

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

**Resolución N° 18/2006.**

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil seis.

**PROCEDIMIENTO:** NO CONTENCIOSO

**ROL:** NC N° 113-06

**SOLICITANTE:** COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

**OBJETO:** SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DEL DICTAMEN N° 992, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996, DE LA H. COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL, SOBRE USO DE LOS DERECHOS DE AGUAS EN EL MERCADO DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA

**VISTOS:**

A. LA SOLICITUD DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA.

1. Con fecha 2 de diciembre de 2005, mediante Oficio Ordinario N° 1626, de la misma fecha, que rola a fojas 2 de autos, la Comisión Nacional de Energía (CNE), solicitó a este Tribunal eliminar o, en su caso, modificar, la recomendación contenida en el párrafo 16.4 del Dictamen N° 992, de 25 de noviembre de 1996, de la Honorable Comisión Preventiva Central (CPC), sobre uso de los derechos de aguas en el mercado de la generación eléctrica, en adelante también “el Dictamen”, por las siguientes razones:

1.1.- Que este dictamen tuvo su origen en la solicitud de la CNE para que la CPC se pronunciase respecto de la eventual afectación a la libre

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

competencia en el caso de concederse nuevos derechos de aprovechamiento de agua que fueran solicitados por Endesa S.A.

1.2. Que la CPC emitió su dictamen teniendo en consideración la opinión de la Dirección General de Aguas (DGA), la de diversas empresas y el proyecto de ley que a la época se tramitaba en el Congreso. Este último modificó recientemente el Código de Aguas con el objetivo, entre otros, de corregir la situación de no utilización de los recursos hídricos que permitía a su titular mantener tales derechos en desuso sin soportar gravamen alguno;

1.3. Que la CPC, en su Dictamen N° 992, emitió la siguiente recomendación: *“16.4 Que esta Comisión, en el ejercicio de las atribuciones de carácter preventivo que le otorga el citado cuerpo legal, recomienda a la Dirección General de Aguas que, en general, se abstenga de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas, mientras no esté en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario, según corresponda, que asegure un adecuado uso de las aguas, a menos que se trate de proyectos específicos de interés general que así lo justifiquen”*;

1.4. Que en julio de 2005 fue publicada la Ley N° 20.017, que modificó el Código de Aguas, con lo que, en opinión de la CNE, se habría cumplido la condición que impuso la CPC para la permanencia en vigor de la recomendación contenida en el número 16.4. del Dictamen;

1.5. Que, a partir de la dictación del Dictamen y hasta la dictación de la Ley N° 20.017, la DGA consultaba a la CNE para que evacuara un informe respecto de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos presentados ante dicha repartición, para que fuera esa Comisión la que definiera si éstos debían ser considerados como de interés general. Hasta la fecha, la CNE ha debido emitir pronunciamiento en más de un centenar de casos.

Agrega que, en la práctica, lo que hacía la CNE al recibir una solicitud de pronunciamiento por parte de la DGA era pedir, a su vez, al solicitante del derecho de aprovechamiento de aguas, mayor información respecto del proyecto asociado a la petición. Una vez recibida ésta, se oficiaba a la DGA

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

con el pronunciamiento respectivo, pero siempre enfocando el análisis exclusivamente en aspectos de políticas energéticas;

1.6. Que, como se dijo, la Ley N° 20.017 modificó el Código de Aguas con el objeto de promover el uso racional y sustentable de los recursos hídricos. Con la reforma se buscó permitir un acceso competitivo y transparente al mercado del agua, favoreciendo la libre competencia y disminuyendo las barreras de entrada a la generación hidroeléctrica;

1.7. Que, en lo que interesa a la materia de autos, se estableció con esta reforma legal una patente anual y progresiva por el no uso del derecho de aprovechamiento de aguas (artículos 129 bis 4 a 129 bis 21, del Código de Aguas). Con ello se habría buscado desincentivar las solicitudes de derechos de aguas con fines especulativos o con el objeto de imponer barreras a la entrada por la vía de impedir el acceso a este insumo esencial;

1.8. Que las modificaciones descritas al Código de Aguas constituyen un régimen nuevo, en consideración al cual, en opinión de la CNE, el Tribunal debería derogar la recomendación contenida en el ya nombrado párrafo 16.4. del Dictamen.

Esto sería a su juicio acorde con la doctrina emanada de la Resolución N° 8/2005 del Tribunal que, pronunciándose sobre la consulta de Edelnor S.A. sobre revisión del Dictamen N° 1173 de la CPC, resolvió respecto de la pervivencia de decisiones de organismos antimonopolio que pueden pugnar con legislaciones especiales posteriores;

1.9. Afirma la CNE que el caso que motiva esta consulta es idéntico al citado en el párrafo anterior toda vez que la recomendación de la CPC es anterior a la Ley N° 20.017, legislación especial que habría subsanado las causas que motivaron la dictación del Dictamen N° 992;

1.10. Que, por las razones expuestas, solicitó al Tribunal dejar sin efecto la recomendación contenida en el párrafo 16.4 del Dictamen N° 992, de 22 de noviembre de 1996.

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

2. A fojas 33 y con fecha 12 de enero de 2006, se dió inicio al procedimiento del artículo 31° del Decreto Ley N° 211 (DL 211), y este Tribunal ordenó notificar de la consulta de autos al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (Minecon), a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y a la Dirección General de Aguas, a fin de que aportaran antecedentes al respecto.

**B. EL INFORME DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.**

3. A fojas 40 y siguientes rola el informe de la FNE, que en síntesis concluye lo siguiente:

3.1. Que comparte los términos de la solicitud de la CNE de dejar sin efecto la prevención contenida en el párrafo 16.4 del Dictamen N° 992/1996 de la CPC, por haber entrado en vigencia la ley N° 20.017, de 16 de junio de 2005, que regula igual materia;

3.2. Que la CPC tuvo en vista para emitir su dictamen que la legislación vigente a la fecha de su dictación permitía obtener derechos de aprovechamiento de aguas sin necesidad de justificar su utilización y sin desincentivar su no utilización, lo que posibilitaba la acumulación de derechos de aguas con ánimo de imponer una barrera a la entrada en la generación de energía hidroeléctrica;

3.3. Que la prevención que se solicita dejar sin efecto fue concebida, en opinión de la FNE, como transitoria. En efecto, la parte considerativa del Dictamen da cuenta que la CPC tuvo presente la existencia de un proyecto de ley que a la postre se convirtió en la legislación que modificó el Código de Aguas. La modificación en cuestión introdujo el pago de un derecho o patente anual proporcional a la parte no utilizada de los caudales relativos a derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos de ejercicio permanente;

3.4. Que, en consecuencia, para la FNE ha desaparecido la causa que motivó la prevención que se solicita eliminar por lo que sería a su juicio procedente dejarla sin efecto. Ello sin perjuicio de las facultades legales del Tribunal y de la propia FNE de solicitar la modificación, derogación o

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

complementación de normas legales o reglamentarias, de solicitar y dictar instrucciones de carácter general y de solicitar y disponer el término, modificación o condicionamiento de determinados actos o contratos.

C. ANTECEDENTES APORTADOS A LA CONSULTA.

4. A fojas 43 rola el Oficio Ordinario N° 432, de 31 de enero de 2006, del Ministerio de Energía, en el que informa al Tribunal que no tiene más antecedentes que aportar sobre el asunto de autos que pudiesen añadirse a los ya entregados por la CNE en la solicitud que originó este proceso.

5. A fojas 50 la CNE acompañó las publicaciones realizadas con fecha 10 de marzo del presente año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31° del Decreto Ley N° 211, para dar publicidad a la consulta de autos y permitir que los legítimos interesados aporten antecedentes respecto de la misma.

6. Con fecha 28 de marzo del presente año, la sociedad Ganadera Río Baker Limitada y la sociedad Ganadera Río Cochrane Limitada, en adelante “las Ganaderas” aportaron antecedentes en una presentación conjunta que rola a fojas 66 y siguientes de autos. En ella, en síntesis, expresan:

6.1. Que la solicitud efectuada por el Presidente de la CNE en 1996, que dio origen al Dictamen N° 992, fue fundamentada por la autoridad en las siguientes consideraciones: i) que Endesa era a la fecha propietaria de un 67% del total de la capacidad hidroeléctrica asociada a los derechos de aguas; ii) que la mencionada empresa era, a esa fecha, propietaria de un 44% de la capacidad asociada a los principales recursos no empleados y potencialmente explotables; iii) que, de otorgarse a Endesa los derechos de aprovechamiento de aguas en trámite en esa época, pasaría a controlar 68% de la capacidad asociada a los principales recursos explotables; iv) Que Endesa era, a esa fecha, propietaria de un 47% de la capacidad asociada a los principales recursos explotables en la zona de Aysén; v) que de otorgarse a Endesa los derechos de aprovechamiento de aguas en trámite en la Undécima Región, ésta pasaría a controlar el 74% de la capacidad asociada al total de los principales recursos hídricos disponibles en la zona; vi) que todo lo anterior denotaba una elevada concentración de los derechos de

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

aguas en poder de Endesa, la que se vería incrementada si las solicitudes pendientes eran resueltas favorablemente; vii) que en opinión del Ministro Presidente de la CNE de la época, un mayor control de derechos de aguas por parte de Endesa constituiría una limitación a la competencia y un serio perjuicio para los consumidores; y, viii) que, en particular, en el caso de Aysén, los derechos ya otorgados a esa fecha superaban en varias veces la capacidad necesaria para emprender los proyectos más ambiciosos que hubieran sido concebidos;

6.2. Que, durante la tramitación del procedimiento que dio lugar al Dictamen, la DGA y el Ministro de Obras Públicas de la época informaron a la CPC que Endesa hizo innumerables presentaciones a lo largo del país, pretendiendo que se constituyeran a su favor derechos de aprovechamiento de aguas de tal cantidad y magnitud que, en los hechos, constituiría un virtual estanco en la actividad de generación de energía a través de centrales hidroeléctricas. Asimismo la DGA informó que a esa fecha Endesa tenía constituidos derechos de aprovechamiento de aguas por un caudal superior a los 7590 m<sup>3</sup>/s, y que las solicitudes en trámite, respecto de la cuales se habían interpuesto recursos judiciales, equivalían a 6900 m<sup>3</sup>/s, lo que implicaría la posibilidad de duplicar los derechos que ya detentaba;

6.3. Que, en opinión de las Ganaderas, este Tribunal carecería de competencia para emitir el pronunciamiento pedido en autos por la CNE, toda vez que la facultad para hacerlo no es de las que el Decreto Ley N° 211 le entrega en su artículo 18°;

6.4. Que las Ganaderas tienen interés para presentar antecedentes en este proceso toda vez que revisar o modificar el Dictamen afecta el interés pecuniario de estas sociedades por las siguientes razones: i) los predios de propiedad de ambas sociedades colindan con cursos de aguas, recurso necesario para el desarrollo de sus actividades de ganadería y otras actividades agropecuarias en la XI Región, por lo que se requiere que no se afecten los mismos. La Ganadera Río Baker posee un predio en la zona, y seis la Ganadera Río Cochrane; ii) las Ganaderas no pueden acceder a los

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

derechos de aprovechamiento de aguas que requieren por poseer Endesa, a lo menos, el 50% de los derechos de aprovechamiento de aguas de la zona;

6.5. Que los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados a Endesa S.A. en Aysén configuran actualmente una posición monopólica de la misma, pues comprenden los principales recursos hídricos de las comunas de Río Ibáñez, O'Higgins y Cochrane en la XI Región y además su empresa relacionada Chilgener también detenta derechos de aguas;

6.6. Que el artículo 4° del DL 211 dispone que no podrán otorgarse concesiones que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas;

6.7. Que Endesa se encuentra proyectando la construcción de a lo menos cuatro centrales hidroeléctricas en la XI Región de Aysén, las que inundarían las cuencas de los ríos Baker y Pascua, afectando a los predios colindantes;

6.8. Que las aguas son, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 595 del Código Civil, bienes nacionales de uso público, cuyo dominio pertenece a la nación toda, lo que no se condice con el hecho de que más de la mitad de dichas aguas estén en manos de una sola persona jurídica;

6.9. Que otorgar más derechos de aguas a Endesa, afectaría el ejercicio de los derechos de propiedad de las Ganaderas sobre sus predios y su derecho constitucional de realizar una actividad económica;

6.10. Que la dictación de la Ley N° 20.017 no implica el cumplimiento de la condición impuesta por el Dictamen N° 992, pues el pago de patentes por no uso que contempla el nuevo Código de Aguas puede servir para incentivar el uso efectivo de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados, pero no asegura un uso no abusivo ni monopólico de los mismos;

6.11. Que, el Código de Aguas señala en su artículo 129 bis 4 que *“los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente respecto de los cuales su titular no haya construido las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, estarán afectos a la proporción no utilizada de sus respectivos caudales al pago de una patente anual a*

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

*beneficio fiscal...".* Por su parte, el mencionado artículo 129 bis 9, prescribe que *"no se podrán considerar sujetos al pago de la patente referida, aquellos derechos de aprovechamiento para los cuales existan obras de captación de aguas. En el caso de los derechos no consuntivos, deberán existir también las obras necesarias para su restitución"*. De acuerdo con lo anterior si el titular de los derechos construye obras de captación, se vería eximido del pago de patentes. A juicio de las Ganaderas, la construcción de estas obras no constituiría un desembolso pecuniario importante para Endesa;

6.12. Que corresponde, en opinión de las Ganaderas, que el Tribunal estudie los derechos de aprovechamiento de aguas ya otorgados a las empresas eléctricas, a la luz de las disposiciones antimonopólicas;

6.13. Que, en virtud de todo lo expuesto, las ganaderas solicitan al Tribunal tener presente los antecedentes aportados y, en definitiva, desechar lo pedido por el Secretario Ejecutivo de la CNE por carecer de competencia para ello. En subsidio, solicita se rechace derechamente la solicitud. En subsidio, solicita se emita un pronunciamiento sobre la posición de Endesa como titular de derechos de aprovechamiento de aguas a la luz de las normas del DL N° 211, y acerca de si la dictación de la Ley N° 20.017 asegura un adecuado uso de las aguas para los efectos de las normas antimonopólicas, a la luz de los derechos de aprovechamiento de aguas ya otorgados a las empresas eléctricas.

7. A fojas 85 y siguientes consta la presentación realizada con fecha 28 de mayo de 2006 por la Empresa Nacional de Electricidad S.A., Endesa, la que expone, en síntesis, lo siguiente:

7.1. Que, amparada en el Dictamen N° 992, la DGA se ha abstenido de otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas de carácter no consuntivo a Endesa desde hace casi 10 años, con la sola excepción de los derechos correspondientes al proyecto Neltume en la X Región, por haber sido considerado por la CNE como de interés general;

7.2. Que, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.017, se incorporaron al Código de Aguas los siguientes elementos relevantes para la resolución de la



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

consulta de autos: i) la creación de una patente por no uso del recurso, lo que hace económicamente no racional el mantener derechos de aprovechamiento de aguas sin explotarlos, existiendo las condiciones para hacerlo, permitiendo el normal y libre funcionamiento del mercado; ii) la apertura a terceros de procedimientos de remate de derechos de aprovechamiento de aguas en los que no exista caudal disponible para satisfacer las solicitudes de más de un interesado, que además significa una ampliación virtual del plazo para oponerse a la solicitud, de los 30 días del antiguo procedimiento, a 6 meses, por aplicación del artículo 142 del Código de Aguas; y, iii) la necesidad de invocarse un uso determinado y coherente del el caudal solicitado, en la solicitud de otorgamiento de nuevos derechos, según dispone el artículo 140 N° 6 y 147 bis del Código de Aguas y artículo 1° transitorio de la Ley 20.017;

7.3. Que es público el interés de Endesa de iniciar los actos preparatorios de una serie de proyectos hidroeléctricos, principalmente en la zona de Aysén, que utilizarán recursos respecto de los cuales se cuestionó en algún momento el real interés de la compañía por explotarlos. Cabe hacer presente a este respecto, la solicitud de concesión eléctrica provisional iniciada por Endesa ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles con fecha 30 de septiembre de 2005 y el actual desarrollo, a través de su filial Endesa Eco S.A., de los proyectos de centrales hidroeléctricas Ojos del Agua y Los Cóndores, en la cuenca del Maule, cuyos antecedentes acompañó.

8. A fojas 92 y siguientes rola Oficio Ord. N° 302, de 4 de abril de 2006, de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas (DGA), mediante el cual dicha repartición aporta antecedentes a la consulta de autos, expresando:

8.1. Que, hasta la dictación de la Ley N° 20.017, la legislación permitía mantener gratuitamente a lo largo del tiempo el derecho de aprovechamiento en poder de su adjudicatario, quien no estaba obligado a usar las aguas para un fin determinado;

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

8.2. Que el nuevo Código de Aguas somete a los titulares de derechos de aprovechamiento, cuyas aguas no estén siendo utilizadas en todo o en parte, al pago de una patente, tanto para los ya constituidos como para aquellos que se otorguen en el futuro. El monto de las patentes en el caso de los derechos no consuntivos difiere entre las cuencas hidrográficas del norte, centro, sur y del extremo sur del país, en razón de la cantidad de aguas existentes en ella. Se definen distintos valores según se trate de derechos consuntivos, no consuntivos, permanentes o eventuales. Para hacer efectivo el incentivo económico de la patente, se adoptó el sistema de aumento progresivo de la misma según el tiempo que se prolongue la no utilización de las aguas, y un procedimiento judicial para su cobro, que puede concluir con el remate de todo o parte del derecho en cuestión;

8.3. Que la Ley N° 20.017 faculta a la autoridad para limitar o denegar solicitudes cuando razones de bien público lo justifiquen. Así, el Director General de Aguas mediante un acto administrativo fundado, puede limitar el caudal de una solicitud de derecho de aprovechamiento bajo ciertas condiciones. Por otra parte, el Presidente de la República está facultado en la nueva legislación para denegar parcialmente una petición de derecho de aprovisionamiento de agua, cuando ello sea necesario para reservar el recurso para el abastecimiento de la población, por no existir otros medios para obtener el agua, o bien, por circunstancias excepcionales y de interés nacional, tratándose de derechos no consuntivos;

8.4. Que el nuevo Código de Aguas estableció límites razonables a la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, los que se traducen en la obligación de justificar la necesidad del agua solicitada. Así, el nuevo artículo 140 establece los requisitos, datos y menciones que debe contener la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas por acto de autoridad. Por ejemplo, en casos que se solicite en una o más peticiones un volumen de agua superior a determinados caudales, el solicitante deberá acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. El Director General de Aguas puede limitar la solicitud si detecta que no hay relación entre la

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

cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados, y los caudales señalados en una tabla de equivalencia entre caudales y usos;

8.5. Que, de lo expuesto, la DGA concluye que en la actualidad existe un nuevo régimen jurídico que establece un mecanismo que introduce absoluta transparencia en el mercado del insumo esencial para la generación hidroeléctrica, facilitando el ingreso de nuevos inversionistas al sector, ya que desincentiva las barreras artificiales a la entrada, permitiendo, de esta forma, un uso racional y eficiente del recurso. Por ello, las distorsiones que producía la legislación vigente al tiempo de expedir el referido dictamen habrían sido superadas con la nueva legislación;

8.6. Que, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.017 y desde el Dictamen N° 992, la DGA remitió a la CNE todos los proyectos relativos a solicitudes de aprovechamiento no consuntivos, a objeto de que dicho organismo técnico los calificara, o no, como de interés general, y resolvió en base a esa calificación. En la actualidad, luego de la modificación del Código de Aguas, la DGA no ha remitido a la CNE los proyectos relativos a solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, sino que ha procedido a constituirlos, denegarlos o limitarlos, de acuerdo con la nueva normativa.

9. A fojas 109 y siguientes rola el Informe Técnico N° 106, remitido a petición de este Tribunal por el Director General de Aguas, que contiene el listado, actualizado al 17 de abril del presente año, de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos en la XI Región a favor de Endesa. Asimismo, el informe en cuestión contiene un listado de solicitudes en trámite, tanto a nivel regional como nacional, obtenidas del Catastro Público de Aguas (CPA). También informa acerca de la disponibilidad en las cuencas de la XI Región y qué derechos solicitados agotarían la respectiva cuenca. Se acompaña además una oposición de Endesa a solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas de terceros en la zona, y fotocopias de diversas resoluciones de la DGA que constituyen derechos de aprovechamiento de aguas en favor de ENDESA;

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

9.1. Que el informe reseñado en el número anterior fue complementado con el Oficio N° 710 de 26 de julio del presente año, del Director General de Aguas, que rola a fojas 229 y siguientes. Este oficio y sus antecedentes anexos contienen información relativa a los derechos de aprovechamiento no consuntivos de los que son titulares Endesa S.A. y Colbún, actualizada al mes de mayo de 2006.

10. A fojas 239 y siguientes rola una presentación de Endesa, de fecha 9 de agosto del presente año, en la que realiza observaciones a lo informado por la DGA en autos y hace presente los que, a su juicio, son errores contenidos en los informes de la misma.

11. A fojas 253 y siguientes rola el “Informe técnico económico sobre la solicitud de modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central” redactado por el economista Andrés Gómez-Lobo y acompañado al proceso a fojas 292 por las Ganaderas. El informe en cuestión argumenta en síntesis lo siguiente:

11.1. Que las modificaciones al Código de Aguas no alteran significativamente las condiciones que llevaron a la CPC a dictar la recomendación a la DGA de abstenerse de otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, por lo que dejar dicha recomendación sin efecto sería perjudicial para la libre competencia en el sector. Las razones esgrimidas se pueden resumir en los siguientes puntos:

i) Que la concentración en la etapa de generación del SIC sigue tan alta como en 1996 (fecha del Dictamen N° 992); y esto, sumado a la alta concentración en los derechos de aguas ya otorgados, sigue siendo una amenaza a la libre competencia. Lo anterior, dado que las grandes generadoras pueden (en un sistema como el SIC) alterar el precio spot de la energía mediante sus decisiones de inversión en distintos tipos de generadoras, obteniendo rentas sobrenormales;

ii) Que la modificación al Código de Aguas no reduce las barreras de entrada existentes al sector de generación eléctrica en el SIC, por las siguientes razones:

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

a) El artículo 2° transitorio del Código exime del pago de patente por no uso a los derechos no consuntivos en la Provincia de Palena y las regiones XI y XII, hasta el año 2013;

b) Dicha patente no se paga si existen obras de captación de aguas, y en el caso de derechos no consuntivos, obras de restitución de las mismas. Esto implica que bastaría con construir obras menores para eximirse del pago de la patente por no uso;

c) El monto de la patente es muy bajo como para afectar los incentivos y el comportamiento de una empresa de la envergadura de Endesa;

d) Por último, en la Provincia de Palena, y en las regiones XI y XII, ni siquiera se cumple formalmente con el requisito de que “esté en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario” señalado en el numeral 16.4 del Dictamen;

11.2. Que este informe, en su páginas 16 y 17 sostiene, citando los antecedentes del proceso seguido en este Tribunal referido al “Proyecto Aysén”, que Endesa es actualmente dueña del 54,8% de los derechos de aprovechamiento constituidos en el país y que, si se analiza la situación particular de la XI región, se puede observar que Endesa controla el 98% de los derechos no consuntivos ya aprobados en la misma. Si se consideran los caudales pendientes de aprobación y estos se llegaran a otorgar según las solicitudes correspondientes, Endesa controlaría el 56% de los derechos no consuntivos de todo el país.

12. A fojas 318, rola el oficio N° 854 de la DGA de fecha 13 de septiembre de 2006 que complementa, a petición del Tribunal, la información que esta repartición ha allegado al proceso. En este oficio se reporta sobre las seis resoluciones que constituyeron derechos de aprovechamiento a favor de Endesa, y se adjunta copia de todas ellas. Además se adjunta el listado de las solicitudes de Endesa que se encuentran en trámite ante ese Servicio.

13. A fojas 321, consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 11 de octubre de 2006, y a fojas 329 la CNE acompañó, con fecha 6 de octubre de 2006, la publicación respectiva, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 31° del DL 211, la que se efectuó el día 27 de septiembre del presente año.

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

14. A fojas 344, ENDESA acompaña escritura pública, de fecha 5 de septiembre de 2005, en la que consta su renuncia parcial a ocho derechos de aprovechamiento no consuntivos en la XI Región, por un caudal total de 270 m<sup>3</sup>/s., y copia de la comunicación de esa renuncia a la DGA. A fojas 950, también acompaña un informe del economista Sr. Ricardo Paredes, en relación a esta consulta.

15. Con fecha 11 de octubre de 2006 se realizó la audiencia pública, interviniendo la consultante y los interesados que aportaron antecedentes dentro del plazo señalado en el D.L. N° 211, ya mencionados.

16. Dentro del período establecido al efecto, las Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Cochrane Ltda. presentaron observaciones al informe del Sr. Ricardo Paredes y respecto de la renuncia parcial de derechos acompañada por ENDESA.

**CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 18°, número 2, del D.L. N° 211, la Comisión Nacional de Energía ha consultado a este Tribunal la modificación del Dictamen N° 992 de la H. Comisión Preventiva Central, de 25 de noviembre de 1996, a la luz de las actuales circunstancias de hecho y normativa vigente, en particular respecto de la recomendación contenida en el párrafo 16.4 de dicho Dictamen;

**Segundo.** Que la referida recomendación 16.4 del Dictamen N° 992 de la H. Comisión Preventiva Central, cuya vigencia se consulta, estableció: *“Que esta Comisión, en ejercicio de las atribuciones de carácter preventivo que le otorga el citado cuerpo legal, recomienda a la Dirección General de Aguas que, en general, se abstenga de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas, mientras no esté en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario, según corresponda, que asegure un adecuado uso de las aguas, a menos que se trate de proyectos específicos de interés general que así lo justifiquen”*;

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

**Tercero.** Que este Tribunal estima oportuno hacerse cargo de las alegaciones formuladas en estrados, respecto de sus facultades para modificar o dejar sin efecto dictámenes de la H. Comisión Preventiva Central o resoluciones de la H. Comisión Resolutiva, reiterando que — tal como ya había dispuesto en su Resolución N° 8 del año 2005, en concordancia con el artículo 3° del Código Civil y con lo expresamente dispuesto por el legislador en el artículo 32° del D.L. N° 211—, las decisiones de este Tribunal y de los organismos de los que es sucesor legal, producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en el que se ha producido, o con relación al estado de cosas (persona, objeto y causa) tenido en consideración al decidir. Esto es lo que se conoce en doctrina como cosa juzgada formal, que tiene como característica la de la inimpugnabilidad, pero carece de inmutabilidad, como lo sostuvo en su oportunidad la Honorable Comisión Resolutiva en la Resolución N° 667, de fecha 30 de octubre de 2002, y tal como se dispone en la Resolución N° 8 ya citada.

Por consiguiente, sobre la base de nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o impartir una instrucción, la cuestión puede renovarse por medio de alguna de las vías procesales establecidas en el D.L. N° 211 para dar inicio a un procedimiento ante este Tribunal.

Así, es legítimo y necesario, atendida la naturaleza esencialmente dinámica de los mercados en los que se desarrollan los hechos que se someten a su conocimiento, que este Tribunal pueda y deba pronunciarse de manera distinta a como lo hizo en el pasado, o a como lo hicieron los organismos de los que es sucesor legal, ante hechos que, en apariencia, son similares a aquellos sobre los que ha recaído alguna calificación determinada;

**Cuarto.** Que, en consecuencia, es preciso en primer término establecer las circunstancias de hecho que, según expone el Dictamen N° 992 de 1996, fueron consideradas en esa época por la H. Comisión Preventiva Central para emitir la recomendación que, por vía de consulta, ahora se pretende

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

modificar o dejar sin efecto, a fin de contrastarlas con los nuevos antecedentes que se han presentado en autos. Las circunstancias tenidas en cuenta por la H. Comisión Preventiva Central fueron las siguientes:

- a. Que la legislación vigente a la época no establecía incentivos al uso eficiente de los recursos hídricos, ni impedía su acaparamiento con fines anticompetitivos (párrafo 13.1 del Dictamen);
- b. Que Endesa disponía del 60% de la capacidad instalada de generación en el Sistema Interconectado Central, un 67% de la capacidad hidroeléctrica instalada en el mismo Sistema; derechos de aprovechamiento de aguas correspondientes al 35% de la capacidad potencial total a instalar en la zona central; y el 77% de los mejores proyectos hidroeléctricos desarrollables hasta el año 2020 (párrafo 13.4 del Dictamen);
- c. Que, además, Endesa mantenía, a esa época, solicitudes pendientes de derechos de aprovechamiento de aguas que, de concederse, le permitirían alcanzar el 55% del potencial hidroeléctrico total a explotar (párrafo 13.4 del Dictamen);
- d. Que, en la XI Región, Endesa poseía derechos de aprovechamiento de aguas constituidos equivalentes al 47% del total utilizable en generación hidroeléctrica y solicitudes pendientes que, de concederse, incrementarían su participación al 74% del total (párrafo 13.4 del Dictamen);
- e. Que Endesa poseía el 59% de los derechos de aprovechamiento de aguas utilizados en generación hidroeléctrica, el 58% de los derechos constituidos sin uso, y el 42% de las solicitudes en trámite de derechos con aptitudes hidroeléctricas (párrafo 13.5.4. del Dictamen);
- f. Que, de acuerdo a lo descrito, se observó una elevada concentración de los derechos de aguas con potencial hidroeléctrico en poder de ENDESA, tanto en magnitud como en calidad, lo que se vería notablemente incrementado si se le concediesen además los que ya había solicitado (párrafo 14 del Dictamen);



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

- g. Que esta concentración del principal recurso energético del país constituiría una importante barrera de entrada para potenciales nuevos inversionistas en el sector hidroeléctrico, limitando considerablemente la competencia en el mismo (párrafo 14 del Dictamen);
- h. Que si los recursos hídricos aptos para generar electricidad no se encontraran disponibles en forma oportuna, probablemente se produciría un aumento en el precio de la energía por el retraso en la entrada de nuevas centrales (párrafo 13.3 del Dictamen);
- i. Que la posibilidad de restringir de manera estratégica la oferta futura de electricidad, controlando los derechos de aprovechamiento de aguas, afectaría los precios en desmedro de los consumidores, obteniendo Endesa mayores ingresos por las ventas de electricidad de sus instalaciones existentes, los que serían significativos si además poseía una participación importante en la capacidad instalada (párrafo 13.3. del Dictamen);

**Quinto.** Que, por otra parte, aun cuando el Dictamen N° 992 no estableció la necesidad de consultar específicamente a la Comisión Nacional de Energía respecto del carácter de interés general de un determinado proyecto asociado a solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, la Dirección General de Aguas remitió a la Comisión Nacional de Energía, entre 1996 y la dictación de la Ley N° 20.017, que modificó el Código de Aguas, todos los proyectos relativos a solicitudes de derechos de aprovechamiento no consuntivos, a objeto de que dicho organismo técnico los calificara como de interés general o no, según afirma esa Dirección en su informe de fojas 92. En base al pronunciamiento relativo al interés general evacuado por la Comisión Nacional de Energía, la DGA resolvía acoger o denegar las solicitudes de derechos de aguas;

**Sexto.** Que a partir de la vigencia del nuevo texto del Código de Aguas –esto es, a partir del 16 de junio de 2005– la DGA ha considerado que, con esta normativa se “asegura un adecuado uso de las aguas”, cumpliéndose de esta manera la condición señalada en la recomendación del Dictamen N°

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

992, por lo que no ha seguido consultando a la CNE las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos y ha procedido a constituirlos, denegarlos o limitarlos de acuerdo con las nuevas disposiciones en vigencia;

**Séptimo.** Que en el contexto antes mencionado, para calificar si procede o no la modificación del Dictamen N° 992 en los términos consultados, debe analizarse si se han alterado o no las circunstancias de hecho, económicas y jurídicas que llevaron a la H. Comisión Preventiva Central a su dictación. En primer término se examinará la actual concentración de derechos de aprovechamiento de aguas y, luego, los efectos relevantes para esta causa de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.017 al Código de Aguas, respecto del régimen de asignación de estos derechos;

**Octavo.** Que en relación a la concentración observable en materia de derechos de aguas, es posible concluir, de los antecedentes aportados por la consultante y los interesados, que ENDESA y sus empresas relacionadas aún poseen una alta participación en los derechos de aprovechamiento de aguas aptos para la hidroelectricidad, tanto constituidos como en tramitación, lo que implica que en este punto no ha habido una variación significativa de las circunstancias que tuvo en cuenta la H. Comisión Preventiva Central para dictar la recomendación cuya modificación se ha solicitado en autos;

**Noveno.** Que, en efecto, a nivel nacional, según lo informado por la DGA a fojas 215, es posible deducir que ENDESA cuenta actualmente con el 55% de los derechos constituidos aptos para hidroelectricidad, y el 10% de los derechos pendientes de asignación. Por su parte, en la XI Región, ENDESA es titular del 98% de los derechos constituidos aptos para hidroelectricidad, y del 16% de los derechos pendientes de asignación. Del mismo modo, ENDESA informó (a fojas 358) que, a nivel nacional, cuenta en la actualidad con el 54% de los derechos constituidos aptos para hidroelectricidad, y con el 3,6% de los derechos pendientes de asignación, mientras que en la XI Región tiene el 77% de los derechos constituidos aptos para hidroelectricidad, considerando los transferidos a la empresa relacionada Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., y el 10% de los derechos

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

pendientes de asignación. Todos estos porcentajes no consideran los derechos concedidos y los solicitados por otras empresas directa o indirectamente relacionadas con ENDESA, por lo que corresponden al límite inferior del rango de caudales sobre los que dicha empresa tendría control, directa o indirectamente, en la actualidad;

**Décimo.** Que, en relación con los argumentos relativos a la modificación del régimen de asignación de derechos de aguas, como mecanismo que pretende incentivar el uso eficiente del recurso, a juicio de este Tribunal, la Ley 20.017 representa un avance en la dirección establecida por la recomendación del Dictamen N° 992 objeto de la consulta de autos, sin perjuicio de lo que se analiza a continuación;

**Undécimo.** Que, en efecto, la Ley N° 20.017, publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de junio de 2005, modificó el Código de Aguas con el objeto, entre otros, de mejorar el sistema de asignación de los recursos hídricos y evitar su acaparamiento con fines anticompetitivos. Para ello esta ley estableció un sistema de patentes por no uso, así como otras modificaciones de importancia. Atendida la entrada en vigencia de este nuevo régimen jurídico, es preciso analizar las consecuencias que cada una de las modificaciones introducidas ha podido tener respecto de la materia consultada, a fin de establecer si ellas han modificado significativamente las circunstancias consideradas al tiempo de emitirse el Dictamen N° 992;

**Duodécimo.** Que, en primer lugar, respecto de la patente por no uso, establecida en el artículo 129 bis 4 del Código de Aguas para los derechos de aprovechamiento no consuntivos, debe tenerse presente que, en el caso de la provincia de Palena y en las Regiones XI y XII, esta patente entrará en vigencia el día 1 de enero del año 2012 –como señala el artículo 2° transitorio del mismo Código– por lo que, respecto de tales regiones, se mantendrían actualmente las circunstancias que a este respecto tuvo en consideración la H. Comisión Preventiva Central al dictar la recomendación que motiva la presente consulta, por lo que no cabría, por esta circunstancia, modificarla. Los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos de estas regiones representan aproximadamente un tercio de los derechos de

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

aprovechamiento de aguas con fines hidroeléctricos de todo el país, por lo que revisten particular importancia para esta consulta;

**Decimotercero.** Que, en segundo término, la condición señalada en el artículo 129 bis 9 del mismo Código, que exime del pago de la patente cuando existan obras de captación y, en su caso, de restitución, o que hubieran estado sujetos a turno o reparto proporcional por decisión de la organización de usuarios correspondiente, posibilitaría, a juicio de este Tribunal y, como se afirma en el informe de fojas 253, la elusión de la carga pecuniaria diseñada para incentivar su asignación eficiente. En consecuencia, la patente establecida por la Ley N° 20.017 tampoco altera significativamente las circunstancias existentes al tiempo de emitirse el Dictamen N° 992;

**Decimocuarto.** Que, en tercer lugar, el requisito de vincular los caudales solicitados a un proyecto determinado, establecido en el artículo 140 N° 6 del Código de Aguas vigente, no constituye tampoco en los hechos, en opinión de estos sentenciadores, una circunstancia que altere los fundamentos del citado Dictamen N° 992 toda vez que, respecto de esta disposición, el problema de competencia radica en la postergación estratégica de posibles proyectos, por lo que la sola declaración del solicitante respecto al destino de las aguas no resuelve la incertidumbre sobre la oportunidad de su uso en el tiempo. Por el contrario, en el sector de generación eléctrica el anuncio de un proyecto futuro podría ser un disuasivo relevante a la entrada de nuevos competidores. No puede entonces sino concluirse que esta modificación al Código de Aguas no conlleva ningún efecto directo para garantizar una mayor competencia en el sector hidroeléctrico, pues no asegura la oportuna materialización del proyecto determinado que se indique, por lo que tampoco constituye motivo suficiente para modificar la recomendación consultada;

**Decimoquinto.** Que, en cuarto lugar, respecto del mecanismo de asignación vía remate que opera cuando existen dos o más solicitudes en una misma fuente, y que de acuerdo al artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.017 sería aplicable también a las solicitudes pendientes iniciadas antes de la dictación de dicha Ley, es relevante indicar que, respecto de derechos

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

sobre aguas superficiales, el artículo 144 del Código de Aguas permite participar en estos remates no sólo a los solicitantes, si no también a cualquier otro interesado, sin necesidad de vincularlos a un determinado uso o proyecto. Este mecanismo de remate incidirá en una asignación más eficiente del recurso sólo si es efectuado de manera transparente y garantizando la igualdad de oportunidades de los participantes. Sin embargo, las características de los remates no son suficientes, a juicio de este Tribunal, para impedir que la empresa dominante utilice este mecanismo para mantener o incrementar su posición de dominio en el mercado relevante. Por ello, también respecto de esta materia debe entenderse que subsisten sin cambios las circunstancias que tuvo en cuenta la H. Comisión Preventiva Central al dictar la recomendación aquí consultada;

**Decimosexto.** Que, en quinto término, respecto de las facultades de la Dirección General de Aguas para limitar o denegar solicitudes por razones de bien público, incorporadas en el artículo 147 bis del Código de Aguas vigente, éstas se refieren a casos en los que no procede el mecanismo de remate establecido en el artículo 142 y el caudal solicitado no corresponde con el necesario para el destino que el solicitante ha declarado, por lo que no es posible considerar que dentro de este “bien público” necesariamente deba subsumirse la defensa de la libre competencia, materia que por lo demás no es propia de dicho organismo administrativo;

**Decimoséptimo.** Que, en síntesis, el actual sistema de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas, contenido en el nuevo Código de Aguas, si bien es un avance, no resuelve en plenitud los problemas de competencia que pueden originarse con el acaparamiento del recurso, especialmente cuando corresponde a un insumo esencial para la generación hidroeléctrica, y, en consecuencia, siguen existiendo barreras de entrada relevantes en ese sentido;

**Decimooctavo.** Que, de acuerdo con lo expuesto, este Tribunal concluye que no existe un cambio sustantivo de las circunstancias de hecho tenidas en cuenta por la H. Comisión Preventiva Central para emitir la recomendación

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

que se consulta, por lo que no se dan en la actualidad las condiciones para eliminar completamente lo dispuesto por el Dictamen N° 992 citado;

**Decimonoveno.** Que, sin embargo este Tribunal estima necesario, manteniendo la finalidad buscada por el Dictamen N° 992, modificar su operatividad de tal manera que su aplicación resulte menos restrictiva para los solicitantes de derechos de aprovechamiento de aguas y menos onerosa su implementación por la Administración del Estado;

**Vigésimo.** Que, en consonancia con lo anterior, corresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales garantice el acceso abierto al recurso en condiciones razonables y no discriminatorias, cuando éstos constituyan insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible. De esta forma, corresponde a la Fiscalía Nacional Económica y a este Tribunal, en el ejercicio de las atribuciones establecidas en el DL N° 211, respectivamente, investigar y tomar las medidas necesarias para promover la libre competencia, y prevenir y corregir los actos y conductas que atenten contra ella;

**Vigésimo primero.** Que, por estas razones, la consulta presentada por la Comisión Nacional de Energía será absuelta favorablemente, sólo en cuanto se modificará la recomendación contenida en el Dictamen N° 992 en el sentido de ordenar a la DGA que, en lugar de abstenerse de otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, como señalaba el dictamen en cuestión, sólo informe a la Fiscalía Nacional Económica sobre cualquier solicitud de derechos de aguas no consuntivos para uso hidroeléctrico que se presente a esa Dirección;

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 129 bis 4 a 129 bis 21, 140, 142, 144, y 147 del Código de Aguas, 1° y 2° transitorios de la Ley N° 20.017, y 1°, 2°, 4°, 18°, 31° y 32° del D.L. N° 211,

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

**SE RESUELVE:**

**Modificar** lo dispuesto en el párrafo 16.4 del Dictamen N° 992 de la H. Comisión Preventiva Central, de fecha 25 de noviembre de 1996, reemplazándolo por el siguiente:

“16.4.1.- La Dirección General de Aguas deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica toda solicitud, sea nueva o actualmente en tramitación, y toda adquisición, bajo cualquier título, de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica;

16.4.2.- El listado de las solicitudes y adquisiciones informadas por la Dirección General de Aguas a la Fiscalía Nacional Económica deberá publicarse en forma actualizada en el sitio *web* de la DGA, garantizando el acceso abierto y gratuito a esta información y a los antecedentes públicos actualizados que debe contener el Catastro Público de Aguas, para que cualquier interesado pueda ejercer, de así estimarlo, las acciones establecidas en el DL N° 211.”

Notifíquese y archívese en su oportunidad. Rol NC N° 113-06.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. No firma el Ministro Sr. Depolo, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por encontrarse ausente. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.