalicen los costos sociales de mantener dichos derechos, a la espera de que se ejecute un proyecto que efectivamente los utilice.

3.5 Así, la FNE indica que, atendido el primer objetivo, el valor de la patente debiera ser lo suficientemente alto para disuadir dichas conductas. En lo que respecta al segundo objetivo, señala que el valor de la patente debiera ser igual al costo de oportunidad, dado por el beneficio marginal que obtendría el potencial comprador al explotar dicho derecho. Sin embargo, también indica que sería muy

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

costoso para el regulador obtener la información necesaria para calcular la patente óptima.

3.6 En lo que respecta a las características del acuífero, la FNE señala que ante la falta de recarga natural del río Copiapó, la actual extracción habría generado un sostenido descenso del nivel del agua, impidiendo la renovación del recurso. Asimismo, indica que la cuenca del río Copiapó, al igual que el resto de los acuíferos de las regiones del norte del país, habría sufrido una disminución de sus caudales, mostrando señales claras de sobreexplotación. Por esta razón, la DGA habría declarado zona de prohibición para nuevas explotaciones de agua subterráneas a la cuenca de este río. Además, señala que respecto del Sector 5 Copiapó - Piedra Colgada y del Sector 6 Piedra Colgada - Desembocadura, la DGA habría alzado la zona de prohibición para dichos sectores y las declaró como área de restricción para nuevas extracciones de aguas subterráneas.

3.7 En lo que respecta al mercado relevante, la FNE señala que las aguas extraídas por los titulares de los derechos son utilizadas como un insumo productivo en empresas que se desempeñan en distintas industrias y rubros. Por lo tanto, distingue el mercado de las transacciones de derechos (mercado aguas arriba) y los mercados en los cuales son utilizadas las aguas como insumo (mercados conexos aguas abajo).

3.8 En lo que respecta al mercado aguas arriba, indica que el mercado relevante del producto y geográfico correspondería al mercado de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales, de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alterado, cuya localización geográfica corresponda a algún punto del Sector 5 o en el Sector 6 de la cuenca del río Copiapó. Por otra parte, los mercados conexos aguas abajo, corresponderían a las distintas industrias que utilizan de forma intensiva el agua, de forma tal que han decidido solicitar o adquirir algún derecho de aprovechamiento en dichos sectores. En ese contexto, señala que las industrias agrícola y minera deberían considerarse en el mercado aguas abajo descrito precedentemente.

3.9 En el análisis del mercado aguas arriba, la FNE observa que (i) la suma de la participación de los tres comuneros con mayor caudal de extracción en cada sector sería de un 33,33% y de un 26,3%, -respectivamente;- (ii) la suma de los cinco comuneros con mayor caudal en cada sector sería de 45,19% y 37,63%; y (iii) el índice de concentración de mercado HHI (Herfindahl-Hirschmann) para cada sector sería de 587 y 446. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 5 o Sector 6 alcanzaría un porcentaje superior al 15% del caudal asignado y que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración.

3.10 La FNE concluye que dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Solicitante podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos.

3.11 Asimismo, la FNE analiza la liquidez del mercado aguas arriba -esto es, la cantidad de transacciones de derechos que se efectúan en el mercado secundario- y, según la información recopilada en su investigación, concluye que el mercado secundario de los Sectores 5 y 6 sería poco líquido. Agrega que esta baja frecuencia de transacciones podría tener un efecto significativo en el precio de los derechos, debido a que la dificultad de encontrar un comprador (o vendedor) podría llevar a un interesado “*apurado*” a aceptar un precio significativamente menor (o mayor) al valor que podría obtener uno que cuente con más tiempo.

3.12 También señala que una alternativa que podría explicar la falta de liquidez en el mercado, es que existan muchos compradores potenciales pero que los titulares de los derechos sean quienes más los valoran, y que, por lo tanto, no sea posible realizar transacciones mutuamente beneficiosas. Indica que el hecho de que actualmente existan comuneros afectos al pago de patentes por no uso es un indicador de que no existe un mercado particularmente activo, pues, de lo contrario, se celebrarían acuerdos para mitigar dicho gravamen, como el arriendo de derechos.

3.13 La FNE señala que no es clara la relación entre el espíritu de la ley que introdujo el pago de patente por no uso de los derechos y la disposición del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas que contempla la causal para eximirse del pago de patente, que funda la Solicitud de autos. No obstante, atendido el análisis realizado, la FNE indica que no se apreciarían, en principio, hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en los Sectores 5 y 6. Asimismo, señala que no ha recibido denuncias ni se han iniciado investigaciones sobre estas materias en los referidos Sectores. Lo anterior, argumenta la FNE, podría explicarse precisamente por la existencia de la patente por no uso de las aguas.

3.14 Agrega que, uno de los objetivos del pago de patente es incentivar que las personas con proyectos poco rentables los vendan a otras con proyectos socialmente eficientes, por lo que, de no aplicarse la patente por no uso, se permitiría el desarrollo de proyectos menos atractivos o ineficientes, la especulación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de su valor y el acaparamiento por parte de los titulares de derecho, lo que podría reducir la frecuencia de las transacciones y aumentar el precio de los derechos.

3.15 Respecto a la situación de escasez que existiría en los Sectores 5 y 6, la FNE considera que la exención del pago de patente por no uso no sería una solución efectiva ante dicho problema. Además, la Solicitante, sus miembros y la DGA contarían con otras herramientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas y/o para recargar artificialmente el acuífero.

3.16 Finalmente, la FNE considera riesgoso para la libre competencia que se acoja la Solicitud, atendida la baja capacidad de fiscalización de la DGA y la improbabilidad de que se someta a conocimiento del Tribunal la revisión de la exención del pago de patente, en caso que, en el futuro, cambien las circunstancias en los Sectores. En este sentido, considera que si el Tribunal decidiese acoger la Solicitud sería razonable que se fije un plazo para la vigencia de la exención del pago de la patente.

4. A fojas 380, la DGA aportó antecedentes y solicitó el rechazo de la Solicitud en todas sus partes. Detalla que mediante la Resolución Exenta N° 3565, de 28 de diciembre de 2018, se fijó el listado de derechos de aprovechamiento de aguas sujetos al pago de patente por no uso, dentro de los cuales se encontraban los derechos administrados por la Solicitante. Agrega que dicha resolución habría sido dictada conforme a derecho y, por lo tanto, gozaría de presunción de legalidad, por lo que no existe justificación que limite sus efectos.

4.1 De acuerdo a la DGA, los miembros de la Solicitante no cuentan con obras para hacer efectiva la extracción de las aguas, lo que justificaría el pago de la patente por no uso que establece el Código de Aguas. En efecto, señala que la ley no exigiría una utilización efectiva, pero sí contar con las obras necesarias para dicho fin. Así, concluye que el cobro de la patente por no uso constituiría una sanción que grava la porción no utilizada de los derechos y no a sus titulares. En esta línea, la DGA indica que la Excma. Corte Suprema habría resuelto que: *“aparece como lógico y obvio que la ley estime que quien solicita un derecho de aprovechamiento lo hace con la finalidad de ejercerlo efectivamente, ya que una interpretación inversa podría fomentar el uso especulativo de esta clase de derechos, que es justamente lo que el legislador ha querido evitar”* (Excma. Corte Suprema, sentencia de 24 de enero de 2012, Rol N° 6158-2009, cons. 14°; en aporte de antecedentes de la DGA, foja 383 vta). Por tanto, en opinión de la DGA, no se justificaría aprobar la exención.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.2 A esto se agrega que, de acuerdo a la DGA, la Solicitante no cumpliría con los requisitos regulados en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, ya que, al tratarse de derechos sobre aguas subterráneas, la Solicitante no sería una organización que administra y distribuye las aguas, pues no contaría con (i) un sistema único de administración y distribución; (ii) un sistema de control de extracciones que le permita distribuir las aguas a toda la organización; (iii) un reparto proporcional de los derechos; y (iv) sistemas de extracción propios, sino que pertenecen a cada miembro de manera individual.

4.3 Además, indica que, en el área donde se ejercen los derechos de aprovechamiento, sí existirían hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, por cuanto: (i) del mero hecho de existir transferencias de derechos no es posible derivar, como lo pretende la Solicitante, la inexistencia de actos anticompetitivos; (ii) no se pueden constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en el sector, por haber sido declarado como “*área de restricción*”; y (iii) existen incentivos al uso especulativo de este recurso, dado su elevadísimo valor y el hecho que no pueden otorgarse nuevos derechos de aprovechamiento por estar cerrado el acuífero.

5. A fojas 392, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, respondió al oficio ordenado a fojas 253, indicando que dicha cartera de Estado, no tiene competencias respecto de esta materia entregadas por el D.L. N° 211 u otra norma, ni se encuentra facultada para intervenir en la constitución de la Solicitante, o para fiscalizar el cumplimiento de las normas que se le son aplicables a CASUB.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

6. A fojas 493, consta la citación a audiencia pública para el 16 de septiembre de 2020. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 27 de agosto de 2020, según consta a fojas 494.

6.1. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Solicitante, de la DGA y de la FNE, según consta en la certificación que rola a fojas 516.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

II) PARTE CONSIDERATIVA

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

1. La Solicitante pide a este Tribunal que declare que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que CASUB administra y gestiona (5.744,879 l/s, de acuerdo a la Solicitud) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, con el objeto de acogerse a la exención del pago de la patente por no uso de las aguas a que se refiere precisamente dicha norma.
2. En este contexto, en los informes N° 7/2009 y 13/2018 –emitidos en virtud de la referida disposición– el Tribunal realizó un análisis de competencia que se centró fundamentalmente en determinar si, en dicho momento, existían o no hechos, actos o convenciones que pudieran impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante o en sus mercados conexos aguas abajo (Informe N° 7/2009, página 19, e Informe N° 13/2018, párrafo 64).
3. Por otra parte, en los últimos informes emitidos en virtud del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, esto es, los informes N° 15/2020, 16/2020 y 17/2020, el Tribunal estimó que el análisis que hasta ese entonces se había realizado sobre las condiciones de competencia presentadas en los mercados afectados había sido fundamentalmente estático. En razón de lo anterior, en los citados informes, se señaló que el análisis debía ser necesariamente prospectivo, esto es, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que se pudieran presentar *a futuro* en los mercados que incidiría la eventual exención del pago de la patente por no uso.
4. Sin embargo, en el presente informe, se ha concluido que la normativa actualmente vigente impide aplicar un análisis prospectivo en estos casos, por las razones que a continuación se exponen.
5. En primer lugar, el procedimiento no contencioso sustanciado en autos tiene su origen en la llamada “potestad informativa” de este Tribunal, conferida por el artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211 en relación con el artículo 129 bis 9° del Código de Aguas. En consecuencia, la presente decisión reviste la naturaleza de un informe, que ha sido especialmente encomendado por el legislador, y cuyo alcance, como se verá, se encuentra acotado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. En segundo lugar, el Código de Aguas ha establecido de forma clara cuál debe ser el objeto y contenido del informe que la ley ha encomendado al Tribunal. En dicho contexto, para que la Solicitud sea procedente, el inciso 5° del artículo 129 bis 9 del mencionado código dispone que “*será necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [...] declare que en el área señalada en el inciso anterior, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia*”. Así, del tenor de dicho mandato legal se desprende que el Tribunal debe realizar un análisis de competencia sobre los hechos, actos o convenciones que efectivamente existan o se hayan materializado, limitando cualquier posibilidad de fundamentar dicho análisis en hechos meramente potenciales, futuros o eventuales, propios de un análisis prospectivo.

7. Finalmente, en tercer lugar, de una interpretación armónica con otros cuerpos normativos que entregan competencia para realizar un escrutinio de hechos, actos o convenciones, esta especial reglamentación dispuesta por el Código de Aguas limita el ámbito de actuación del Tribunal en comparación con otros procedimientos y disposiciones que, por el contrario, permiten conocer y ponderar situaciones o hechos futuros. A modo ilustrativo, el artículo 18 número 2 del D.L. N° 211, que regula la llamada “*potestad consultiva*”, otorga al Tribunal la facultad de conocer y pronunciarse expresamente sobre “*hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse*”. En efecto, en aplicación de dicha norma, en el marco de un procedimiento no contencioso, el Tribunal puede analizar riesgos y hechos futuros, siempre y cuando estos sean lo suficientemente específicos y determinados (V.gr. Resolución N° 59/2019, cons. 51°). Por otra parte, el inciso 1° del artículo 3 del Decreto Ley permite al Tribunal sancionar a quien “*ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos [...]*” (énfasis agregado). Dicha expresión implica, como se ha resuelto en numerosas oportunidades, que se pueden sancionar hechos, actos o convenciones que no hayan producido efectos contra la libre competencia, pero que tienen la potencialidad de hacerlo (Sentencia N° 172/2020 cons. 20°, 21° y 24°; y sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 8 de abril de 2020, rol N° 9361-2019, cons. 7°).

8. Adicionalmente, las razones antedichas también llevan a concluir que no corresponde analizar consideraciones adicionales a la mencionada Solicitud, como son la determinación de si la Solicitante es una organización que administra o distribuye aguas subterráneas, si sus estatutos se ajustan a lo exigido por el Código de Aguas, si la DGA impuso correctamente el pago de la patente por no uso o, como sugiere la FNE (foja 294), si es procedente fijar un plazo para la vigencia de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

exención al pago de la patente, entre otras. Todos estos asuntos corresponden a materias que no son de competencia de este Tribunal. Lo anterior, ha sido declarado de forma expresa en informes sobre la misma materia (Informes N° 7/2009, p.10; 13/2018, párrafo 26; 15/2020, párrafo 28 y 65; 16/2020, párrafo 28 y 64; y 17/2020, párrafo 28 y 66).

9. Con todo, frente a los cuestionamientos formulados por la DGA en su aporte de antecedentes de fojas 380, consistentes en que CASUB no estaría “*administrando y distribuyendo*” las aguas propias de su sector hidrogeológico (DGA, 383 vta. y 384), la Solicitante acompañó documentos que dan cuenta de lo contrario (rolantes a fojas 484) y que emanan precisamente de la DGA, el órgano competente en la materia, suscritos en marzo y abril de 2020, esto es, posterior al referido aporte de antecedentes de fojas 380, presentado en enero del mismo año.

10. A modo de ejemplo, el Memo N° 52, suscrito por el Jefe (S) del Departamento de Organizaciones de Usuarios de la propia DGA, de 11 de marzo de 2020, reconoce que “*en materia de administración y distribución de aguas subterráneas [...] [CASUB es] la comunidad pionera en Chile respecto a la medición y control de extracciones, que incluye la instalación y desarrollo de un software propio de telemetría [...]*” (página 2). Por otra parte, el Memo N° 60, de 3 de abril de 2020, suscrito por el Jefe de dicho Departamento, enfatiza que “*bajo el marco jurídico actual y atendida la naturaleza de una comunidad de aguas subterráneas, resulta imprescindible interpretar armónicamente estas funciones y atribuciones, como expresión de administración y distribución de las aguas, ya que en la práctica se está controlando, regulando y limitando lo que cada comunero puede captar en su obra, en función de la disponibilidad hídrica del acuífero y sus derechos de aprovechamiento*” (página 2). A continuación, describe y enuncia una serie de actividades que CASUB realiza y ha realizado, que explícitamente cataloga como actividades de “*administración y distribución*” (V.gr. implementación y/o ejecución de proyectos de un sistema piloto de banco de aguas, de eficiencia hídrica para los agricultores, de mejoramiento tecnológico en gestión hídrica y de transferencia tecnológica sobre recarga de acuífero, entre otros. Véase páginas 4 y 5).

11. Finalmente, lo señalado en el párrafo anterior, debe considerarse sin perjuicio de las facultades de la DGA de “*policía y vigilancia*” de las aguas, así como de supervigilancia del funcionamiento de las organizaciones de usuarios (artículo 299 del Código de Aguas, letras c) y e), respectivamente).

12. Establecido el ámbito de competencia del Tribunal, el análisis del presente informe se estructura en el siguiente orden: (i) en primer lugar, se describe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

someramente la legislación aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas; (ii) luego, se analizan la estructura y condiciones del mercado de los derechos de agua, incluyendo su distribución y condiciones de entrada, y se realiza una breve mención a los mercados conexos, es decir, aquellos que utilizan derechos de agua en sus procesos productivos; y (iii) por último, se evalúa si en el área en que se encuentran los derechos de aprovechamiento de aguas objeto de la Solicitud, a la fecha, existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el mercado relevante o en sus mercados conexos.

B. LEGISLACIÓN APLICABLE

13. La regulación de las aguas y sus derechos de aprovechamiento se encuentra contenida principalmente en el Código de Aguas. En específico, esta legislación califica a las aguas subterráneas, objeto de la Solicitud, como aquellas que, a diferencia de las aguas superficiales, *“están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”* (artículo 2° del Código de Aguas). A su vez, de acuerdo con el artículo 5° del mismo cuerpo normativo, *“[l]as aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código”*.

14. Por su parte, los derechos de aprovechamiento son derechos reales sobre las aguas que permiten su uso y goce, cumpliendo los requisitos que establece el mismo Código. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican de la siguiente forma:

- a) *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;
- b) *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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- c) *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.
- d) *definitivos o provisionales*: los derechos de aprovechamiento también son clasificados como definitivos o provisionales atendida la forma en que son otorgados, limitados o dejados sin efecto. En efecto, en aquellas zonas declaradas como áreas de restricción, la DGA puede otorgar derechos de aprovechamiento en carácter “provisional”, los que puede limitar prudencialmente e incluso dejar sin efecto, en caso de constatar perjuicios a derechos ya constituidos. Asimismo, los derechos provisionales pueden transformarse en derechos definitivos una vez transcurridos cinco años de ejercicio efectivo, siempre que no se haya ocasionado daños a los derechos ya constituidos.

15. En el caso de autos, los derechos de aprovechamiento de aguas cuya titularidad pertenece a los miembros de CASUB, recaen sobre aguas subterráneas y son de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, existiendo algunos provisionales y otros definitivos (FNE, a fojas 265; y Solicitante, a fojas 235 y 236).

16. Por otra parte, la obligación de pagar una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos de ejercicio permanente, como aquellos que son objeto de este informe, se encuentra regulada en el Título XI del Código de Aguas, en particular en el artículo 129 bis 5. Esta norma establece que debe pagarse una patente anual a beneficio fiscal cuando los titulares no han construido obras de captación de aguas que den cuenta de su uso. El inciso segundo del citado artículo establece las reglas conforme a las cuales se aplica y calcula dicha patente.

17. Finalmente, en el artículo 129 bis 9 del citado código se establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener esta exención es necesario que este Tribunal declare que los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la organización de usuarios sean ejercidos en un área con dichas características.

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

C. MERCADO RELEVANTE

C.1. Mercado relevante del producto.

18. Corresponde ahora delimitar el mercado relevante del producto objeto de este informe. En un primer nivel de análisis, como se anticipó, los derechos de aprovechamiento de aguas pueden ser adquiridos, básicamente, de dos formas: i) mediante el otorgamiento de los mismos que hace la DGA; y ii) en el mercado secundario, mediante la venta o cesión de dichos derechos por sus titulares. En lo que interesa a este informe, el análisis se centrará principalmente en el mercado secundario de los derechos de aprovechamiento de aguas. Ello por cuanto se trata de una zona declarada por la DGA como área de restricción, en la cual solo es posible otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas provisionales, según da cuenta el Decreto de la DGA N° 162, del 2001, que rola a fojas 1. Para estos efectos, se analizará la sustitución entre los distintos tipos de derechos de aprovechamiento de aguas que existen en la zona, utilizando los mismos criterios definidos en los informes N° 7/2009, 13/2018, 15/2020, 16/2020 y 17/2020.

19. En primer lugar, cabe señalar que, desde el punto de vista de la demanda, los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo no son sustitutos por la naturaleza misma de ellos (los consuntivos permiten el consumo de las aguas, mientras que los no consuntivos permiten su uso y obligan a su restitución posterior). Dentro de los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo, éstos tienen usos variados, aunque principalmente se utilizan para riego, minería y consumo doméstico. En particular, en el caso de CASUB, los comuneros destinan sus caudales principalmente a la agricultura, minería y la industria de servicios sanitarios (FNE, foja 278). Por su parte, los derechos no consuntivos, tal como lo señala la FNE a fojas 283, se utilizan principalmente para la generación eléctrica y como ésta no es una actividad económica a la que los comuneros de CASUB destinen sus caudales, dichos derechos no formarán parte del mercado relevante determinado para efectos de este informe.

20. En segundo lugar, tal como fue establecido en los informes N° 7/2009, 13/2018, 15/2020, 16/2020 y 17/2020, los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos superficiales y subterráneas se consideran sustitutos, dada la escasez existente en la zona de Copiapó. Lo anterior se debe a que en situaciones de escasez el precio relativo del agua aumenta, con lo cual la diferencia en el costo de explotación entre las aguas superficiales y subterráneas se vuelve menos importante en relación al valor del insumo. La escasez de agua en Copiapó fue informada en este proceso tanto por la FNE (foja 293) como por la DGA (foja 386).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por tal motivo, al igual que en los informes N° 13/2018, 15/2020, 16/2020 y 17/2020 recaídos sobre la misma cuenca hidrográfica, se considerará que los derechos de aprovechamiento consuntivos de aguas superficiales y subterráneas pertenecen al mismo mercado relevante.

21. En tercer lugar, los derechos de aprovechamiento de aguas eventuales sólo permiten el uso de los recursos hídricos después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente. Atendidas las características del área en análisis, el caudal asociado a los derechos y la disponibilidad de agua, es posible concluir que la posibilidad de ejercerlos para quienes poseen derechos de aprovechamiento de aguas eventuales es muy limitada o casi inexistente. Así, estos derechos no pueden ser considerados sustitutos de aquellos de ejercicio permanente y, por tanto, no se considerarán parte del mercado relevante.

22. En cuarto lugar, si bien la DGA había declarado la cuenca del río Copiapó como zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, posteriormente alzó dicha declaración respecto de varios sectores hidrogeológicos, entre ellos, los Sectores 5 y 6, objeto de este informe, los que adquirieron la calidad de “área de restricción” (FNE, foja 276; y Solicitud, foja 234). Esta última calificación permite a la DGA otorgar en dichas zonas derechos de aprovechamiento de carácter provisional (artículo 66 del Código de Aguas) los que pueden ser limitados prudencialmente o incluso dejados sin efecto por la DGA, en caso de constatarse perjuicios a derechos ya constituidos, pero también pueden transformarse en derechos definitivos una vez transcurridos cinco años de ejercicio efectivo, siempre que no se haya ocasionado daños a los derechos ya constituidos (artículos 66 y 67 del Código de Aguas). Atendido lo anterior, es razonable sostener que existe cierto grado de sustitución entre los derechos definitivos y los provisionales.

23. Finalmente, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado pueden ser considerados sustitutos imperfectos entre sí, debido a las diferencias existentes en cuanto al tiempo permitido para utilizar los recursos hídricos. No obstante, es posible que un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio discontinuo o alternado sea equivalente a un derecho continuo y que, por ello, sean considerados sustitutos por sus usuarios. Por lo anterior, para efectos de este informe, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado se considerarán parte del mismo mercado relevante.

24. Sobre la base de todo lo anterior, el mercado relevante del producto corresponde al de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

superficiales como subterráneos, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alternado, provisionales o definitivos.

C.2. Mercado relevante geográfico.

25. En cuanto al ámbito geográfico, debe definirse si este corresponde a toda la cuenca del Río Copiapó o únicamente a los Sectores hidrogeológicos 5 y 6 de dicho acuífero, denominados “*Copiapó - Piedra Colgada*” y “*Piedra Colgada - Desembocadura*”, respectivamente.

26. Para estos efectos, se debe considerar que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas se ejercen en un punto específico ubicado dentro de un sector hidrogeológico determinado. Dicho punto debe ser definido por el solicitante al momento de presentar la respectiva solicitud de derechos a la DGA. Asimismo, de acuerdo al artículo 42 del Decreto Supremo N° 203, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas (publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2014), es posible que la DGA autorice el cambio de punto de captación en un mismo sector hidrogeológico de aprovechamiento común.

27. En razón de lo expuesto precedentemente, el mercado relevante geográfico será definido en términos restrictivos, y siguiendo lo propuesto por la FNE a fojas 284, se definirán dos mercados geográficos diferentes, a saber, el Sector 5, “*Copiapó - Piedra Colgada*” y el Sector 6, “*Piedra Colgada - Desembocadura*”.

C.3 Distribución de los derechos en el mercado relevante.

28. Considerando la definición de mercado relevante antes mencionada, tanto en su dimensión del producto como geográfica, y los antecedentes aportados por la FNE (fojas 262 y siguientes), a continuación, en las Tablas 1 y 2, se realiza una breve caracterización de la distribución de los derechos de aprovechamiento de aguas de los Sectores 5 y 6 del acuífero Copiapó:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla 1 – Distribución de los derechos de aguas en el Sector 5 de la cuenca del río Copiapó.

Titular	Tipo de derecho	Caudal (l/s)	Participación
Agrícola Uni Agri Ovalle Spa	Subterráneo	606	14,9%
Sociedad Agrícola Atacama S.A.	Superficial	400	9,8%
ECONSSA Chile S.A.	Subterráneo	350	8,6%
Vasangel S.A.	Subterráneo	244,4	6,0%
Sociedad Agrícola Valle Dorado S.A.	Subterráneo	238	5,9%
Compañía Minera del Pacífico S.A.	Subterráneo	225,84	5,6%
Anglo American Norte S.A.	Subterráneo	200	4,9%
Compañía Contractual Minera Candelaria	Subterráneo	164,86	4,1%
Agrícola Buenaventura Ltda.	Subterráneo	151	3,7%
Otros (102 titulares)	-	1485,53	36,5%
Total		4065,63	100%

Índice de concentración derechos de aguas	Índice HHI	588
---	------------	-----

Fuente: elaboración propia en base a información acompañada por la FNE (foja 262).

Tabla 2 – Distribución de los derechos de aguas en el Sector 6 de la cuenca del río Copiapó.

Titular	Tipo de derecho	Caudal (l/s)	Participación
Nelson Pinto Piñones	Superficial	250,00	10,5%
Gonzalo Alfonso Moreno Prohens	Subterráneo	202,09	8,5%
Sociedad Agrícola V y C Ltda.	Subterráneo	174,37	7,3%
Sergio Ruiz-Tagle Humeres	Subterráneo	140,00	5,9%
Sociedad Agrícola Oasis Ltda.	Subterráneo	130,00	5,5%
Sociedad Agroindustrial Los Mamoros Ltda.	Subterráneo	122,50	5,1%
Eliseo Alfredo Grossi Guaita	Subterráneo	105,00	4,4%
Delcy Piazzoli Cabrera	Subterráneo	100,00	4,2%
Jaime Atilano Moreno Prohens	Subterráneo	95,00	4,0%
Compañía Contractual Minera Candelaria	Subterráneo	92,99	3,9%
Sociedad Punta del Cobre S.A.	Subterráneo	80,00	3,4%
Otros (135 titulares)	-	890,22	37,4%
Total		2382,17	100%

Índice de concentración derechos de aguas	Índice HHI	449
---	------------	-----

Fuente: elaboración propia en base a información acompañada por la FNE (foja 262).

29. En las tablas 1 y 2 se observa que la propiedad sobre los derechos de aguas en los Sectores 5 y 6 se encuentra relativamente dispersa, ya que ningún titular superaría el 15% de participación y el índice HHI en dichos sectores sería de 588 y 449 unidades, respectivamente, niveles de concentración de mercado que podrían ser calificados como poco concentrados de acuerdo con los criterios utilizados por la FNE (foja 288).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

30. A este respecto, es pertinente tener presente que dichas tablas y su análisis se basan solo en la concentración de derechos de aprovechamiento de aguas y no en el uso efectivo que se haga de ellos, como idealmente correspondería, pues no existe en autos información acerca de tal uso.

31. De todas formas, el uso efectivo de los derechos de aprovechamiento se ve fuertemente influido por el estado actual de los pozos u obras para la extracción de las aguas sobre los que estos derechos recaen. La Tabla 3, que se inserta a continuación, muestra la situación de los pozos de los Sectores 5 y 6.

Tabla 3 – Estado de los pozos CASUB

Estado del pozo	N° pozos Sector 5	Caudal pozos Sector 5	N° pozos Sector 6	Caudal pozos Sector 6	N° pozos totales	Caudal total pozos
Operativo/Agua	21	1569	17	1095	38	2663
Operativo/Seco	2	130	0	0	2	130
Desguazado/Agua	7	327	4	174	11	501
Desguazado/Seco	14	871	4	307	18	1177
Pozos sellados	4	223	1	80	5	303
Total	48	3119	26	1655	74	4774

Fuente: elaboración propia en base a información aportada por CASUB a la FNE (foja 278). Caudales reportados en la tabla en l/s.

32. Como se puede apreciar en la Tabla 3, habrían 38 pozos operativos con agua, de un total de 74 y, por lo tanto, a lo menos 36 pozos no operativos. De estos últimos, cerca del 80% se encontrarían “desguazados” debido a daños sufridos producto de aluviones, inundaciones y desborde de ríos ocurridos en los años 2015 y 2017 (FNE, foja 279). Sin embargo, a juicio de la DGA no existiría impedimento legal o fáctico para que estos pozos puedan ser reparados o habilitados para su efectivo funcionamiento, esto es, para que de ellos pueda extraerse y conducirse agua para su uso (DGA, 382 vta. y 383). Ahora bien, al contrastar información de la DGA y de la Solicitante, la FNE indica que también habría pozos no operativos que no se encontrarían afectados al pago de patente (FNE, foja 281).

33. Con todo, los niveles de concentración descritos precedentemente constituyen un primer indicio de que, desde un punto de vista estructural, no existen agentes económicos que gocen de una posición dominante. Sin perjuicio de ello, a fin de determinar si existen fuentes de presión competitiva, a continuación, se realizará un análisis de las condiciones de entrada al mercado relevante objeto del informe.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.4 Condiciones de entrada

34. Como se anticipó en el párrafo 18, existen básicamente dos mecanismos para la obtención de los derechos de aprovechamiento. El primero de ellos es a través de la presentación de una solicitud a la DGA, la que los entrega en forma gratuita y provisional en caso de haber recursos hídricos disponibles toda vez que se trata de un área de restricción, como se explica a continuación. El segundo, es mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros en el denominado mercado secundario. Finalmente, también es posible obtener derechos por resolución judicial. A estas tres formas se debe agregar la constitución directa del derecho de aprovechamiento por parte del Presidente de la República, mediante Decreto Supremo (artículo 148 del Código de Aguas), modalidad que es, sin embargo, muy excepcional por lo que no se considerará en el presente análisis.

35. En la actualidad, los Sectores 5 y 6 fueron declarados como áreas de restricción, por lo que la DGA se encuentra facultada para otorgar derechos de aprovechamiento de carácter provisional (párrafo 22, *supra*). Como estos derechos presentan cierto grado de sustitución con aquellos de carácter definitivo, el mercado goza de mayor flexibilidad respecto de aquellos sectores hidrogeológicos declarados como zonas de prohibición en los que no se pueden autorizar nuevas explotaciones, como fue el caso, por ejemplo, de los sectores analizados en los informes N° 15/2020, 16/2020 y 17/2020.

36. En cuanto al mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, de acuerdo con el artículo 66 del Código de Aguas, la declaración de un área como área de restricción no restringe la transferencia de los derechos ya existentes. Por esto, en principio, se podrían adquirir derechos de aprovechamiento de aguas por medio de su compra a terceros, lo que dependerá, naturalmente, de la disponibilidad de derechos en el mercado secundario.

37. En este orden de ideas, la Solicitante indica que en los Sectores 5 y 6 efectivamente han ocurrido cambios de titulares por vía de transferencias, destacando la existencia de una plataforma de transacciones de volúmenes de agua o de arriendo de derechos denominada "*bolsa electrónica*" que evidenciaría, a su juicio, un mercado de derechos activo (fojas 237 y 241). Esta bolsa se encuentra en aplicación aproximadamente desde el año 2012 según indicó el abogado de la Solicitante en su intervención en la audiencia pública de este procedimiento.

38. Sin embargo, la FNE indica que en el Sector 5 "*el caudal transado cada año es bajo, salvo para el año 2019. Con respecto al promedio de transferencias y*

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

caudal total, este es de 6,5 transacciones y 90,7 l/s al año, pero, al no considerar las transferencias que ocurrieron en el año 2019, el promedio disminuye a 6,3 y 41,7 l/s al año. Por lo tanto, debido a la baja cantidad de caudal transado, es posible constatar que actualmente existe un mercado poco líquido en el Sector 5” (foja 291). Respecto del Sector 6, la FNE agrega que “el caudal transado cada año es bajo, salvo para el año 2014 [...], respecto al promedio de transferencias y caudal total, este es de 8,1 transacciones y 64,9 l/s al año. Por lo tanto, debido a la baja cantidad de caudal transado es posible constatar que actualmente existe un mercado poco líquido” (foja 291). Además, como señala la FNE a fojas 291, el bajo número de transacciones durante los últimos años, que, por cierto, refleja un mercado secundario poco líquido, podría haber tenido un efecto significativo en los precios de los derechos.

39. Una posible explicación para la falta de dinamismo y profundidad del mercado secundario de derechos podría ser la sequía que afecta la zona. En efecto, la sequía genera un problema de oferta y, en un mercado que opera libremente, los precios de los recursos escasos tienden a aumentar. Esto debiera quedar reflejado en el precio de transacción del bien en el mercado secundario o, en el extremo, las transacciones de dichos bienes debieran disminuir. Otras posibles explicaciones que pueden justificar la falta de profundidad de dicho mercado son, por un lado, el hecho de que existan derechos de aprovechamiento gravados con una patente (FNE, foja 282) o, por otra parte, que *“existan muchos compradores potenciales, pero que los titulares de derecho sean los que más los valoran, y que, por tanto, no sea posible realizar más transacciones mutuamente beneficiosas”* (FNE, foja 291).

40. Con todo, los antecedentes aportados a este procedimiento permiten concluir que efectivamente existe un mercado secundario de transferencias de derechos de aprovechamiento. Sin embargo, dichos antecedentes no son suficientes para identificar cuáles son las causas que impedirían una mayor cantidad o frecuencia de transacciones en los Sectores 5 y 6, o su incidencia causal, esto es, la proporción en que cada una de ellas contribuye a la falta de dinamismo del mercado secundario, ni tampoco determinar cuál es la causa dominante que permite explicarlo.

C.5 Mercados conexos.

41. Tal como se ha considerado en informes anteriores, el análisis que este Tribunal realiza no solamente debe considerar el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino también aquellos que utilizan este insumo dentro de sus procesos productivos, los que se denominan mercados conexos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

42. Para estos efectos, la FNE acompaña un cuadro, que se replica a continuación, el que describe las actividades productivas relevantes que desempeñan los comuneros de CASUB en los Sectores 5 y 6, y que necesitan de acceso al agua para su funcionamiento. En particular, como se puede observar, en ambos Sectores, las principales actividades productivas que utilizan derechos de agua consuntivos como insumo son la agricultura, minería y servicios sanitarios.

Tabla 4 – Actividades económicas de los comuneros de CASUB

Actividad	Sector 5 (l/s)	Sector 6 (l/s)	Sector 5 (%)	Sector 6 (%)	Total (l/s)	Total %
Agrícola	2439	1842	67%	89%	4281	75%
Minero	518	173	14%	8%	691	12%
Sanitaria	458	0	12%	0%	458	8%
Industrial	165	51	4%	2%	216	4%
Otro	88	6	2%	0%	94	2%
Total	3668	2072	100%	100%	5740	100%

Fuente: elaboración propia en base a la información aportada por la FNE a foja 278.

43. En relación con estos mercados, la FNE señala que *“dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente algún miembro de la Comunidad podría impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos. Ello es especialmente cierto si se considera que, a diferencia de la definición del mercado relevante aguas arriba circunscrito a los Sectores 5 y 6, los mercados conexos aguas abajo corresponderían a mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un sector determinado de la cuenca no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos”* (FNE, fojas 288 y 289).

44. Como se puede apreciar, la FNE tampoco identifica que en los mercados conexos existan, a la fecha, hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Asimismo, dada la concentración y estructura del mercado aguas arriba, tampoco es probable que se estén materializando. Adicionalmente, no existen otros antecedentes en el proceso que permitan a este Tribunal razonablemente inferir la existencia de efectos contrarios a la libre competencia en dichos mercados.

D. EFECTOS EN LA LIBRE COMPETENCIA

45. Como se señaló, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas, para que una organización de usuarios de aprovechamiento de aguas obtenga una exención del pago de la patente por el no uso de los mismos, este Tribunal debe declarar que no existen hechos, actos o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia (párrafos 2 a 7, *supra*).

46. En particular, corresponde determinar si alguno de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas de los Sectores 5 ó 6 tiene posición dominante en el mercado de los derechos de aprovechamiento transables, si alguno de estos titulares está acaparando derechos, o bien, si está especulando con el valor de los mismos; fenómenos identificados precisamente por la FNE como situaciones objeto de revisión (fojas 271-272).

47. En lo que respecta al análisis de posición dominante, como se anticipó (párrafo 33, *supra*), la forma y proporción en que se encuentran concentrados los derechos de aprovechamiento darían cuenta, en principio, de un mercado en que no existen titulares que gocen de posición dominante en el mismo, por lo que dichos agentes económicos no contarían con la capacidad requerida para afectar la competencia mediante el acaparamiento de derechos o especulación con el valor de los mismos.

48. En lo que respecta a las conductas de acaparamiento de derechos y especulación respecto a su valor, tampoco existen antecedentes, denuncias, condenas ni indicios de que estas prácticas estén ocurriendo en el mercado relevante referido a los Sectores hidrogeológicos 5 y 6 (FNE, foja 292). En efecto, como se señaló en la Tabla 3, si bien existen pozos no operativos, lo más probable es que esto se explique por que la mayoría se encontrarían “*desguazados*” a causa de los daños ocasionados por los aluviones, inundaciones y desbordes de ríos ocurridos entre el 2015 y 2017 (FNE, foja 279), en lugar de atribuirlo, necesariamente, a problemas de especulación o acaparamiento de derechos. Lo anterior es concordante con la concentración de mercado analizada para estos sectores hidrogeológicos pues, atendida su estructura, es poco probable que se materialicen conductas de este tipo.

49. En este contexto, el pago de la patente por no uso cumple, a lo menos, dos objetivos. El primero, disuadir la materialización de las conductas antedichas, y el segundo, imponer un gravamen a los agentes económicos que decidan mantener los referidos derechos sin usarlos, de manera que internalicen el costo social generado al bloquear otras actividades de menor valor económico (FNE, fojas 272-273). Así, la existencia de la patente produce en sí misma un aumento de la oferta (al menos en el margen), porque el tenedor de los derechos incorporaría parte del costo de oportunidad de mantener un derecho sin usar, lo que incentiva la venta de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una parte ellos cuando no son utilizados por sus titulares (Informes N° 15/2020 párrafo 61; 16/2020, párrafo 60 y 17/2020, párrafo 62).

50. En otras palabras, eximir este pago, entonces, no significa *per se* que existirán hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en dichos sectores, aunque puede aumentar el riesgo de que los agentes económicos intenten acaparar los derechos o especulen con su valor. Sin embargo, tratándose de una mera probabilidad o riesgo, su ponderación escapa del análisis que el legislador permite realizar a este Tribunal en virtud del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas (párrafos 2 a 7, *supra*).

51. En otro orden de ideas, el problema de la escasez o sobreexplotación de agua en la cuenca no puede ser solucionado mediante el pago de la antedicha patente. Por lo mismo, evitar la sobreexplotación del agua no es un objetivo que pueda asociarse directamente al pago de la patente por no uso, a pesar de que se trate de un recurso escaso. Tal como la FNE reconoce *“la patente por no uso del derecho no permite la corrección del problema estructural, que es la sobreexplotación del recurso, producto de la existencia de permisos que exceden los recursos hídricos disponibles”* (foja 173). Es decir, no ayuda en el racionamiento del uso de los mismos. Así, para resolver este problema, existen otras instituciones, como las juntas de vigilancia y las comunidades de aguas, quienes debieran distribuir el volumen disponible a prorrata de lo que corresponde a cada usuario (artículos 17 y 241 del Código de Aguas). Adicionalmente y en específico para los derechos subterráneos, la DGA contaría con otras herramientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas en escasez, incluso en escasez crítica. Así, el artículo 62 del Código de Aguas establece que *“si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, mediante resolución fundada”*.

52. En lo que respecta a la liquidez del mercado aguas arriba, esto es, la cantidad de transacciones de derechos en el mercado secundario, los antecedentes aportados darían cuenta de que efectivamente existe una *“bolsa”* que facilita el funcionamiento del mercado secundario, aunque el número y frecuencia de transacciones en él es bajo (véanse párrafos 38 y 39, *supra*). Considerando que los antecedentes disponibles en autos tampoco permiten explicar las causas que inciden en el bajo número de transferencias de derechos, de esta baja frecuencia

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

tampoco es posible concluir que existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en los Sectores 5 y 6.

53. Como fue señalado *supra* (párrafo 41), el análisis de competencia debe comprender los mercados conexos aguas abajo, ya que existen actividades que necesitan los derechos de aprovechamiento para sus respectivos procesos productivos. Al respecto, de la información aportada en autos, se concluyó que con la concentración y estructura actual del mercado aguas arriba, es poco probable que se estén materializando hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia y que no existen otros antecedentes en el proceso que permitan a este Tribunal razonablemente inferir la existencia de efectos contrarios a la libre competencia en dichos mercados.

54. Finalmente, considerando que el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas dispone que la declaración contenida en este informe podrá ser dejada sin efecto por este mismo Tribunal si existe un cambio en las circunstancias que dan origen a la exención, cabe señalar que la FNE cuenta con las facultades necesarias para investigar si, por ejemplo, han variado las condiciones estructurales del mercado relevante, así como si comienzan a materializarse conductas de acaparamiento o especulación por parte de los miembros de la Solicitante.

III) PARTE RESOLUTIVA

SE INFORMA, a solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó - Piedra Colgada; Piedra Colgada - Desembocadura (CASUB), y para efectos de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, que no existen antecedentes que acrediten la existencia de hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en los Sectores hidrogeológicos 5 y 6 de la cuenca del río Copiapó.

Informe acordado con los **votos en contra** de los Ministros señor Enrique Vergara Vial y señor Ricardo Paredes Molina, quienes estuvieron por rechazar la Solicitud por los motivos que se expresan a continuación:

Voto del Ministro señor Enrique Vergara Vial:

1. Tal como se puede desprender de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.017, que modificó el Código de Aguas, el pago de una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas, tuvo por objeto evitar el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

uso especulativo y el acaparamiento de este recurso, ya que esto impide un uso eficiente del mismo por cuanto no se utilizaban por quienes más lo valoraban. En este sentido, en el Mensaje Presidencial del proyecto que dio origen a la citada ley, se consignó, entre otras ideas matrices, que *“la acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país”* (Historia de la Ley N° 20.107, BCN, página 3).

2. En su aporte de antecedentes, la FNE confirma lo expuesto al señalar que el objetivo de la patente por no uso de las aguas *“busca desincentivar la acumulación de derechos de aprovechamiento por parte de quienes no tengan intenciones ciertas de su uso productivo en plazos razonables”* (párrafo 16, foja 268). Esto también ha sido recogido en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en la causa rol N° 6158-2009, en la que señaló que solicitar derechos de aprovechamiento de aguas y no usarlas constituye una *“situación jurídicamente inaceptable”*, debiendo su titular *“sin lugar a duda pagar patente”* por cuanto dichos derechos deben ser solicitados por *“quien realmente necesite ese derecho”*.

3. Así, la introducción del pago de una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas guarda directa relación con la política de competencia, ya que, como se señaló *supra*, lo que se busca es una asignación eficiente de este recurso productivo. Esto también lo consigna expresamente la FNE en su aporte de antecedentes al indicar que *“[l]a institución del pago de una patente encuentra su justificación en criterios de eficiencia en la asignación de recursos, de tal forma de posibilitar que, una vez concedidos los derechos de aprovechamiento por el Estado, éstos se transen libremente en el mercado y sean reasignados a quien los valore en mayor medida”* (párrafo 21, foja 270).

4. De esta forma, se reguló todo lo concerniente al pago de la patente por la no utilización de las aguas en el Título XI del actual Código de Aguas, artículos 129 bis 4 a 21. En dicho título se establecen los montos de las patentes según el tipo de derechos de aguas, el período de su pago, las listas de derechos de aguas no utilizadas que debe confeccionar el Director General de Aguas y las exenciones al pago de las mismas, entre otras materias.

5. En relación con las exenciones señaladas en el artículo 129 bis 9 del citado código, la que interesa a este informe es aquella establecida en el inciso cuarto conforme al cual se encuentran exentos los derechos de agua *“que son*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia”, calificación que debe hacer este Tribunal en el procedimiento no contencioso regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211.

6. En este orden de ideas, a juicio de este disidente, se deben tener en consideración dos elementos esenciales al momento de resolver este tipo de solicitudes. En primer lugar, conforme a una interpretación teleológica del Código de Aguas, el pago de una patente por el no uso de las aguas es la regla general y sólo procede su exención en las circunstancias excepcionales establecidas en el artículo 129 bis 9 de este código. En segundo lugar, el objetivo del procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211, al que se debe sujetar la Solicitud, no es obtener una sentencia que declare la existencia de un hecho, acto o convención contrario a la libre competencia, declaración que sólo puede realizarse en el procedimiento contencioso regulado en los artículos 19 y siguientes del citado Decreto Ley.

7. Por consiguiente y tal como se sostuvo en los informes números 15, 16 y 17 de este Tribunal, lo que el artículo 19 bis 9 del Código de Aguas encomienda a esta magistratura es evaluar las condiciones de competencia que existen en el sector en el cual se encuentran las aguas objeto de la respectiva solicitud y los riesgos de afectaciones a la misma, más no constatar si efectivamente existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. De seguirse una interpretación estrictamente literal y no armónica de esta norma con los objetivos de la Ley N° 20.017 que introdujo la patente por no uso, se arribaría a una situación no deseada por el legislador, cual es consagrar como regla general la exención del pago de la patente. En efecto, de aplicarse el tenor literal de esta norma, el único caso en que no procedería la exención sería aquel en que no solamente debería existir una condena previa por parte del Tribunal sobre la existencia de hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, sino que además esos hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia deberían seguir cometiéndose al momento de presentarse la solicitud, lo que, reiterando lo ya señalado, no se puede realizar en el marco de este procedimiento. Ni siquiera la existencia de denuncias previas ante la FNE permitirían sostener que existen conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia al momento de presentarse la solicitud de exención. En otras palabras, la norma deviene en inaplicable.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8. Siguiendo con este análisis, corresponde examinar entonces las condiciones de competencia en el mercado relevante definido en esta causa y, en particular, si dichas condiciones hacen prever razonablemente que existen situaciones que pueden afectar la libre competencia, tales como el acaparamiento de permisos por parte de un titular, la especulación con el valor de los derechos de agua y, como señala la FNE, la existencia de un actor con poder de mercado que tenga *“incentivos a participar estratégicamente en el mercado de permisos con el objeto de afectar la competencia”*. A juicio de este ministro, las variables que deben evaluarse para dicho examen son las condiciones de entrada al mercado, los índices de concentración, y la existencia de antecedentes de acaparamiento de derechos y de especulación en el mercado secundario.

9. En cuanto a la primera variable, esto es, las condiciones de entrada al mercado, éstas son desfavorables en el caso de autos, por las siguientes razones:

a. En primer lugar, la DGA declaró los Sectores hidrogeológicos 5 y 6 como áreas de restricción, lo que si bien habilita a dicho servicio para otorgar derechos de aprovechamiento provisorios, de ello no puede colegirse que la entrada sea factible toda vez que este tipo de derechos *“se caracterizan por la precariedad, ya que estos pueden ser dejados sin efecto en caso de constatare perjuicios a los derechos ya constituidos”* (aporte de antecedentes DGA, foja 385). De hecho, la FNE también comparte esta apreciación cuando explica que *“[d]ado que los sectores 5 y 6 son parte del área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, actualmente, la única forma de acceder a derecho de aguas subterráneas en dicho sector es adquiriéndolos a otro titular”* (FNE, foja 289).

b. En segundo término, también se ha sostenido que es posible el ingreso a este mercado mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros en el denominado mercado secundario (informes números 15, 16 y 17). Sin embargo, de acuerdo con los antecedentes acompañados en autos, la baja cantidad de caudal transado tanto en el Sector 5 como en el Sector 6 da cuenta que estamos en presencia de un mercado poco líquido.

c. Finalmente, es posible obtener derechos por resolución judicial y mediante la constitución directa del derecho de aprovechamiento por parte del Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, pero dichos mecanismos son excepcionales, por lo que tampoco se alteran las conclusiones sobre las restricciones de entrada que presenta este mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. En cuanto a los índices de concentración expuestos en las tablas números 1 y 2, si bien es cierto que las participaciones de mercado de los titulares de derechos de aguas superficiales y subterráneas de los caudales de los Sectores 5 y 6 demostrarían que ninguno de ellos alcanza un porcentaje relevante y, por lo tanto, los índices HHI son bajos, éstos no se basan en el uso efectivo de los derechos, por lo que esta información no permite extraer conclusiones definitivas sobre este punto.

11. Enseguida, en cuanto al acaparamiento de permisos, lo que puede devenir en eventuales bloqueos o restricciones al acceso de un insumo relevante como es el agua para ciertas actividades económicas relevantes, la circunstancia de que ningún titular posea una participación importante de los derechos de agua en estos caudales y, por lo tanto, en principio no posea una posición de dominio, pareciera disipar estos riesgos. Sin embargo, a juicio de este disidente, estos riesgos no pueden ser totalmente descartados. Esto por cuanto, por una parte y como ya se explicó, para determinar si existe un actor con posición de dominio la forma correcta de medir la concentración de este mercado debe fundamentarse en el uso efectivo de los derechos, lo que no pudo evaluarse por falta de antecedentes. Por otra parte, aun si se considerase que no existe dominancia de acuerdo con los actuales porcentajes de participación, *“el riesgo de acaparamiento puede producirse inclusive respecto de titulares de derechos que, sin tener una cuota significativa de permisos en un sector determinado, pueden estar acaparando derechos respecto de un punto geográfico específico de extracción, que puede ser relevante para otros actores”* (FNE, foja 272). Por último, no debe olvidarse en el análisis de dominancia un elemento preponderante es la posibilidad de ingreso al mercado, el que, como se explicó, en este caso está restringido.

12. Por último, en lo que se refiere a eventuales especulaciones, obran antecedentes en este proceso que permiten inferir que existe una baja frecuencia de transacciones en el mercado secundario, lo que entrega indicios de su falta de liquidez y, por lo tanto, se está produciendo un problema de eficiencia en la asignación de este recurso por cuanto el mismo no está siendo utilizado por quienes más lo valoran.

13. En suma, este disidente está por no acoger la Solicitud realizada por CASUB, atendido (i) los objetivos por la Ley N° 20.017 al introducir el pago de una patente por el no uso de aguas; (ii) la interpretación armónica que debe darse al artículo 129 bis del Código de Aguas de acuerdo con dichos objetivos; y (iii) las condiciones desfavorables para la libre competencia que se presentan en el mercado relevante definido en autos, con posibilidades restringidas de entrada, riesgos no descartables

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de acaparamiento y la poca liquidez que presenta el mercado secundario, indiciario esto último de especulación en el valor de los derechos.

Voto del Ministro señor Ricardo Paredes Molina:

1. Que de la historia fidedigna de la ley 20.017 se deduce que ella tuvo como propósito principal evitar la acumulación de derechos de agua sin uso.
2. Que con tal propósito se incluyó el pago de patentes por no uso, lo que se justificó como una herramienta que induciría a usar los derechos que el propietario no empleara, a venderlos a terceros, o a devolverlos al Estado.
3. Que lo anterior se constata en distintas etapas de la discusión que tomó más de una década, siendo ello muy claro en el mensaje del proyecto de ley (Boletín HCD 005-333), en el que el Presidente Frei Ruiz-Tagle fundamentó las razones para las modificaciones propuestas y que, agrupadas en seis, destacaba el primer grupo referido al pago de patentes:

“[...] Esta deficiencia legislativa permite mantener gratuitamente a lo largo del tiempo el derecho de aprovechamiento en poder de su titular originario, quien no está obligado a usar el agua ya sea en los fines para los cuales requirió primitivamente un determinado caudal, o bien, en usos alternativos posteriores.

Este vacío legal, en virtud del cual no existe costo para la conservación indefinida del derecho de aprovechamiento, incentiva la especulación y el mal uso del recurso.

Adicionalmente, la posesión de derechos de agua puede distorsionar gravemente el mercado de la energía en el país, al introducir barreras a la libre concurrencia de nuevos competidores.

Con el objeto de corregir dicha deficiencia legal y lograr una mayor fluidez de las transacciones y evitar la acumulación de derechos de agua en forma desmesurada, sin que exista un aprovechamiento actual y futuro previsible por parte de quienes los detentan, se hace necesario establecer e implementar un sistema de patentes que grave los derechos de aprovechamiento de agua no utilizados.

El Gobierno estima que éste constituye un primer paso, realista y factible de implementar en el corto plazo, el que además, es concordante con una política de tarificación del uso del recurso, la que es ampliamente aplicada en diversos países del mundo que consideran que el agua es un recurso natural escaso, y que establecer un precio es una forma de valorización económica;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

además propende a la activación del mercado de derechos de aprovechamiento y a su uso eficiente”.

4. Que la ley estableció como condición operativa para eximir del pago de la patente a los titulares a quienes tuvieran obras de captación o restitución, para derechos consuntivos y no consuntivos.

5. Que también la ley estableció exenciones al pago de patentes cuando los derechos de agua no usados estuvieran bajo alguna de dos situaciones que hacen referencia a una organización de usuarios. La primera, señalada en el artículo 129 bis 9, que señala que *“el Director General de Aguas no podrá considerar como sujetos al pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento permanentes que, por decisión de la organización de usuarios correspondiente, hubieran estado sujetos a turno o reparto proporcional”.*

6. La segunda, en lo pertinente para el caso de autos, expresada de la siguiente manera:

“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 la que no existan 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 No 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”.

7. Que sin perjuicio que, como señala el MEMO 60/2020, CASUB ha realizado estudios y generado convenios *“para promover en sus usuarios un uso eficiente y sustentable del acuífero”*, es la condición de administrar y distribuir aguas dentro de una organización la que, a juicio de este Ministro, resulta fundamental para determinar la elegibilidad de una petición de exención, pues tratándose de organizaciones de usuarios las que administran y distribuyen las aguas disponibles, lo presumible es que si un miembro de la organización no usa las aguas, ellas sean

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distribuidas entre los miembros y terminen siendo usadas por otro. Con ello, la redistribución del total de las aguas entre los miembros llevaría a asegurar el uso y no tendría sentido la patente en esas condiciones.

8. Que sin perjuicio de lo resuelto en distintos informes que ha emitido este Tribunal en el sentido que no le corresponde a este Tribunal analizar condiciones adicionales a la mencionada solicitud, como lo son si una determinada comunidad solicitante es una organización que administra y distribuye aguas subterráneas, la exención a resolver requiere de condiciones copulativas y que fue la Dirección General de Aguas, el organismo técnico a cargo, se opuso a la exención sobre la base que, en el caso en autos, la organización de usuarios en cuestión no administra ni distribuye aguas.

9. En efecto, dicho organismo señala a fojas 384 que *“no se ha acreditado, más allá de la mera declaración formal hecha por la misma solicitante, que en la práctica y en los hechos efectivamente administra y distribuye los derechos de aprovechamiento de aguas de sus miembros. Muestra de que la solicitante no estaría administrando y distribuyendo los derechos de sus miembros y, por ende, no estando en el supuesto de hecho de la causal de exención del pago de la patente por no uso, es que ninguna información ha derivado a la Dirección General de Aguas, tanto a la Dirección de la Región de Atacama, como al Nivel Central, respecto al registro de control de extracciones de sus miembros, obligatorio según Resolución D.G.A. Región de Atacama (Exenta), N° 831, de 13 de octubre, de 2009; será tarea de la solicitante demostrar que efectivamente administra y distribuye los derechos de sus comuneros”* (DGA, foja 384”).

10. Que la posición del organismo técnico fue incluso refrendada por el propio abogado de la parte solicitante Sr. Antonio Vargas en la audiencia de fecha 16 de septiembre de 2020. En efecto, ante la petición que explicara con detalle *“cómo es que la comunidad administra y distribuye el agua con sus propios miembros, si es el caso”*, el abogado argumentó que ello no era propio de las aguas subterráneas, que surgía de una confusión de la DGA, lo que sería explicable porque el Código de Aguas del año 1981 se había pensado para aguas superficiales y en la asignación de bocatomas. *“La distribución [en el caso de aguas subterráneas] radica en aspectos de control [...] La CASUB controla que el nivel de extracción no supere ciertos niveles que depriman el acuífero... que para eso efectivamente le avisa a los usuarios que tienen que extraer hasta cierto límite de caudal [...] pero en términos estrictos, como nosotros entendemos en término de distribución, no es tan aplicable a la situación de las aguas subterráneas”*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

11. Que no obstante la visión señalada por el abogado Sr. Vargas, sí existe la posibilidad de redistribuir aguas entre usuarios que comparten un mismo acuífero para el caso de aguas subterráneas, como se deriva del artículo 20 d) del Reglamento de Extracción de aguas Subterráneas del 4 de octubre de 2012, que señala respecto a las condiciones para otorgar derechos de aprovechamiento: “*Que no se afecten derechos de aprovechamiento de aguas de terceros, considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas en conformidad a lo establecido en el artículo 3º del Código de Aguas*”.

12. Que, en tal sentido, se reconoce en la norma y en las mismas declaraciones de CASUB, que los usuarios que comparten el mismo acuífero pueden llegar a afectarse mutuamente. Así, en el caso que por ejemplo un acuífero inicialmente extraiga la misma cantidad de agua que recarga y luego algunos miembros dejan de usar el agua, una organización de usuarios que efectivamente redistribuya el agua que se dejó de usar entre el resto de sus miembros podría mantener la explotación al nivel inicial, de recarga del acuífero y conseguir el pleno uso, que es lo que ha juicio de este Ministro estuvo en el propósito de dar la exención del pago de la patente como condición necesaria que la organización efectivamente administrara y distribuyera el agua.

13. Que, a mayor abundamiento, en el caso que un poseedor de derechos no los use y por ende esa agua se pierda, resultaría eficiente que otros poseedores de derecho que comparten el mismo acuífero sí los puedan usar, siendo el mecanismo para ello la venta de los derechos, su arriendo, o haciendo actuar a la organización de usuarios en su rol específico de administrador y distribuidor de las aguas al resto de los miembros de la organización.

14. Que por otro lado, si la exención hubiese requerido solo y como condición suficiente la inexistencia de hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia “aguas abajo” para todos los mercados que se relacionan con los miembros de las organizaciones de usuarios, se trataría de un estandar tan alto, que difícilmente se pudiera validar en casos como el de autos, en el que participan cientos de usuarios en mercados tan diferentes y hereogéneos en las áreas agrícola, minería, sanitaria e industrial.

15. Que no resulta presumible que el legislador esperara de este Tribunal una interpretación especial para calificar como las condiciones de competencia, distintas a las que tradicionalmente usan las instituciones que resguardan el funcionamiento de la libre competencia, como por ejemplo sería que se interpretara la acumulación de derechos no empleados, la especulación y el no uso como “*hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia*”. Ello sería

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

redundante, toda vez que la patente se aplica cuando los derechos no son usados ni voluntariamente transferidos (a alguien que sí tendría ese objetivo), y por ello, el propósito de la patente es efectivamente desincentivar esas situaciones.

16. Que por la vía de requerir una patente que crecía en el tiempo, con rarísimas excepciones, como que fuera una organización de usuarios quien administrara y distribuyera las aguas, el legislador resolvió el principal problema que estuvo en el centro de la preocupación en la época que se discutió el proyecto; la acumulación de derechos no consuntivos y que afectaba a “mercados aguas abajo”, en particular el eléctrico.

17. Que lo anterior hace que el informe que debe hacer la Dirección General de Aguas sobre si la organización de usuarios que solicita la exención efectivamente administra y distribuye los derechos sea fundamental para que, en la práctica, se verifique la condición copulativa que haga de la exención algo excepcional y no la regla.

18. Por todo lo anterior y sin perjuicio que no se aprecien en principio condiciones que limitan la libre competencia en los mercados “aguas abajo”, con la excepción a la referencia del sector sanitario, este disidente considera que el juicio del organismo técnico, la DGA, de que no se cumple una condición fundamental para eximir del pago de la patente que se solicita, cual es que la organización efectivamente administre y distribuya las aguas entre sus miembros y que de esa forma se asegure el uso de los derechos que poseen sus miembros, hace que CASUB no pueda ser sujeto de exención del pago de la patente.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Solicitante y a los aportantes de antecedentes. Comuníquese mediante oficio a la Dirección General de Aguas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 6° del Código de Aguas. Insértese en el estado diario y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 460-19.

DANIELA
ALEJANDRA
GORAB SABAT

Firmado digitalmente por DANIELA ALEJANDRA GORAB SABAT
Fecha: 2020.10.29 16:44:47 -03'00'

ENRIQUE
VERGARA VIAL

Firmado digitalmente por ENRIQUE VERGARA VIAL
Fecha: 2020.10.29 13:40:34 -03'00'

RICARDO
PAREDES
MOLINA

Firmado digitalmente por RICARDO PAREDES MOLINA
Fecha: 2020.10.29 13:50:26 -03'00'

MARIA DE LA LUZ
DOMPER
RODRIGUEZ

Firmado digitalmente por MARIA DE LA LUZ DOMPER RODRIGUEZ
Fecha: 2020.10.29 13:48:34 -03'00'

Jaime Rafael
Barahona
Urzúa

Firmado digitalmente por Jaime Rafael Barahona Urzúa
Fecha: 2020.10.29 16:35:13 -03'00'

Emitido por los Ministros señor Enrique Vergara Vial, Presidente, señora Daniela Gorab Sabat, señora María de la Luz Domper Rodríguez, señor Ricardo Paredes Molina y señor Jaime Barahona Urzúa.

Autorizado por la Secretaria Abogada, señora María José Poblete Gómez.

MARIA JOSE
POBLETE GOMEZ

Firmado digitalmente por MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
Fecha: 2020.10.29 16:46:08