

Santiago, veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés.

□Al escrito folio N° 141259-2023: a sus antecedentes.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, en estos antecedentes, rol de esta Corte Suprema N° 120.313-2022, caratulados "*Agrícola Don Alfonso SpA con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*", se ha deducido la reclamación de ilegalidad prevista en el inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, en contra del Informe N° 17/2020, dictado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") el 20 de abril de 2020, que determinó que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administran y distribuyen los reclamantes, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus 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.

SEGUNDO: Que la solicitud fue presentada ante el TDLC por la Comunidad de Aguas Subterráneas del Sector 3 del valle del río Copiapó "La Puerta - Mal Paso" (en adelante, "CAS 3"), Agrícola Campos de Cerrillos Limitada y Agrícola Don Alfonso SpA, quienes explicaron que el valle del río Copiapó se extiende por 160 kilómetros, y pasa por 3



comunas: Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera. Para estos efectos, se divide en seis sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común, siendo administrado cada uno de ellos por una comunidad.

Refirieron que, desde 1993, la cuenca del río Copiapó se encuentra declarada como "zona de prohibición" de constitución de nuevos derechos, gracias a sucesivos decretos emanados de la Dirección General de Aguas (en adelante, "DGA"), precisando que la escasez es tal que los derechos de aprovechamiento de agua formalmente constituidos son siete veces superiores al caudal de recarga del acuífero.

Indicaron que, atendida aquella situación, sólo 61 de los 107 pozos construidos por los 40 comuneros de la CAS 3 pueden ser explotados, siendo necesaria la realización de cuantiosas inversiones para profundizar los pozos restantes hasta el nivel actual de las aguas, obras que avalúa en \$100.000.000 por cada pozo.

Agregaron que, debido a aquella imposibilidad de uso, derechos de aprovechamiento de aguas de miembros de la comunidad, equivalentes a 424 litros por segundo, han sido sometidos al pago de patente por no utilización del caudal, según el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, volumen que equivale al 10,1% del total.



Argumentaron que la misma norma, en sus incisos 4° y 6° vigentes a la época de la solicitud, contiene una hipótesis de exención del mencionado tributo, consistente en la declaración, por el TDLC, que en el área en que radican los derechos de aprovechamiento no ejercidos no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, característica que concurriría respecto del caudal ocioso, por cuanto, pese a la declaración como zona de prohibición de constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, en el sector opera un activo mercado de derechos preexistentes, acompañando al efecto una tabla de cambios de titularidad.

Luego de citar como precedentes los Informes TDLC N° 7/09 y 13/18, solicitaron al Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9, incisos 4° al 6° del Código de Aguas -en su texto vigente en dicho momento-, en relación con lo previsto en los artículos 18 y 31 del Decreto Ley N° 211, se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 3 administra (4.182,35 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, para los efectos de



eximir a sus titulares del pago de patente por no uso de aguas.

TERCERO: Que, durante la tramitación del procedimiento, aportaron antecedentes la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE") y la DGA.

El primer organismo explicó que el pago de patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas se explica por criterios de eficiencia en la asignación de recursos. Así, una vez concedidos por el Estado, los derechos deben ser transados libremente en el mercado, reasignándose a quien más los valore. Desde esa perspectiva, la FNE identificó tres fenómenos que, en abstracto, podrían afectar la libre competencia: **(i)** el acaparamiento de derechos de aprovechamiento; **(ii)** la especulación, mediante el no uso de los derechos y su reventa posterior; y, **(iii)** la existencia de un actor dominante en el mercado secundario de derechos transables. Acto seguido, propuso que, en el caso concreto, el mercado relevante consistiría en el "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 3 de la cuenca del río Copiapó", describiendo, además, la existencia de un mercado conexo, aguas abajo, al cual los derechos de aprovechamiento sirven de insumo,



consistente en la industria agrícola, minera y sanitaria. En cuanto a la concentración en el mercado relevante, estimó que no se trata de un factor de riesgo, pues el índice de concentración alcanza 786 puntos HHI, inferior al umbral de 1.500 puntos HHI, adicionando que ningún comunero supera un 20% del caudal asignado al Sector 3, la suma de los tres comuneros con mayor caudal es de 39,92%, y la suma de los cinco comuneros con mayor caudal es de 53,24%, de manera tal que difícilmente podrían impedir el acceso al agua a otros actores. Con todo, calificó al mercado relevante como "poco líquido", debido a la poca frecuencia de las transacciones, realidad que podría derivar en efectos significativos en el precio de los derechos, pues la dificultad para encontrar un comprador o vendedor podría llevar a un interesado "apurado" a aceptar un precio significativamente menor o mayor al valor normal, alertando que el hecho de que existan comuneros que pagan patentes por no uso del agua es señal de la existencia de un mercado poco activo, por cuanto, de contrario, se celebrarían acuerdos para mitigar el costo de aquel gravamen, tales como el arriendo de derechos de aprovechamiento. Concluyó, por todo lo explicado, que, más allá de la falta de liquidez del mercado aguas arriba, no se aprecian, en principio, hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el sector,



y aclaró que no ha recibido denuncias ni iniciado investigaciones sobre la materia.

La DGA, en contrario, instó por el rechazo de la solicitud en todas sus partes, recordando que el listado de derechos de aprovechamiento sujetos al pago de patente por no uso se contiene en la Resolución Exenta DGA N° 3.565 de 28 de diciembre de 2018, acto que fue dictado conforme a derecho y goza de presunción de legalidad. Develó, acto seguido, que los miembros de la comunidad no cuentan con obras para hacer efectiva la extracción de las aguas, circunstancia que justifica el pago de la patente, ya que la ley no exige la utilización efectiva del caudal, pero sí contar con las obras necesarias para dicho fin. Luego, rechazó que la Comunidad cumpla los requisitos exigidos por el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas para acceder a la exención, por cuanto, tratándose de derechos sobre aguas subterráneas, no cuenta con un sistema único de administración y distribución, así como tampoco con un sistema de control de extracciones que permita distribuir las aguas entre los miembros de la organización, no existiendo un reparto proporcional de los derechos, destacando que la Comunidad, en cuanto tal, no posee sistemas de extracción propios. Por último, propuso que en el área existen los siguientes hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia:



(i) la imposibilidad de descartar la existencia de ilícitos anticompetitivos por el sólo hecho de existir transferencias de derechos de aprovechamiento; (ii) la imposibilidad de constituir nuevos derechos, atendida la prohibición vigente; y, (iii) la existencia de incentivos al uso especulativo del recurso, dado su elevadísimo valor y la imposibilidad de obtener derechos nuevos.

CUARTO: Que, en el informe reclamado, el TDLC determinó que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye la Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus 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.

Explicitó, primeramente, un cambio de criterio respecto de los precedentes del TDLC en la materia, reconociendo que en oportunidades anteriores efectuó un análisis estático sobre la presencia de conductas contrarias a la libre competencia en los mercados afectos. Sin embargo, anunció que en el caso concreto realizaría un análisis prospectivo sobre los riesgos y condiciones de competencia que pueden presentar los mercados afectos a futuro, para el caso de acceder a la exención del pago de la patente por no uso de derechos de aprovechamiento de



aguas. Justificó esta variación por tratarse de un "informe" de "naturaleza no jurisdiccional" que no tiene por finalidad establecer la existencia de conductas anticompetitivas, unido a que los riesgos pueden provenir no sólo de "conductas", sino también de otros hechos, tales como la creciente sequía que afecta al país, en especial a la zona donde se encuentran los derechos ociosos, escenario que aumenta los incentivos para que sus titulares acaparen el recurso y restrinjan la competencia.

Determinó, en segundo orden, el mercado relevante en que incide la solicitud, correspondiente al de los *"derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto superficiales como subterráneos, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alternado, del Sector Hidrogeológico"* al que pertenecen los peticionarios.

Determinó que si bien en la actualidad la distribución de los derechos de aprovechamiento de aguas entre los comuneros no implica un riesgo para la competencia, bajo una mirada prospectiva los riesgos dependen de la liquidez del mercado secundario, pues, producto de la sequía, los titulares que no usan el caudal tienen menos incentivos para venderlos a la espera de mejores condiciones (disminución de oferta), mientras que los titulares que usan el recurso ven progresivamente mermado el caudal (aumento de demanda). Por ello, en caso de no existir un



mercado líquido de derechos de aprovechamiento, no sería suficiente observar la participación para descartar riesgos para la libre competencia.

En consonancia con lo anterior, analizó las condiciones de entrada al mercado secundario, concordando con la FNE en que se trata de un mercado poco líquido, pues, si bien los solicitantes demostraron que entre 2006 y 2016 se transaron derechos de aprovechamiento por 726,9 litros por segundo en el sector, caudal equivalente al 17,4% del total, con un promedio de 7 transferencias por año, y 304 litros por segundo por año, si se consideran sólo las transacciones efectuadas desde 2008 a 2019 en el promedio disminuye a 4 transferencias por año, y 165 litros por segundo por año, disminución que podría haber tenido un efecto significativo en el precio de los derechos. Por tales datos, concluyó que no se está en presencia de un mercado dinámico y profundo, y que no es posible asegurar que los derechos de aprovechamiento de aguas estén asignados a quienes más los valoran.

Finalmente, expresó que la exención del pago de la patente anual por no uso 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 del recurso en titulares que no lo están usando, realidad a la



que cabe agregar que la Comunidad administra el 100% de los derechos del sector, por lo que la exención del pago de la patente aumentaría su beneficio y el riesgo de que ella misma coordine a sus asociados para implementar esta práctica, aclarando que los peligros detectados inciden en el mercado secundario, aguas arriba, no en los mercados aguas abajo, ámbito donde descarta toda posibilidad de riesgo anticompetitivo.

QUINTO: Que, en su reclamación, los peticionarios alegaron que el informe reclamado se ve afectado por los siguientes tres errores o vicios.

El primero de ellos consistiría en la transgresión del principio de legalidad, atendidas las competencias asignadas en esta material al TDLC. Recuerda, al efecto, que la competencia para conocer este asunto no contencioso es entregada al tribunal por el artículo 129 bis 9, inciso 5°, del Código de Aguas -vigente a la época del informe- y se limita a declarar que en el área respectiva "no existen" hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. En consecuencia, se encomienda la constatación de la situación existente al momento en que se formula la solicitud, no el análisis de eventuales e hipotéticos riesgos o escenarios futuros, de manera tal que la óptica prospectiva adoptada en el informe implica desatender la función pública para la cual fue



llamado el órgano, extralimitando su competencia. Agregó a lo dicho que el criterio adoptado desconoce la posibilidad de dejar sin efecto la medida ante la variación de las circunstancias que se tuvo a la vista, así como la potestad de fiscalización de la DGA, pues tales herramientas no serían necesarias si el TDLC contase con la competencia de efectuar un análisis prospectivo, destacando que, si bien la FNE efectuó un análisis similar, dio por concurrentes los requisitos legales necesarios para la exención, sugiriendo al TDLC únicamente establecer un plazo para tal beneficio. A consecuencia de lo resumido, aseveró que el TDLC infringió el principio de legalidad en el ejercicio jurisdiccional, recogido en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, y el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales, en su sentido orgánico, funcional y de garantías, mientras que, desde la perspectiva contraria, al no emitir el pronunciamiento que estaba llamado a hacer el TDCL infringió el deber de inexcusabilidad, previsto en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, y en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

En segundo lugar, denunció la falta de fundamentación del cambio de criterio del TDLC, alertando que la perspectiva prospectiva utilizada para analizar los mercados relevantes durante los últimos años fue criticada



por el Secretariado de la OCDE en su informe de evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile, de 2014. Sostuvo que, en el caso concreto, la evaluación prospectiva no tiene un fundamento cualitativo o cuantitativo que constituya una evidencia económica suficiente para fundar el cambio de criterio. Por el contrario, el enfoque previo, que fue plasmado en los informes 7/09 y 13/18, debió ser mantenido ante la constatación de la igualdad de circunstancias entre aquellos casos y el presente, teniendo especialmente presente que, contrario a lo aquí resuelto, existe un mercado dinámico, realidad que fue verificada en el informe económico que acompañó a su solicitud, recogido en la disidencia que transcribe. Agregó que la FNE constató que no existe evidencia de acaparamiento, sino que los pozos no utilizados no están habilitados, están embancados, o no tienen agua por la baja del nivel freático, criticando al TDLC por imputar a la comunidad futuros ilícitos anticompetitivos sin fundamentos, y por dar por supuesta una creciente escasez de agua sin considerar otros escenarios que podrían estabilizar la disponibilidad del recurso, como eventos meteorológicos o la recarga artificial del acuífero.

En tercer orden, cuestionó el informe por la falta de proporcionalidad de la decisión adoptada, puesto que se



denegó la exención pese a descartar la existencia de circunstancias contrarias a la libre competencia, acudiendo a la necesidad de precaver riesgos infundados.

Por todo lo reseñado, los reclamantes instaron por la revocación del informe impugnado, y perseveraron en la declaración requerida en su solicitud.

SEXTO: Que, tal como lo proponen los reclamantes, la jurisprudencia uniforme del TDLC sobre la materia, a partir de su Informe N° 7/2009, es conteste en concluir que el análisis del tribunal debe limitarse "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".

Agrega tal postura que, para efectos de la exención del pago de patente de derechos de aprovechamiento de aguas por no uso, 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, ha operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso a dichos derechos por parte de quienes lo requieren.



SÉPTIMO: Que, a entender de esta Corte Suprema, no resulta atendible modificar tal perspectiva, sustituyéndola por un análisis prospectivo, especialmente considerando que el criterio original se plasmó en el Informe TDLC N° 13/2018, que accedió a idéntica declaración a la que ahora se pide respecto del Sector 4 del acuífero del río Copiapó, cuyo mercado relevante presentaba circunstancias del todo asimilables a las que aquí fueron establecidas, de manera tal que, con la decisión reclamada, uno de los seis sectores del acuífero quedaría exento del pago de un tributo y los restantes cinco se mantendrían afectos, escenario incompatible con la garantía de igual distribución de las cargas públicas prevista en el artículo 19, numeral 20 de la Constitución Política de la República.

En el mismo sentido, la sequía en incremento que afecta al área geográfica de que se trata tampoco puede ser considerada, por sí, como una justificación para la nueva orientación adoptada por el TDLC, por cuanto en el Informe reclamado no se ha fundamentado cómo tal variación climática afectaría concretamente a los derechos de aprovechamiento de aguas objeto del tributo objeto de la controversia, vacío de argumentación técnica que tampoco fue suplido por la DGA al aportar antecedentes, siendo éste el organismo técnico llamado a hacerlo.



OCTAVO: Que, dicho lo anterior, el análisis sobre la concurrencia de los requisitos desglosados en el motivo sexto que antecede lleva a entender, en primer lugar, que los derechos son administrados por la Comunidad de Aguas reclamante, organización que, de no contar con los medios necesarios para la extracción y distribución del caudal cuya extracción ha sido autorizada a los comuneros que la componen, podría ser objeto de procedimientos de fiscalización y sanción por parte del organismo competente para ello, esto es la DGA, sin que conste que tal potestad haya sido ejercida ni que los hechos propuestos por al aportar antecedentes hayan sido constatados.

Luego, siendo un hecho pacífico que el sector donde incide la solicitud se encuentra bajo prohibición de constitución de nuevos derechos, a entender de esta Corte Suprema los datos entregados por la FNE denotan que opera un mercado secundario activo de transmisión y transferencia de derechos de aprovechamiento de agua, puesto que en el último tiempo una importante proporción de los activos transables ha cambiado de dominio, sin que aparezca justificado, de manera alguna, que el precio de aquellas operaciones se viese alterado al alza o a la baja por entorpecimientos competitivos.

NOVENO: Que, corolario de lo explicado, tanto la reclamación como la solicitud serán acogidas, al cumplirse



los requisitos para ello, teniendo en especial consideración, además, que no existe ninguna investigación iniciada o demanda presentada que denote indicios de impedimentos, restricciones o entorpecimientos competitivos en el mercado relevante.

Por estos fundamentos, disposiciones citadas y lo establecido en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, **se acoge** la reclamación deducida en contra del Informe N° 17/20 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y en su lugar **se declara** que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 3 administra son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, para los efectos de eximir a sus titulares del pago de patente por no uso de aguas.

Acordado con el **voto en contra** de los Ministros Sres. Carroza y Gómez (S), quienes fueron de parecer de rechazar la reclamación por los siguientes motivos:

1.- Que, a entender de estos disidentes, cuando el artículo 129 bis 9, inciso 5° del Código de Aguas -según su texto vigente a la época de la solicitud- instruye al TDLC verificar la existencia de hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, no sólo faculta, sino que ordena al tribunal efectuar un



análisis completo sobre el mercado relevante, adoptando una óptica necesariamente prospectiva o preventiva, por cuanto, de verificar la actual concurrencia de alteraciones de aquella naturaleza, la potestad a ejercer sería aquella prevista en el numeral 1° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211. De este modo, no puede reprocharse al TDLC haber obrado con exceso de poder, así como tampoco incumplir el deber de inexcusabilidad, como erradamente se plantea en el primer capítulo de la reclamación.

2.- Que lo concluido en el numeral anterior es suficiente para descartar, también, el segundo apartado del arbitrio en estudio, si se considera que la adopción de un criterio distinto en los precedentes que invocan los reclamantes no desvirtúa lo razonado, unido a que el transcurso del tiempo y el agravamiento de la sequía que afecta al sector en que incide la solicitud puede ser considerado, autónomamente, como una modificación de las circunstancias de hecho habilitante para la alteración de la línea de decisión del tribunal recurrido.

3.- Que, en todo lo demás, quienes disiente coinciden con los argumentos contenidos en el informe reclamado, resumidos en el motivo cuarto del fallo que antecede.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Abogado Integrante Sr. Águila, y de la disidencia sus autores.



Rol N° 120.313-2022.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Mario Carroza E., Sr. Jean Pierre Matus A. y Sr. Mario Gómez M. (s) y por el Abogado Integrante Sr. Pedro Águila Y. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros Sra. Vivanco por estar con permiso y Sr. Gómez por haber concluido su período de suplencia.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Mario Carroza E., Jean Pierre Matus A. y Abogado Integrante Pedro Aguila Y. Santiago, veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

