

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

**INFORME N° 13/2018**

**Santiago, once de enero dos mil dieciocho.**

**PROCEDIMIENTO: No Contencioso.**

**ROL: NC N° 436-17.**

**SOLICITANTES: Comunidad de Aguas Subterráneas Mal Paso Copiapó (“Comunidad”) y don Manglio Atilio Galli Heredia.**

**OBJETO: De conformidad a lo establecido en los artículos 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas y 18 y 31 del D.L. N° 211, solicitan que se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la comunidad administra y gestiona (4023.5 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**

A. INTERVINIENTES

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SOLICITANTES

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

E. AUDIENCIA PÚBLICA

**II) PARTE CONSIDERATIVA**

**III) PARTE RESOLUTIVA**

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

**I) PARTE EXPOSITIVA**

**A. INTERVINIENTES**

1. Solicitantes
  - a) Comunidad,
  - b) Don Manglio Atilio Galli Heredia.
2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:
  - a) Dirección General de Aguas (“DGA”),
  - b) Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”).

**B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SOLICITANTES**

1. A fojas 91, el 24 de marzo de 2017, la Comunidad y don Manglio Atilio Galli Heredia (en adelante, en su conjunto, “los Solicitantes”) solicitan que, de conformidad a lo establecido en los artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del Código de Aguas (en adelante, “C.A.”) y 18 y 31 del D.L N° 211, se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la comunidad administra y gestiona, que ascenderían a 4023.5 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.
2. En su presentación, los Solicitantes mencionan que la Comunidad es una organización de usuarios de aguas originada a partir de las Resoluciones de la DGA N°s 193/1993 y 232/1994, que declararon zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en la cuenca del río Copiapó, Tercera Región de Atacama.
3. De acuerdo a los Solicitantes, la organización judicial de la comunidad se materializó mediante sentencia dictada el 5 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Letras de Copiapó, en la causa rol V-585-2013. El objeto de dicha comunidad sería administrar las aguas del sector 4 del acuífero de Copiapó, denominado “Mal Paso-Copiapó”, que se ubica en la cuenca del río Copiapó, comunas de Tierra Amarilla y Copiapó. A esto se agrega su deber de proteger los intereses comunes de sus miembros y la sustentabilidad del sector acuífero. La solicitud también señala que los miembros de la Comunidad son personas jurídicas y naturales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el sector 4 del acuífero de Copiapó. En

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

este sentido, sería también miembro de la comunidad, todo aquél que suceda, total o parcialmente y a cualquier título, en el dominio de tales derechos. De acuerdo con los Solicitantes, los derechos que la Comunidad actualmente administra ascienden a un total de 4.023,5 litros por segundo (lts/seg).

4. Por otro lado, los Solicitantes detallan que en el sector 4 del acuífero de Copiapó hay 110 pozos construidos, pero sólo 32 están operativos. Por esta razón, desde el año 2008 algunos de los derechos de aprovechamiento de aguas administrados por la comunidad han sido sometidos al régimen de pago de patente por no uso, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 129 bis 5 y siguientes del C.A. En particular, mediante Resolución Exenta N°3785, de 30 de diciembre de 2016 (en adelante, la “Resolución Exenta”), la DGA habría declarado afectos al pago de patente por no uso 17 derechos, lo que equivale a un total de 328,4 l/s, que a su vez corresponden a un 8,2% del caudal administrado por la Comunidad.

5. Con todo, de acuerdo a lo señalado por los Solicitantes, el mismo artículo 129 bis 9 del C.A., en sus incisos 4° y 6°, 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 la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la Comunidad son ejercidos en un área con dichas características.

6. Considerando lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del C.A., los Solicitantes indican en su presentación que los derechos administrados por la Comunidad se encontrarían en la hipótesis que justificaría una exención del pago de la patente, ya que: (i) serían administrados y distribuidos por una organización de usuarios declarada por resolución judicial; (ii) la solicitud la realiza la organización y un titular de un derecho de aprovechamiento; (iii) en el área donde se ejercen los derechos no existirían hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; y (iv) esta solicitud se enmarcaría dentro de las competencias de este Tribunal. Respecto del numeral (iii), aclaran que si bien el área a que se refieren ha sido declarado zona de prohibición, ello no obsta a que cualquier interesado pueda llevar a cabo transferencias o regularizaciones de derechos preexistentes. En efecto, sólo se impide la constitución de nuevos derechos, por lo que pueden ocurrir cambios de titularidad, lo que en los hechos habría sucedido.

7. En consecuencia, la Comunidad y don Manglio Galli, solicitan a este Tribunal que declare que en el lugar en que éstos administran y distribuyen sus derechos de

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

aprovechamiento de aguas subterráneos no existen hechos, actos o convenciones que impidan restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

8. Finalmente, los Solicitantes acompañan a estos autos: (i) a fojas 529, el informe de don Oscar Melo; y (ii) a fojas 552 diversos documentos que darían cuenta de los problemas hidrológicos del acuífero de Copiapó.

**C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO**

9. El 30 de marzo de 2017, a fojas 100, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L N° 211. 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, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes.

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

10. A fojas 123, mediante Oficio Ordinario N°87 de 2 de mayo de 2017, la DGA aportó antecedentes pidiendo el rechazo de la solicitud en todas sus partes, con costas. Detalla que mediante Resolución Exenta N° 3785, de 30 de diciembre de 2016, 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 Comunidad. De acuerdo a este servicio, esta resolución fue dictada conforme a derecho y goza de presunción de legalidad, por lo que no existe justificación para que sea dejada sin efecto.

11. De acuerdo a la DGA, los miembros de la Comunidad no cuentan con obras para hacer efectiva la extracción de las aguas, lo que justificaría el pago de la patente por no uso. En efecto, la ley no exige una utilización efectiva, pero sí contar con las obras necesarias para dicho fin. Así, el cobro de 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 Excma. Corte Suprema habría señalado 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”* (C. 14. Rol 6158-2009, 24 de enero de 2012). Por tanto, no se justificaría aprobar la exención.

12. A esto se agrega que, de acuerdo a la DGA, los Solicitantes no cumplirían con los requisitos regulados en el artículo 129 bis 9 del C.A., ya que al tratarse de derechos

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

sobre aguas subterráneas, la Comunidad 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.

13. Además, en el área donde se ejercen los derechos, sí existirían hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, dado que: (i) del mero hecho de existir transferencias de los derechos no sería posible derivar, como lo pretenden los Solicitantes, la inexistencia de actos anticompetitivos; (ii) la no utilización de las aguas, junto con eximir del pago de la patente a quien debe pagar, crearía barreras artificiales a la entrada, con el único objetivo de mantener la posición dominante de los Solicitantes; (iii) los Solicitantes podrían obtener cuantiosos beneficios económicos de las ventas, dada la situación de escasez, que se vería agravada artificialmente por el no uso de las aguas; (iv) el mercado de aguas, como todo mercado regulado, presentaría una doble barrera a la entrada, ya que es necesario contar con el permiso estatal, a lo que se agrega, la prohibición para otorgar nuevos derechos, por lo que la única forma que tendría un actor para entrar al mercado sería adquiriendo derechos ya otorgados, lo que permitiría la especulación de quienes poseen dichos derechos; (v) cuando se otorgaron los derechos, los Solicitantes habrían contado con las obras necesarias para extraer el agua, pero luego habrían retirado dichas obras, lo que revelaría su fin especulativo; y (vi) en autos se configuraría una figura de acaparamiento y especulación del recurso hídrico, que sería justamente lo que se buscaría evitar con la imposición de la patente por no uso.

14. A fojas 153, el 16 de junio de 2017, la FNE aportó antecedentes en estos autos. En primer lugar, realiza un análisis económico del derecho de aguas y especifica que en el caso de un sistema de cuotas transables –que es el mecanismo de asignación que se utiliza en Chile– se lograría una asignación óptima por parte de los privados, si es que existe competencia por los permisos; pero puede existir sobreexplotación.

15. A su vez, describe tres riesgos para la competencia derivados de permitir el no pago de las patentes: el acaparamiento, la especulación y el uso de poder de mercado en la transacción de derechos. De esta forma, el pago de patente tendría dos objetivos. El primero sería disuadir los riesgos de incurrir en las conductas mencionadas anteriormente, para lo cual no importaría que el pago fuese demasiado alto. En segundo lugar, las patentes permitirían pagar el costo social de la opción de esperar de quien mantiene derechos sin hacer uso de ellos, en cuyo caso el precio de la patente debiese ser igual al costo de oportunidad. No obstante, la Fiscalía concluye que el regulador

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

carecería de la información suficiente para determinar si el pago de la patente se condice con lo descrito anteriormente, pero la comparación entre el precio de los permisos y el de la patente permitiría hacerse una idea.

16. La Fiscalía continúa profundizando sobre las características del acuífero en el que se ejercen los derechos. Destaca que en el valle del río Copiapó existiría un desbalance hídrico y que esta escasez haría que los costos de las obras de extracción de agua sean elevados. Además, dada la baja disponibilidad de agua, se debería prestar más atención a la restricción inter-temporal, debido a que el consumo presente de agua tendría un efecto negativo en la disponibilidad futura, al disminuir el nivel de agua acumulada en el acuífero. Finalmente, detalla que los Solicitantes utilizarían el agua principalmente para minería y servicios sanitarios, por lo que no debiesen tener problemas para pagar la patente.

17. Respecto al mercado relevante, la FNE identifica, por una parte, un mercado aguas arriba, consistente en el mercado de uso de derechos de agua subterránea, éstos son de carácter consuntivo y permanente, y cuya localización geográfica corresponde a algún punto del sector hidrogeológico 4 de la cuenca del río Copiapó. Por otra parte, un mercado aguas abajo que estaría compuesto por las industrias cuyo uso de agua sea suficientemente intensivo. Esto incluiría, al menos, a las industrias minera, inmobiliaria y agrícola.

18. Posteriormente, la Fiscalía se refiere específicamente a las transferencias de derechos de aprovechamiento de aguas en el sector 4. Indica que este mercado secundario tendría poca actividad y mucha dispersión en los precios. Una explicación para este fenómeno sería que los derechos estén hoy en manos de quienes más lo valoran. Sin perjuicio de lo anterior, esta hipótesis perdería sustento al existir muchos derechos sin usar. Este mercado poco desarrollado podría generar ineficiencias en la asignación de los derechos. Así, la patente contribuiría a incentivar la toma de decisiones respecto de la venta y/o uso de los derechos y, con ello, favorecería una asignación más eficiente.

19. Luego, la FNE analiza la solicitud y señala, como argumentos a favor para conceder la exención, el hecho que dada la situación hídrica del acuífero, no sería posible ejercer el derecho sin incurrir en costos económicos significativos. Resultaría razonable que los comuneros no cuenten con pozos en estado operativo y esperen mejores condiciones hídricas o mayor rentabilidad en los proyectos en los cuales usarían el agua. Lo natural de esta situación sería vender el derecho, pero dada la baja liquidez, esta opción puede ser poco atractiva. A esto se agregaría el hecho que no existirían antecedentes de alguna situación que haya afectado la libre competencia ni

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

tampoco antecedentes de que algún actor tenga poder de mercado aguas abajo.

20. Por otro lado, la FNE detalla como argumentos en contra de conceder la exención los siguientes: (i) la situación hídrica encontraría su explicación en el exceso de derechos otorgados y los comuneros conocían de esta situación cuando se constituyeron sus derechos; (ii) existirían pocos compradores potenciales (los tenedores de derechos tendrían incentivos a especular con la llegada de compradores con mayor valoración y la patente por no uso contribuiría a evitar dicha especulación, al aumentar los costos de retener el derecho); (iii) eximir del pago de patente podría disminuir la frecuencia de transacciones en el mercado; (iv) el objetivo de la patente sería disuadir conductas anticompetitivas, por eso es que no se habrían producido dichas conductas en la zona; (v) existirían diferencias con el caso de la Comunidad de Aguas Azapa, ya que los comuneros correspondían a regantes agrícolas, la superficie comprendida era menor, el mercado secundario era más activo y las condiciones hidrológicas eran diferentes; (vi) la patente sólo representaría un 4,5% del valor total del derecho; (vii) un comunero que tenga un proyecto concreto para usar sus derechos podría evitar el pago de la patente adelantando las obras que le permitan la extracción del recurso; y (viii) entre el 2011 al 2016 se observaría, en promedio, una transacción al año en el mercado secundario, lo que daría cuenta de un mercado con pocos compradores y vendedores, cuestión que, a su vez, implicaría dificultades para llegar a acuerdos mutuamente beneficiosos.

21. Finalmente la FNE, cumpliendo con la resolución de fojas 522, acompañó a estos autos los documentos que forman parte del expediente de investigación rol N° 2431-17 iniciado por la Fiscalía para elaborar su aporte de antecedentes. Dichos documentos constan a fojas 560.

22. A fojas 112 y 516 el Conservador de Bienes Raíces de Copiapó contestó los oficios enviados por este Tribunal y acompañó copia de las inscripciones vigentes de los derechos de aprovechamiento inscritos en su registro.

#### **E. AUDIENCIA PÚBLICA**

23. A fojas 518 consta la citación a audiencia pública para el día 12 de octubre de 2017, a las 10:00 horas. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 21 de septiembre de 2017, según consta a fojas 523.

24. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de los Solicitantes, de la DGA y de la FNE.

**II) PARTE CONSIDERATIVA**

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

25. Los Solicitantes piden 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 la Comunidad administra y gestiona (de acuerdo a la solicitud, 4023,5 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.

26. Cabe señalar que, tal como se señaló en la Resolución N°7/2009, no corresponde analizar consideraciones adicionales a la mencionada solicitud, como son la determinación de si la comunidad solicitante es una organización que administra o distribuye aguas subterráneas, si sus estatutos se ajustan o no a lo exigido por el C.A., o si la DGA impuso correctamente el pago de la patente por no uso, entre otras. Todos estos asuntos corresponden a materias que no son competencia de este Tribunal.

27. Para efectos de cumplir con el objeto de este proceso, resulta necesario analizar, primero, el mercado relevante y las condiciones de entrada a dicho mercado para, luego, examinar las conductas atentatorias a la libre competencia que se presenten o puedan configurarse en dicho mercado, considerando además otros mercados conexos. Previo a esto, se hará una breve referencia a la legislación aplicable a este caso.

**B. LEGISLACIÓN APLICABLE**

28. La regulación de las aguas y sus derechos de aprovechamiento se encuentra contenida principalmente en el C.A.

29. En específico, la legislación califica a las aguas subterráneas, objeto de la solicitud, como aquellas que *“están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”* (artículo 2° del C.A.), es decir, que no se encuentran a la vista, al contrario de las aguas superficiales. A su vez, de acuerdo con el artículo 5° del C.A., *“Las 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.”*

30. Por su parte, los derechos de aprovechamiento son derechos reales sobre las aguas que permiten su uso y goce, cumpliendo siempre los requisitos que establece el mismo Código.



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

31. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes del C.A., los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican de la siguiente forma:

- 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.

32. Por otra parte, la obligación de pagar una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos de ejercicio permanente se encuentra regulada en el Título XI del mismo Código, 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. El inciso segundo del citado artículo establece las reglas conforme a las cuales se aplica y calcula dicha patente.

33. Finalmente, en el artículo 129 bis 9 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 este derecho 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.

## **C. MERCADO RELEVANTE**

### **C.1. Mercado relevante del producto**

34. Corresponde ahora caracterizar el mercado relevante del producto objeto de este informe. 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 el Informe N°7/2009.

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

35. 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, ya que el tipo de derecho es demandado en el mercado dependiendo del uso para el cual se requiera. En este sentido, los derechos consuntivos tienen usos variados, aunque principalmente se utilizan para riego, minería, industria y el consumo doméstico. Por su parte, los derechos no consuntivos, tal como lo señala la FNE a fojas 156, se utilizan principalmente para la generación eléctrica y, por ende, no forman parte del mercado relevante para efectos de este informe.

36. En segundo lugar, tal como fue establecido en la Resolución N°7/2009, los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas son 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. Tal escasez es refrendada por la FNE a fojas 171: *“las características hidrogeológicas de la cuenca del río Copiapó, y del Sector 4 en particular, indican una situación de escasez hídrica”* y por la DGA a fojas 135 al señalar *“el insumo productivo básico, es sumamente escaso, lo que se colige de la imposibilidad de constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas”*. A esto se agregan los antecedentes acompañados por las Solicitantes en el primer otrosí de la presentación de fojas 552, donde se proyecta que los pozos del acuífero de Copiapó seguirán disminuyendo sus volúmenes de agua, en particular los sectores 3 y 4, que tendrían los mayores niveles de sobreexplotación. Por esto, se considerará que los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas forman parte del mercado relevante.

37. 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. Dadas las características del área en análisis, el caudal asociado a los derechos y la disponibilidad de agua, es posible concluir que la posibilidad de ejercicio para quienes poseen derechos de aprovechamiento de aguas eventuales es muy limitada o casi inexistente y, por tanto, estos derechos no pueden ser considerados sustitutos de los de ejercicio permanente y no forman parte del mercado relevante.

38. 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, sería 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

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

efectos de este informe, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado formarán parte del mismo mercado relevante.

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

### **C.2. Mercado relevante geográfico**

40. En cuanto al ámbito geográfico, debe definirse si el mercado a considerar es toda la cuenca del Río Copiapó o únicamente el sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado “Mal Paso- Copiapó”.

41. 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 derecho a la DGA. Asimismo, de acuerdo al artículo 42 del Decreto Supremo N° 203, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas (publicado en Diario Oficial 07/03/14), es posible que la DGA autorice el cambio de punto de captación en un mismo Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común.

42. Por tanto, dada estas características el mercado relevante geográfico será definido en términos restrictivos, como el sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado “Mal Paso- Copiapó”.

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

43. Considerando la definición de mercado relevante antes mencionada, tanto en su dimensión del producto como geográfica, no existe información suficiente en el expediente para poder caracterizar en forma precisa la distribución de los derechos de agua en el mercado aguas arriba. Ello por cuanto la definición geográfica, esto es, el sector 4 de la cuenca del río Copiapó “Mal Paso-Copiapó”, es una definición particular a las aguas subterráneas que no es coincidente con la categorización de *SubCuencas* y *SubSubCuencas* que realiza la DGA en sus registros. Lo anterior supone un problema para el análisis, debido a que, como se señaló, los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales fueron incluidos en el mercado relevante, siendo imposible identificar los derechos de ese tipo que están registrados en el área geográfica definida anteriormente como mercado relevante.

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

44. Sin perjuicio de lo anterior, consta en el informe de fojas 529 que la importancia relativa de las aguas superficiales es menor en la cuenca del río Copiapó. Así, mientras en la cuenca completa se han entregado derechos subterráneos por 21.248 lts/seg, los derechos asociados a aguas superficiales representan un total de sólo 2.652 lts/seg. De este modo, aun cuando no es posible conocer el caudal asociado a derechos de aguas superficiales entregados en el área correspondiente al sector acuífero 4 “Mal Paso-Copiapó”, la proporción entre derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales que existe en la cuenca del río Copiapó es un indicio de que los derechos de aguas superficiales no debiesen ser de gran importancia en el mercado relevante definido.

45. Considerando la limitante antes descrita, a continuación se realiza una breve caracterización de distribución de los derechos de agua en el mercado relevante, utilizando únicamente los derechos sobre aguas subterráneas. Este análisis es conservador, por cuanto los tres mayores titulares de derechos de aguas subterráneas no poseen derechos sobre aguas superficiales en la cuenca de Copiapó, razón por la cual las principales participaciones que se presentan a continuación están sobrestimadas.

**Tabla 1: Distribución de los derechos de aguas subterráneas en el sector acuífero 4 “Mal Paso – Copiapó” de la cuenca del río Copiapó**

TITULAR DE DERECHOS	Caudal (lts/seg)	Participación
<b>EMPRESA CONCESIONARIA DE SERVICIOS SANITARIOS S.A.</b>	1004	24,95%
<b>COMPAÑÍA CONTRACTUAL MINERA CANDELARIA</b>	925	22,99%
<b>EMPRESA NACIONAL DE MINERÍA</b>	376	9,35%
<b>SOCIEDAD PUNTA DEL COBRE S.A. (PUCOBRE)</b>	280	6,96%
<b>EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DE ATACAMA S.A.</b>	200	4,97%
<b>COMPAÑÍA MINERA DEL PACÍFICO S.A.</b>	106	2,63%
<b>COMINOR INGENIERÍA Y PROYECTOS S.A.</b>	100	2,49%
<b>JACOBO ANTONIO RIFF SFEIR</b>	100	2,49%
<b>OTROS (36 TITULARES)</b>	932,5	23,18%
<b>TOTAL</b>	4023,5	100,0%

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la DGA durante la investigación de la FNE Rol 2431-17. Los documentos que conforman dicho expediente constan a fojas 560.

46. En la tabla 1 se puede observar que la propiedad de los derechos de aguas subterráneas se encuentra relativamente dispersa. Específicamente, de la información aportada al proceso se desprende que existirían 44 titulares de derechos de aguas subterráneas, que ninguno alcanzaría el 25% de participación de mercado y que el índice HHI sería de 1.362, inferior al umbral mencionado en la guía de concentraciones horizontales de la FNE para seguir analizando una operación.

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

**D. EVENTUALES PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE**

47. Atendida la definición de mercado relevante, los riesgos para la competencia que pueden producirse son principalmente unilaterales, consistentes en la potencial exclusión de competidores en los mercados conexos aguas abajo, en los cuales el agua es fundamental para sus respectivas actividades productivas.

48. Para comenzar el análisis, se deben desarrollar las diversas formas de obtener derechos de aprovechamiento de aguas. La primera de ella es a través de la presentación de una solicitud a la DGA, la que los entrega en forma gratuita en caso de haber recursos hídricos disponibles. La segunda es mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros en el denominado mercado secundario. Finalmente, 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; modalidad que es, sin embargo, muy excepcional.

49. En la actualidad no es posible obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a través de solicitudes a la DGA en el sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado "Mal Paso- Copiapó", ya que, tal como señalaron todos los aportantes en este expediente (FNE a fojas 178, DGA a fojas 95 y los Solicitantes a fojas 95), mediante Resolución N° 232, de fecha 7 de junio de 1994, la DGA declaró dicha área como Zona de Prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas.

50. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 63 del C.A., la declaración de un área como zona de prohibición no restringe la transferencia de los derechos ya existentes. Por esto, es plenamente posible adquirir derechos de aprovechamiento de aguas por medio de su compra a terceros.

51. En relación con estas transacciones en el mercado secundario, los Solicitantes destacan que en el sector efectivamente han ocurrido cambios de titularidad (fojas 95). Para acreditar lo anterior, acompañaron una tabla, que rola a fojas 63 y siguientes, que da cuenta de las transferencias y transmisiones de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que forman parte de la comunidad. Los Solicitantes agregan que las distintas inscripciones de dominio vigente aportadas por el Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, acompañadas mediante oficio de fojas 516, acreditarían la existencia del mercado secundario.

52. La FNE, por su parte, señala que si bien existe un mercado secundario, en esta

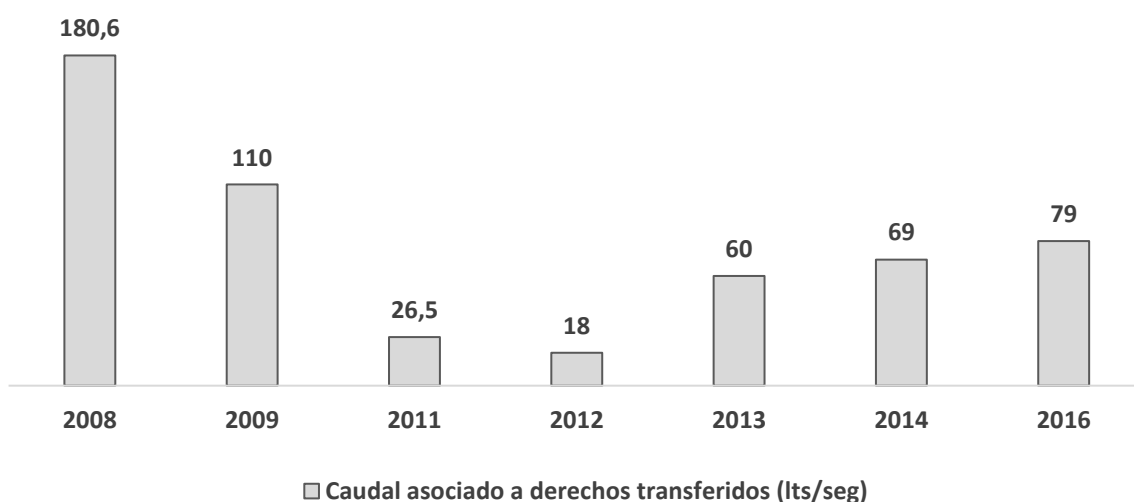
**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

zona las transferencias serían “*poco frecuentes y se caracterizan por presentar una importante dispersión en el valor de los derechos transados*” (fojas 179). De acuerdo con la Fiscalía, “*el número promedio de transacciones es de una para el período entre 2011 y 2016*” (fojas 179).

53. Además, la FNE señala, en su informe de fojas 153, que el bajo número de transacciones podría haber tenido un efecto significativo en los precios de los derechos, ilustrando lo anterior con una alta dispersión en los valores por lts/seg de los derechos transados en la última década. Sin embargo, sin desconocer la relación que existe entre liquidez y formación de precios, se debe tener presente que la magnitud de la volatilidad expuesta está probablemente afectada por otros factores específicos al mercado en cuestión. En particular, de los antecedentes acompañados en el expediente se desprende que los costos medios asociados a explotar un derecho de agua subterráneo tienen una alta variabilidad. De esta manera, dicha variación se espera sea traspasada, al menos parcialmente, al precio de transferencia de los mismos derechos.

54. De la información aportada al expediente se puede concluir que las transferencias de derechos de aguas han sido poco frecuentes. Así, desde el 2008 a la fecha, han existido 17 transferencias de derechos, lo que se puede observar en la figura 1. Estas transferencias representan aproximadamente un 13% del caudal total asociado a derechos de aguas subterráneas en el mercado relevante. Al igual que en los cálculos de las participaciones de mercado, corresponde precisar que en el expediente no se encuentra información acerca de transferencias de derechos de aguas superficiales.

**Figura 1: Transferencias de derechos de agua en el mercado relevante**



Fuente: Elaboración propia en base a dos documentos aportados por la Comunidad durante la investigación de la FNE Rol 2431-17. Existen discrepancias menores entre ellos, las que no alteran en lo sustancial el gráfico presentado. Los documentos que conforman dicho expediente constan a fojas 560.

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

55. Considerando todo lo anterior, si bien se aprecia la existencia de algunas transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a lo largo del tiempo que permiten concluir que existe un mercado secundario, no han sido aportados antecedentes suficientes que den cuenta que se trata de un mercado dinámico y profundo. Es más, de los pocos antecedentes que se dispone se deduce lo contrario.

56. Con todo, a pesar de la falta de dinamismo y profundidad del mercado secundario de derechos de agua, existen pocas posibilidades de que se ejecuten conductas contrarias a la libre competencia debido a la baja concentración existente en el mercado relevante, tal como se expuso la sección C.3.

57. No obstante lo anterior, el análisis no puede radicarse exclusivamente en el mercado relevante definido, ya que existen actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos para sus procesos productivos. Por tanto, estos otros mercados, aguas abajo, también deben considerarse en el análisis de competencia.

58. En este sentido, las Solicitantes acompañaron el informe de fojas 529, que da cuenta de diversas actividades productivas relevantes en el sector, en las que el acceso al agua es una condición necesaria para su funcionamiento. En particular, en el valle de Copiapó las principales actividades productivas que utilizan agua como insumo son la minería, la agricultura y los servicios de distribución de agua potable.

59. La FNE señala en su aporte de antecedentes que *“no cuenta con antecedentes de poder de mercado aguas abajo. En particular, para la industria minera, las explotaciones que se ubican en el Sector 4 de la cuenca del Río Copiapó, no son de gran envergadura, y las empresas que las realizan, difícilmente pueden afectar el valor de los minerales que extraen en dicha zona”* (fojas 178).

60. A similares conclusiones llega el informe acompañado por los Solicitantes a fojas 541. En él se indica que la minería y la agricultura representan el 93% del agua utilizada en la cuenca del río Copiapó, proporción que disminuye al considerar sólo el sector hidrogeológico 4 del acuífero Copiapó, denominado “Mal Paso- Copiapó”, en el cual el 29,9% de los derechos están asignados a servicios sanitarios. El informe concluye que no hay riesgos anticompetitivos aguas abajo, principalmente debido a que: i) las empresas mineras no tienen la capacidad de afectar los precios de los bienes que producen, principalmente cobre y oro, cuyos precios están determinados en los mercados internacionales de materias primas; ii) la empresa sanitaria local, aun cuando es un monopolio, es un servicio regulado por el Estado, por lo que el proceso tarifario impediría posibles abusos; y, iii) la producción agrícola, principalmente uva, aceitunas,

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

forraje y hortalizas, no es relevante en los mercados en que se transa pues, por un parte, la uva y aceitunas se venden principalmente en mercados internacionales, donde los productores de la cuenca de Copiapó no tendrían posibilidad de afectar los precios; y, por otra, la producción de forraje y hortalizas sería minoritaria a nivel nacional, contando incluso con peores condiciones de producción que en otras regiones del país.

61. Del análisis de dicho informe, surgen dos cuestionamientos. El primero es acerca de los incentivos que podría tener una empresa sanitaria para elevar los precios de los derechos de agua. El segundo se refiere al posible poder de mercado que podrían tener los productores de ciertos productos agrícolas específicos.

62. Respecto de los servicios sanitarios, se debe considerar que la regulación de tal actividad no es independiente del mercado de derechos de aguas. Ello, por cuanto la tarificación de sus servicios depende del precio del agua cruda, la que a su vez depende del precio estimado de los derechos de aprovechamiento de aguas. Sin embargo, del análisis de las bases aprobadas para la tarificación vigente de servicios sanitarios en la región de Atacama (<http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-9628.html>), y en particular del mecanismo excepcional establecido en ellas para el agua potable en la cuenca de Copiapó, que valoriza el agua cruda a partir de los derechos arrendados a terceros por la empresa sanitaria, es posible concluir que no existen incentivos para que la empresa sanitaria intervenga en el mercado aguas arriba con el solo objetivo de aumentar los precios del proceso tarifario.

63. Por otro lado, sobre los mercados agrícolas existentes aguas abajo, no existe información detallada en este expediente. En consecuencia, no es posible referirse a posibles barreras o ventajas relevantes que pudiesen existir para productos particulares, así como de comportamientos estratégicos en el mercado aguas arriba. Con todo, la baja participación de la agricultura en la asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas en el acuífero de Copiapó es suficiente para descartar riesgos significativos de este tipo.

64. En razón de todo lo anterior, es posible establecer que en los mercados conexos aguas abajo no se observan, a esta fecha, hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

65. Finalmente, no existen denuncias ante la FNE ni acciones ante este Tribunal por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia en relación con las materias tratadas en este informe.



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

**III) PARTE RESOLUTIVA**

**SE RESUELVE:**

**INFORMAR**, a solicitud de la Comunidad de Aguas Subterráneas Mal Paso Copiapó y de don Manglio Atilio Galli Heredia, que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta comunidad son ejercidos en un área en la cual no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Notifíquese personalmente o por cédula a los Solicitantes y por estado diario a los demás intervinientes o aportantes; 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 y archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 436-17

Emitido por los ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar y Sr. Jorge Hermann Anguita.

No firma, no obstante haber concurrido a la emisión de este informe, el Ministro Sr. Enrique Vergara Vial.

Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.