

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

INFORME N° 16/2020

Santiago, veinte de abril de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: No contencioso.

ROL: NC N° 455-19.

SOLICITANTES: Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta (“CAS 2” o “Comunidad”), SCM Minera Lumina Coper Chile (“Lumina”) y Agrícola Las Juntas S.A. (“Las Juntas”) todas denominadas en adelante como “las Solicitantes”.

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, solicitan que se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona (3.340,5 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 | 2 |
| A. LAS SOLICITANTES Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES | 2 |
| B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SOLICITANTES | 2 |
| C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO ... | 5 |
| D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES | 5 |
| E. AUDIENCIA PUBLICA | 10 |
| II) PARTE CONSIDERATIVA | 10 |
| A. TÉRMINOS Y ALCANCES DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL | 10 |
| B. LEGISLACIÓN APLICABLE | 12 |
| C. MERCADO RELEVANTE | 13 |
| D. EFECTOS EN LA LIBRE COMPETENCIA | 19 |
| III) PARTE RESOLUTIVA | 21 |

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

I) PARTE EXPOSITIVA

A. LAS SOLICITANTES Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

a) Solicitantes

- Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta;
- SCM Minera Lumina Coper Chile;
- Agrícola Las Juntas S.A.

b) Entidades que aportando antecedentes y formularon observaciones en este expediente

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

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SOLICITANTES

1. A fojas 110, la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta, SCM Minera Lumina Coper Chile y Agrícola Las Juntas S.A., solicitan 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 la CAS 2 administra y gestiona, que ascenderían a 3.340,5 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.
2. 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.
3. En lo que respecta a los antecedentes de hecho que justifican la Solicitud, las Solicitantes señalan que el valle del río Copiapó tiene una longitud de 160 Kilómetros, dividido en 6 sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común y que la cuenta del río Copiapó abarca las comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la tercera región de Atacama.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4. Las Solicitantes sostienen que en esta zona se habrían constituido derechos de agua siete veces superiores al caudal promedio de recarga del acuífero, lo que habría generado escasez hídrica. A raíz de esta situación, la DGA habría declarado la cuenca del río Copiapó como “zona de prohibición” y “área de restricción” para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en este acuífero (Resoluciones DGA N° 193/1993, 232/1994, 750/2000 y 162/2001).

5. Indican que, por expresa disposición del artículo 63 del Código de Aguas la declaración de una zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas da origen a una Comunidad de Aguas formada por todos los usuarios de las aguas subterráneas comprendidos en dicha zona.

6. Añaden que la CAS 2 se habría materializado judicialmente mediante sentencia dictada el 6 de noviembre de 2014 (complementada por resolución del 20 de noviembre de 2014) por el 2º Juzgado de Letras de Copiapó, en el procedimiento rol V-1076-2013. La referida sentencia, además, habría aprobado los estatutos que rigen a la CAS 2 y el listado de usuarios que tienen derechos de aprovechamiento en su respectivo acuífero.

7. Las Solicitantes agregan que, según los estatutos de la CAS 2, el objeto de la Comunidad es administrar y distribuir las aguas del Sector 2 del acuífero de Copiapó, denominado “*Embalse Lautaro - La Puerta*”, y proteger los intereses comunes de los miembros de su organización y la sustentabilidad de dicho Sector acuífero.

8. Las Solicitantes sostienen que los miembros de esta Comunidad son todas las personas naturales y jurídicas titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el área ya precisada y todas aquellas personas que, por cualquier título o motivo, les sucedan, total o parcialmente, en el dominio de tales derechos de aprovechamiento. Estos derechos ascenderían a un total de 3.340,5 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 contenida la Solicitud (fojas 114 a 117). Así, la CAS 2 estaría conformada por 46 comuneros o titulares que tienen constituidos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el Sector.

9. Añaden que, en el Sector 2 del acuífero de Copiapó, solo se encuentran operativos 53 de 65 pozos construidos para el ejercicio de los derechos de aprovechamiento que administra la Comunidad. Agregan que gran parte de los derechos de aprovechamiento de este Sector no pueden ser ejercidos,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precisamente dada las condiciones hídricas y de profundidad de los pozos, y que las modificaciones requeridas para que puedan serlo ascenderían, como mínimo, a una inversión de 100 millones de pesos por cada uno de estos pozos.

10. Las Solicitantes señalan que, para desincentivar la especulación y el acaparamiento de derechos de aprovechamiento, el 2005 se incorporó al Código de Aguas el pago de patentes por la no utilización de las aguas. Indican que la conducta gravada con dicho pago sería contar con derechos de aprovechamiento respecto de los cuales su titular no ha construido obras de captación y/o restitución. Desde el 2007 algunos de los derechos de aprovechamiento de aguas administrados por la CAS 2 habrían sido sometidos al pago de esta patente, afectando un caudal de 190 l/s, lo que corresponde al 5,69% del caudal total administrado por la referida Comunidad. Agregan que este caudal no puede ser utilizado dada la inexistencia de agua a la profundidad en que originalmente construyeron los respectivos pozos.

11. Las Solicitantes sostienen que el mismo artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, 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 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la Comunidad son ejercidos en un área con dichas características.

12. En este sentido, las Solicitantes indican que los derechos administrados por la CAS 2 se encontrarían en la hipótesis que justifica la 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 ha sido realizada por una organización y dos titulares de derechos de aprovechamiento; y (iii) en el área donde se ejercen los derechos no existirían hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

13. Respecto al último punto, las Solicitantes señalan que dicha circunstancia constituiría el objeto central del pronunciamiento que solicitan a este Tribunal, y que lo acreditan acompañando una tabla de cambios de titularidad de los derechos de aprovechamiento de quienes forman parte de la CAS 2 (transferencias y transmisiones), lo que evidenciaría un activo mercado de derechos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14. Adicionalmente, agregan que la Solicitud se enmarcaría dentro de las competencias de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 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 13 del D.L. N° 211).

15. Las Solicitantes citan como precedente el informe N° 7/2009, emitido en el procedimiento Rol NC-350-09, en el que la situación analizada resultaría idéntica a la de la CAS 2, por cuanto (i) una Comunidad administra y distribuye aguas subterráneas, (ii) existía una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición, habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso a dichos derechos por parte de quienes lo requieren. En el mismo sentido, las Solicitantes hacen referencia al informe N° 13/2018, emitido por este Tribunal en el procedimiento Rol NC-436-17.

16. En consecuencia, la CAS 2, Lumina y Las Juntas solicitan que 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.

17. Finalmente, las Solicitantes acompañaron a estos autos: (i) a fojas 220, el informe económico de Oscar Melo (“Informe Económico”); y (ii) a fojas 110, diversos documentos que darían cuenta de los problemas hidrológicos del acuífero de Copiapó.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

18. El 18 de abril de 2019, a fojas 129, 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 estos, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

19. A fojas 145, se hizo parte la Fiscalía Nacional Económica, entidad que aportó antecedentes a fojas 164.

19.1 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 para nuevas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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.

19.2 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 deberían transar libremente en el mercado, resignándose a quien los valore en mayor medida.

19.3 En este mercado de transacciones de derechos, la FNE identificó 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 en el mercado de derechos transables.

19.4 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.

19.5 Así, la FNE indica que, atendido el primer objetivo, el valor de la patente debería ser lo suficientemente alto para disuadir dichas conductas. En lo que respecta al segundo objetivo, señala que el valor de la patente debería 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 costoso para el regulador obtener la información necesaria para calcular la patente óptima.

19.6 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,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mostrando señales claras de sobreexplotación. Por esta razón, la DGA habría declarado como zona de prohibición para nuevas explotaciones de agua subterráneas a la cuenta de este río.

19.7 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).

19.8 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 2 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 dicho Sector. En ese contexto, señala que las industrias agrícola, minera y sanitaria deberían considerarse en el mercado aguas abajo descrito precedentemente.

19.9 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 sería de un 45,89% (ii) la suma de los cinco comuneros con mayor caudal sería de 56,75%; y (iii) el índice HHI en el Sector 2 sería de 948. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 2 alcanzaría un porcentaje superior al 22% del caudal asignado y que el índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración.

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

19.11 Asimismo, la FNE analizó 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, concluyó que el mercado secundario del Sector 2 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

un interesado “*apurado*” a aceptar un precio significativamente menor (o mayor) al valor que podría obtener uno que cuente con más tiempo.

19.12 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 afectados 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.

19.13 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 el Sector 2. Asimismo, indica que no ha recibido denuncias ni se han iniciado investigaciones sobre estas materias en dicho Sector. Lo anterior, indica la FNE, podría explicarse precisamente por la existencia de la patente por no uso de aguas.

19.14 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 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.

19.15 Respecto a la situación de escasez que existiría en el Sector 2, la FNE considera que la eximición del pago de patente por no uso no sería una solución efectiva ante dicho problema. Además, la Comunidad, 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.

19.16 Con todo, 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 TDLC la revisión de la eximición del pago de patente, en caso que, en el futuro, cambien las circunstancias en el Sector 2.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20. A fojas 153, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y a fojas 161 el Ministerio de Agricultura, respondieron los oficios ordenados a fojas 129, indicando que no tenían antecedentes que aportar a este procedimiento.

21. A fojas 209, 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 Comunidad. 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.

21.1. 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 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 Excm. 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, en opinión de la DGA, no se justificaría aprobar la exención.

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

21.3. 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, dado que: (i) del mero hecho de existir transferencias de derechos no es posible derivar, como lo pretenden los Solicitantes, la inexistencia de actos anticompetitivos; (ii) no se pueden constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en el Sector, por haber sido

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

declarado como “*área de prohibición*”; y (iii) existen incentivos al uso especulativo de este recurso, dado su elevadísimo valor y el hecho que no pueden otorgarse nuevos derecho de aprovechamiento por estar cerrado el acuífero.

E. AUDIENCIA PUBLICA

22. A fojas 216, consta la citación a audiencia pública para el día 29 de octubre de 2019, a continuación de la audiencia pública de la causa Rol NC N°454-19, fijada para ese mismo día. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 4 de octubre de 2019, según consta a fojas 217.

23. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de las Solicitantes, de la DGA y de la FNE, según consta en la certificación que rola a fojas 243.

II) PARTE CONSIDERATIVA

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

24. Las 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 CAS 2 administra y gestiona (3.340,5 litros por segundo, 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 a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del mismo código. Estas últimas normas establecen el pago de una patente anual por la no utilización de las aguas, es decir, cuando el titular no haya construido las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, para lo cual distingue si se trata de derechos consuntivos o no consuntivos, ambos de ejercicio permanente, así como de ejercicio eventual, indicando en cada caso la forma de cálculo de la patente.

25. En los informes previos que se han emitido en virtud del artículo 129 bis del Código de Aguas, el análisis se centró, fundamentalmente, en determinar si existían conductas atentatorias a la libre competencia en los mercados afectados. Así, por ejemplo, en el Informe N° 7/2009 se señaló que el Tribunal “*debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

restringan o entorpezcan la libre competencia”; en tanto que en el Informe N°13/2018 se sostuvo que el análisis consiste en “examinar las conductas atentatorias a la libre competencia que se presenten o puedan configurarse”.

26. Como se puede apreciar, el análisis que hasta la fecha se ha realizado en esta materia ha sido fundamentalmente estático sobre la situación de competencia que se presenta en los mercados afectados y si en ellos existen o pueden presentarse conductas contrarias a la libre competencia. Sin embargo, no puede perderse de vista que lo que el Código de Aguas mandata a este Tribunal es un informe, el que por su naturaleza no jurisdiccional no lo habilita para emitir pronunciamientos sobre eventuales conductas anticompetitivas -lo que es propio de un procedimiento contencioso- sino sobre las condiciones de competencia de un mercado determinado. En razón de lo anterior, el análisis que debe hacerse en este orden de materias ha de ser necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectos en virtud del hecho objeto del informe, en este caso, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas.

27. Como se verá, los riesgos para la libre competencia no sólo pueden provenir de conductas actuales o potenciales en contra de la libre competencia, sino también de otros hechos, como la creciente sequía que afecta al país, en especial la zona donde se encuentran los derechos de agua objeto de autos, esto es, el valle del río Copiapó (comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la tercera región de Atacama). En este escenario, la sequía puede aumentar los incentivos de los titulares de derechos de agua que no las están utilizando para acaparar dicho recurso y, con ello, restringir la libre competencia, afectando la eficiente asignación del mismo.

28. Sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener presente que 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 Código de Aguas, 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.

29. Aclaradas las consideraciones anteriores, el presente informe se estructura en el siguiente orden: (i) en primer lugar, se describe someramente la legislación aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas; (ii) luego, se analizan la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 la exención del pago de la patente a que se refiere el artículo 129 bis del Código de aguas genera riesgos para la libre competencia en los mercados afectados.

B. LEGISLACIÓN APLICABLE

30. La regulación de las aguas y sus derechos de aprovechamiento se encuentra contenida principalmente en el Código de Aguas.

31. 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 código, *“[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”*.

32. 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
- c) *de ejercicio continuo, discontinuo o alternado*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en forma ininterrumpida las 24 horas del día, los segundos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permiten usarlo durante periodos determinados y los terceros permiten su uso entre 2 o más personas que se turnan sucesivamente.

33. En el caso de autos, los derechos de aprovechamiento de aguas cuya titularidad pertenece a los miembros de la CAS 2, recaen sobre aguas subterráneas y son de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo (FNE, a fojas 168; y Solicitantes, a fojas 120).

34. 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 los 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. El inciso segundo del citado artículo establece las reglas conforme a las cuales se aplica y calcula dicha patente.

35. 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 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.

36. Corresponde ahora caracterizar el mercado relevante del producto objeto de este informe. En un primer nivel de análisis, como se anticipó, están los derechos de aprovechamiento de aguas, los que pueden ser adquiridos, básicamente, de dos formas: i) mediante el otorgamiento de los mismos que hace la DGA del MOP; y ii) en el mercado secundario, mediante la venta o cesión de dichos derechos por los titulares de los mismos. En lo que interesa a este informe, el análisis se centrará en el mercado secundario de los derechos de aprovechamiento de aguas, debido a que la DGA declaró como zona de prohibición el área geográfica donde se encuentran dichos derechos. 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 y N° 13/2018.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

37. 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 dependerá del uso para el cual se requiera. En este sentido, los derechos consuntivos tienen usos variados, aunque principalmente se utilizan para riego, minería y consumo doméstico. En particular, en el caso de la CAS 2, los comuneros destinan sus caudales principalmente a la agricultura y minería (FNE, foja 183 e Informe Económico, fojas 222 y 223). Por su parte, los derechos no consuntivos, tal como lo señala la FNE a fojas 188, se utilizan principalmente para la generación eléctrica y como ésta no es una actividad económica a la que los comuneros de la CAS 2 destinen sus caudales, dichos derechos no formarán parte del mercado relevante determinado para efectos de este informe.

38. En segundo lugar, tal como fue establecido en los Informes N°7/2009 y N° 13/2018, 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 en relación al valor del insumo. La escasez de agua en Copiapó fue informada en este proceso tanto en el aporte de antecedentes de la FNE (fojas 187) como en el de la DGA (fojas 213 vta.). Por esto, al igual que en el Informe N° 13/2018, recaído sobre la misma cuenca hídrica, se considerará que los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas forman parte del mercado relevante.

39. 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.

40. 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sus usuarios. Por lo anterior, para efectos de este informe, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado formarán parte del mismo mercado relevante.

41. 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.

42. En cuanto al ámbito geográfico, debe definirse si este corresponde a toda la cuenca del Río Copiapó o únicamente el Sector Hidrogeológico 2 del acuífero Copiapó, denominado “*Embalse Lautaro – La Puerta*”.

43. 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 el 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.

44. Por tanto, dadas estas características el mercado relevante geográfico será definido en términos restrictivos, como el Sector Hidrogeológico 2 del acuífero Copiapó, denominado “*Embalse Lautaro – La Puerta*”.

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

45. La FNE no pudo identificar los derechos superficiales asignados en la zona geográfica del Sector 2 por falta de información. Sin embargo, como expone en su aporte de antecedentes, el análisis sobre la distribución de los derechos existentes en el mercado relevante no debería alterarse mayormente, “*debido a que el caudal total de los derechos de aguas superficiales no tiene una gran relevancia, si se compara con el caudal total de derechos subterráneos constituidos en el río Copiapó. En efecto, en la cuenca del río Copiapó se han entregado derechos de aguas subterráneas por 21.248 l/s, mientras que los de aguas superficiales corresponden a 2.652 l/s, lo que representan tan solo un 11,1% del total del caudal asignado en derechos*” (fojas 191). Teniendo en consideración esto, a continuación,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se realiza una breve caracterización de la distribución de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas del Sector Hidrogeológico 2 del acuífero Copiapó:

Tabla 1 – Distribución de los derechos de aguas subterráneas en el Sector 2 de la cuenca del río Copiapó.

| Titular | Caudal (l/s) | Participación |
|---|---------------------|----------------------|
| SCM Minera Lumina Cooper Chile | 732 | 21,9% |
| Agrícola UAC Ltda. | 528,5 | 15,8% |
| Frutícola y Exportadora Atacama Ltda. | 272,5 | 8,2% |
| Corpbanca | 216 | 6,5% |
| Sociedad Frutícola Río Blanco Spa | 146,62 | 4,4% |
| Agrícola El Cerrillo de Apalta Ltda. | 128 | 3,8% |
| Agrícola Tres Soles S.A. | 125 | 3,7% |
| Agrícola UNI-AGRO Copiapó Spa | 122 | 3,7% |
| Frutera Euroamérica S.A. | 91 | 2,7% |
| Sociedad Agrícola Santa Rosa Ltda. | 90 | 2,7% |
| Agrícola JDF Ltda. | 75 | 2,2% |
| Compañía Agrícola Ganadera Hornito S.A. | 70 | 2,1% |
| Otros (25 titulares) | 743,88 | 22,3% |
| Total | 3340,5 | 100,0% |

| | | |
|--|------------|-----|
| Índice de concentración aguas subterráneas | Índice HHI | 948 |
|--|------------|-----|

Fuente: elaboración propia en base a información provista por la FNE a fojas 178 y 179.

46. En la tabla 1 se observa que la propiedad sobre los derechos de aguas subterráneas en el Sector 2 se encuentra relativamente dispersa, ya que ningún titular alcanzaría el 22% de participación de mercado y el índice HHI sería de 948 unidades, nivel de concentración de mercado que podría ser calificado como poco concentrado de acuerdo con los criterios utilizados por la FNE.

47. A este respecto, es pertinente tener presente que dicha tabla y su análisis se basan en la concentración de los derechos de aprovisionamiento de aguas y no en el uso efectivo que se haga de tales derechos, como idealmente correspondería, pues no existe en autos información acerca de tal uso.

48. Con todo, y sin considerar el riesgo de coordinación que se menciona más adelante, los niveles de concentración descritos darían cuenta, en principio, de un mercado que no presentaría mayores riesgos para la libre competencia. Sin embargo, en una mirada más prospectiva, estos riesgos dependerán de la liquidez del mercado secundario de los derechos de aprovisionamiento de agua. Lo anterior por cuanto si la oferta de dichos derechos en el mercado geográfico se viera crecientemente restringida, el acceso a este recurso se vería también

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

crecientemente restringido. Esto se produce por dos razones. Por un lado, quienes disponen de estos derechos tienen menos incentivos a venderlos como producto de la sequía, pues disponen de menos agua para su propio uso y racionalmente podrían especular con una mayor escasez del recurso en el futuro. Por otro lado, se produce un aumento de los demandantes de derechos (principalmente agricultores), cuyos derechos implican menos agua producto de la sequía y, por ende, requieren de más derechos para satisfacer su consumo.

49. En razón de lo expuesto, en caso de no existir un mercado líquido de este recurso, no es suficiente observar la participación en la tenencia de derechos de agua para descartar riesgos para la libre competencia, sino que el análisis debe proseguir con una revisión de las condiciones de entrada y, luego, con una determinación de cuán complejo es el acceso a los derechos de agua en el mercado relevante.

C.4 Condiciones de entrada

50. Como se señaló en el párrafo 36, existen, básicamente, dos formas en que se pueden obtener derechos de aprovechamiento de aguas. La primera de ellas 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 por lo que no se considerará en el presente análisis.

51. En la actualidad no es posible obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a través de solicitudes a la DGA en el Sector Hidrogeológico “*Embalse Lautaro – La Puerta*”, ya que, tal como señalaron todos los aportantes en este expediente (FNE a fojas 193, DGA a fojas 213 y los Solicitantes a fojas 113), 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.

52. En cuanto al mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, de acuerdo con el artículo 63 del Código de Aguas, la declaración de un área como zona de prohibición no restringe la transferencia de los derechos ya existentes. Por esto, en principio podría ser posible adquirir derechos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aprovechamiento de aguas por medio de su compra a terceros, lo que dependerá, naturalmente, de la disponibilidad de derechos en el mercado secundario.

53. En este orden de ideas, los Solicitantes destacan que en el Sector efectivamente han ocurrido cambios de titularidad (fojas 121). Por ejemplo, el Informe Económico que acompañaron señala que *“en el período 2005 a 2015 se transaron cerca de 732 l/s en el Sector 2, representando un 21,9% del caudal total otorgado. Esto es una señal de que existe un mercado activo”* (foja 224). Por su parte, la FNE señala que *“en los años 2008 y 2013 se ejecutaron la mayor cantidad de transacciones de derechos de aguas. Sin embargo, a partir del año 2014 y hasta la actualidad, se presenta un bajo número de éstas”* (fojas 195 y 196) y que *“[el]promedio de transferencias y caudal total, (...) es de 4,25 transferencias y 127,49 l/s al año, pero, al considerar solamente las transferencias que ocurrieron a partir del año 2014, el promedio disminuye considerablemente a 1,33 y 55,17 l/s al año”,* concluyendo que *“debido a la baja cantidad de caudal transado y la baja frecuencia de ocurrencia de estas transacciones, es posible constatar que actualmente existe un mercado poco líquido”* (foja 196). Además, como señala la FNE a fojas 196, 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.

54. En suma, 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. Por el contrario, el bajo número de transacciones en número y volumen dan cuenta de que este mercado secundario es poco líquido, característica que no permite concluir que los derechos de aprovechamiento de aguas estén asignados a quienes más los valoran. Asimismo, es razonable inferir que la baja liquidez del mercado secundario se exagera por la sequía que afecta la zona en la que se encuentran los derechos de aprovechamiento de aguas objeto de este informe, ya que, por un lado, es probable que en ese escenario los titulares de derechos sean más reacios a transferir una parte de los mismos, disminuyendo con ello su oferta; mientras que, por otro lado, aumenta la demanda por los mismos, toda vez que otros usuarios ven reducido su acceso al recurso hídrico. Las pocas transacciones existentes son muy volátiles y no dan señales claras de escasez, lo que impide que exista un precio que permita equilibrar oferta con demanda. De este modo, acceder al no pago de la patente por no uso de estos derechos sólo agravaría la situación,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ya que no se darían los incentivos adecuados para un uso más eficiente del escaso recurso hídrico.

C.5 Mercados conexos.

55. 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.

56. Para estos efectos, las Solicitantes acompañaron un informe económico a fojas 220, que da cuenta de diversas actividades productivas relevantes en el Sector que necesitan de acceso al agua para su funcionamiento. En particular, en el Sector 2 las principales actividades productivas que utilizan derechos de agua consuntivos como insumo son la agricultura y la minería.

D. EFECTOS EN LA LIBRE COMPETENCIA

57. 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 convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

58. Sin embargo, tal como se señaló en los párrafos 25, 26 y 27 para dicha declaración debe realizarse un análisis necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectados en virtud del hecho objeto del informe, esto es, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas. Para los efectos anteriores, el análisis debe considerar cómo la creciente sequía que afecta la zona afectada aumenta los riesgos de acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares que no los utilizan y, consecuentemente, los incentivos para restringir la oferta en el mercado de dichos derechos.

59. En efecto, como hemos adelantado, la falta de dinamismo y profundidad del mercado secundario de derechos podría ser consecuencia de la sequía que afecta la zona. En un escenario de escasez de recursos hídricos, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que no los están utilizando, tenderán razonablemente a no cederlos, al menos en su totalidad. Sin embargo, lo deseable en condiciones de sequía extrema es que los derechos de aprovechamiento de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aguas que no se están utilizando sean transados a otros potenciales usuarios de estos derechos que aumentan su demanda por los mismos, ya que la sequía les afecta también a ellos negativamente al disminuir el caudal de aguas. De este modo, los derechos de aprovechamiento de aguas estarán en manos de quienes más los valoren.

60. La exención del pago de la patente anual por la no utilización de los derechos de aprovechamiento de agua a sus titulares no hace sino aumentar las posibilidades de que la oferta en el mercado secundario, ya restringida por las condiciones de sequía, se vea restringida aún más, aumentando el acaparamiento de este recurso en manos de titulares que no lo están utilizando. Lo anterior, además, considerando que la CAS 2 administra el uso del 100% de los derechos de aprovisionamiento de aguas subterráneas en la zona, por lo que en un contexto de exención en el pago de la patente se incrementa su beneficio y, por lo tanto, aumenta el riesgo que ella misma coordine a sus asociados para implementar esta práctica, dado el elevado porcentaje de derechos que administra. En este contexto, 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 una parte ellos cuando no son utilizados por sus titulares. En consecuencia, eximir de su pago genera incentivos para acaparar los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados, restringiendo, por lo tanto, la competencia y la asignación eficiente de este recurso.

61. Como se ha señalado, el análisis no puede radicarse exclusivamente en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas, ya que existen actividades que necesitan de dichos derechos para sus procesos productivos. Por tanto, estos otros mercados, aguas abajo, también deben considerarse en el análisis de competencia.

62. En relación con los riesgos a la libre competencia que podrían generarse en actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos para sus procesos productivos, la FNE señala que *“dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían 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 al Sector 2, 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 o cuenca*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos” (foja 193).

63. El Informe Económico indica, además, que la minería y la agricultura representan el 93% del agua utilizada en la cuenca del río Copiapó (foja 222), proporción que aumenta al considerar sólo el Sector Hidrogeológico 2 del acuífero Copiapó, en el cual ambas actividades alcanzan el 99% de los derechos asignados. Sobre las principales actividades económicas aguas abajo, el informe concluye que no hay riesgos anticompetitivos, principalmente debido a que: i) los propietarios de derechos de agua subterránea de la industria minera no tienen la capacidad de afectar los mercados de los productos y subproductos de esta industria pues, dada su escala de producción, ningún proyecto individual de la zona puede afectar los precios internacionales para estos productos; y, ii) la producción agrícola, principalmente uva de mesa, se destina en mayor parte a exportación y su remanente se envía a mercados nacionales, pero la participación en los mercados internacionales no es lo suficientemente relevante para que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas puedan afectar dichos mercados. Como se puede apreciar, tanto el informe de la FNE como el acompañado a fojas 220, no vislumbran mayores riesgos para la libre competencia en los mercados conexos, no existiendo otros antecedentes en el proceso que permitan a este Tribunal razonablemente inferir la existencia de potenciales efectos contrarios a la libre competencia en dichos mercados.

64. Finalmente, cabe señalar que la solicitud de la FNE consistente en que se fije un plazo para la exención del pago de patente es improcedente. Este procedimiento tiene su origen en una solicitud de informe presentada por la CAS 2, en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211, en relación con el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, por lo que esta resolución de término reviste la naturaleza de un informe cuyo único objetivo es pronunciarse, al tenor del referido artículo 129 bis, en la forma que se ha explicado en los párrafos 25, 26 y 27.

III) PARTE RESOLUTIVA

SE INFORMA, a solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta, SCM Minera Lumina Coper Chile y Agrícola Las Juntas S.A., que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercados conexos, por lo que no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Informe acordado con el **voto en contra** de la Ministra Sra. María de la Luz Domper por los siguientes motivos:

1. El mismo artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, en sus incisos 4° y 5°, 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.

2. La jurisprudencia de este Tribunal ha aplicado lo señalado en dicho artículo. En este mismo Informe se cita el Informe N° 7/2009, en el que se señala que el Tribunal *“debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia”*. Aplicando este criterio, el Tribunal emitió el Informe N° 13/2018 que, a su vez, incidía en el Sector 4 del acuífero del Río Copiapó, en el que también existían pocas transacciones en el mercado secundario y que también es parte de la Zona de Prohibición.

3. En lo que respecta a la exención del pago de patente de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, la jurisprudencia previa de este Tribunal (véase Informe N° 7/2009) establece que no se considera que existan actos o contratos que afectan la libre competencia si: (i) existe una Comunidad que administra y distribuye las aguas subterráneas, (ii) existe una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición, habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso a dichos derechos por parte de quienes lo requieren.

4. Nada justifica el cambio de criterio de este Tribunal para un Sector diferente de la misma cuenca, como se explica a continuación:

4.1 Para el Sector 2 del río Copiapó, según consta a fojas 114 y 181, existiría una Comunidad que administra las aguas subterráneas y la DGA habría declarado toda la cuenca del río Copiapó, incluyendo el Sector 2, como zona de prohibición (Resolución DGA 193 de 27 mayo de 1993). En consecuencia, no se estarían otorgando nuevos permisos para explotar aguas subterráneas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.2 Cabe precisar que es función de la respectiva Comunidad de Aguas (o junta de vigilancia en su caso) distribuir los derechos como es debido entre los distintos usuarios (artículo 241 del Código de Aguas). Si la Comunidad de Aguas no distribuye los derechos como debe o no cuenta con la infraestructura necesaria para ello, como lo ha sostenido la DGA en autos, esta entidad cuenta con las herramientas para hacerlo exigible, ello, por cuanto la ley encomienda a la DGA la fiscalización del cumplimiento de las normas dispuestas en el Código de Aguas (artículo 172 bis del Código de Aguas), facultándola, entre otras cosas, para iniciar procedimientos sancionatorios de oficio, recibir denuncias y autodenuncias, inspeccionar terrenos, solicitar el auxilio de la fuerza pública previa autorización del juez de letras competente y aplicar multas a beneficio fiscal (artículo 172 ter y 173 del Código de Aguas). Si ello es así, estaríamos frente a un problema de falta de fiscalización y no necesariamente de un atentado contra la libre competencia. Por otra parte, no está probado en autos que la Comunidad de Aguas no cuente con dichas herramientas. Tampoco se ha presentado una demanda ante este Tribunal que verse sobre dicho asunto. Aspectos que, a juicio de esta disidente, el voto de mayoría debió haber considerado para su decisión.

4.3 Respecto a si habría operado o no un mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, en el párrafo 53 de este Informe se da cuenta de las transacciones que se habrían llevado a cabo en los últimos años. Ello permite inferir que existe un mercado secundario. A juicio de esta disidente, y tal como se afirma a fojas 224, se trataría de un mercado que ha funcionado, ya que *“en el período 2005 a 2015 se transaron cerca de 732 l/s en el Sector 2, representando un 21,9% del caudal total otorgado. Esto es una señal de que existe un mercado activo. Si bien no hay límites claros para definir qué es un mercado activo, el hecho que se haya transado más de un quinto de todo el stock potencial de ser transado en once años, refleja que es un mercado que no tiene gran liquidez, pero que funciona”*.

4.4 Respecto a la posibilidad de que el no uso responda a actividades como acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas o a motivos especulativos, la propia FNE indica, a fojas 184, que, del total de pozos no operativos, *“la mitad de los casos correspondería a pozos no habilitados, tratándose de obras que no estarían finalizadas por faltar, por ejemplo, conexión eléctrica o equipo de bombeo, un tercio de los casos correspondería a pozos embancados (debido a los daños sufridos producto de aluviones, inundaciones y desborde de ríos en 2015 y 2017), mientras que los restantes serían pozos sin agua (en que el nivel freático es inferior a la profundidad del pozo)”*. A pesar de que se trata de hechos que la FNE no pudo corroborar, nada indica que el no uso de los derechos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de agua subterránea de estos pozos corresponda a actividades de acaparamiento ni tampoco a especulación.

5. Por otra parte, el voto de mayoría ahonda su análisis considerando aspectos dinámicos. Es decir, evalúa el riesgo de que en el futuro se generen actos que atenten contra la libre competencia como consecuencia de la sequía, la cual incentivaría el acaparamiento de derechos de agua no utilizados por parte del titular y afectaría con ello la libre competencia alterando, en consecuencia, la asignación eficiente del recurso (párrafo 27). No obstante, a juicio de esta disidente, dichos riesgos no son de una magnitud tal que ameriten el no otorgarle la exención solicitada. En efecto:

5.1 La FNE agrega que, si se consideran solamente los derechos subterráneos, SCM Minera Lumina Copper Chile (titular de derechos que tendría la mayor participación) tendría una participación de 21,9% en el caudal total administrado por la CAS 2 y el índice HHI sería de 948 en el Sector 2. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 2 alcanzaría un porcentaje superior al 22% del caudal asignado y que el índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración. En consecuencia, la FNE concluye que, dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos. Además, según señala la FNE a fojas 193, los mercados conexos potencialmente afectados, esto es, la minería y la agricultura, son *“mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un Sector o cuenca determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos”*. Y, a mayor abundamiento, a juicio de esta Ministra, si eventualmente ello sucediera, esto siempre puede ser conocido por este Tribunal en un procedimiento contencioso.

6. Respecto del riesgo identificado en el párrafo 60, esto es que la CAS 2, por agrupar a quienes tienen la propiedad del 100% de los derechos de agua subterráneos en dicho Sector tenga incentivos para coordinar un eventual acaparamiento de esos derechos y con ello restringir su oferta y aumentar los precios, cabe señalar que ello es contrario al fin para el cual se crean dichas comunidades, cual es el de distribuir a prorrata entre sus miembros el caudal de agua del cual se disponga en un momento determinado. Imputarle un riesgo que no ha ocurrido y por lo tanto que tampoco se ha probado, equivale a sancionarlos por una conducta contenciosa que no ha sucedido.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. Finalmente, respecto de cómo la sequía podría aumentar los riesgos de una asignación ineficiente del recurso, cabe señalar que:

7.1 La sequía genera un problema de oferta y, en un mercado que opera libremente, los precios de los recursos escasos tienden a subir. 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. Esto es precisamente lo que habría ocurrido en los últimos años en el Sector 2: se vislumbrarían pocas transacciones desde el año 2014.

7.2 El voto de mayoría atribuye el bajo número de transacciones en número y volumen al hecho de que este mercado secundario sería poco líquido. Lamentablemente se olvida que ello puede ser consecuencia de la misma escasez existente en la zona y al hecho de que no se ha ajustado la tenencia o el derecho de propiedad de cada uno al volumen proporcional que hay disponible.

7.3 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 demasiados permisos”* (fojas 177). Es decir, no ayuda en el racionamiento del uso de los mismos. Este rol lo llevan a cabo 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”*. Son estas las herramientas que permitirían darle más dinamismo al mercado secundario.

8. En conclusión, la ley permite que este Tribunal exima del pago de la patente a aquellos titulares de derechos que no utilicen las aguas siempre que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. En este caso, no hay ninguna investigación abierta en la FNE ni tampoco una demanda ante este Tribunal que nos permita inferir que existen hechos, actos o convenciones que atentan contra la libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9. Por todo lo anterior, esta Ministra considera que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad no impide, restringe ni entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Notifíquese personalmente o por cédula a las Solicitantes 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° 455-19.

JAVIER
ALONSO TAPIA
CANALES

Firmado digitalmente
por JAVIER ALONSO
TAPIA CANALES
Fecha: 2020.04.20
10:30:55 -04'00'

ENRIQUE
VERGARA VIAL

Firmado digitalmente por
ENRIQUE VERGARA VIAL
Fecha: 2020.04.20
09:52:32 -04'00'

EDUARDO
HUMBERTO
SAAVEDRA
PARRA

Firmado digitalmente
por EDUARDO
HUMBERTO
SAAVEDRA PARRA
Fecha: 2020.04.20
10:15:50 -04'00'

MARIA DE LA LUZ
DOMPER RODRIGUEZ

Firmado digitalmente por MARIA DE
LA LUZ DOMPER RODRIGUEZ
Fecha: 2020.04.20 10:35:48 -04'00'

Emitido por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez.

MARIA JOSE POBLETE
GOMEZ

Firmado digitalmente por MARIA
JOSE POBLETE GOMEZ
Fecha: 2020.04.20 10:38:19 -04'00'