

EN LO PRINCIPAL: Interpone Requerimiento en contra de la Dirección General de Aguas.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Designa receptor.

EN EL TERCER OTROSÍ: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 5, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b), c) y d) del Decreto Ley N° 211 (en adelante, “**DL 211**”); artículo 298 y siguientes del Código de Aguas, artículo 23 y demás pertinentes del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas; y en el Dictamen N° 992, de 25 de noviembre de 1996 (en adelante, indistintamente, el “**Dictamen**”), de la H. Comisión Preventiva Central (en adelante, indistintamente, la “**H. Comisión**”), modificado por la Resolución N° 18 de 16 de noviembre de 2006 (en adelante, la “**Resolución N° 18**”) del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, indistintamente, “**H. Tribunal**” o “**TDLC**”), fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, formulo Requerimiento en contra de la **DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS**, representada por don Matías Desmadryl Lira, Director General de Aguas, ambos con domicilio para estos efectos en calle Morandé N° 59, piso 8, comuna y ciudad de Santiago.

El Requerimiento tiene por objeto que ese H. Tribunal declare que la Dirección General de Aguas (en adelante, indistintamente, “**DGA**”) ha incumplido con las obligaciones de información y publicidad que le han sido impuestas en el Dictamen, modificado por la Resolución N° 18¹ y, en dicho mérito, se ordene a la

¹ En lo sucesivo, la referencia al Dictamen se entiende en su versión actualizada, que incorpora el párrafo 16.4.1 y 16.4.2 de la Resolución.

requerida cumplir íntegramente con el Dictamen, y se le aplique la sanción que se solicita.

El presente Requerimiento se funda en que la DGA ha remitido parcialmente o, en su caso, omitido, el envío a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, indistintamente, la “**FNE**” o la “**Fiscalía**”), la información que el Dictamen, modificado por la Resolución, le ordena enviar a este Servicio, consistente en toda solicitud y toda adquisición, bajo cualquier título, de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica. Asimismo, la requerida ha incumplido con el deber de publicar dicha información remitida a la FNE en su sitio *web*, de modo actualizado -según también se lo ordena el Dictamen-, infringiendo con ello su deber de garantizar el acceso abierto y gratuito de tal información a los particulares.

Según se evidenciará en este proceso, el incumplimiento materia de autos entorpece que esta Fiscalía, conforme a lo establecido en el DL 211 y lo resuelto por la H. Comisión y ese H. Tribunal, pueda fiscalizar la debida asignación de los recursos hídricos nacionales, en particular, a las empresas generadoras de hidroelectricidad, y así prevenir el acaparamiento anticompetitivo de derechos de aprovechamiento de aguas, en atención a la calidad de *insumo esencial* que éstos revisten para la operación de la actividad de generación hidroeléctrica -entre otros problemas de competencia- y, de ese modo, evitar diversos riesgos y efectos anticompetitivos en la industria.

Asimismo, H. Tribunal, el referido incumplimiento ha afectado la transparencia que debe existir en los mercados afectados, entorpeciendo la detección y denuncia de eventuales infracciones anticompetitivas o sectoriales tanto por parte de esta Fiscalía como por particulares.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de noviembre de 1996, la H. Comisión emitió el Dictamen referido, a raíz de una consulta formulada ante dicho organismo por la Comisión Nacional de Energía (en adelante, indistintamente, “**CNE**”). Dicha consulta tuvo como finalidad solicitar el pronunciamiento de la H. Comisión respecto de si la eventual concesión por la DGA de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, solicitados por la empresa Endesa S.A. (en

adelante, indistintamente, “Endesa”) -que a esa fecha se encontraban pendientes de resolución ante dicha Dirección General-, podría ocasionar efectos anticompetitivos en el mercado de la generación eléctrica. Lo anterior, en atención a que Endesa disponía de más del 60% de la capacidad instalada de generación en el Sistema Interconectado Central (en adelante, indistintamente, “SIC”), lo que la transformaba en la principal generadora de electricidad en el país².

2. Resolviendo la consulta formulada por la CNE, la H. Comisión emitió el Dictamen, concluyendo que si las solicitudes de derechos pendientes ante la DGA eran resueltas favorablemente para Endesa, podría generarse un acaparamiento de derechos de aprovechamiento de aguas -bajo la titularidad de una o pocas empresas-, lo cual podría ocasionar un incremento en la concentración en el mercado hidroeléctrico, con negativas y perjudiciales consecuencias para la libre competencia en dicha industria³.
3. En efecto, indicó que la observada concentración, relativa al 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”⁴. En tal sentido, la H. Comisión efectuó en el Dictamen la siguiente recomendación a la DGA⁵:

*“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** [sic] **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**” [énfasis agregado].*

² A este respecto, la CNE informó a la Comisión Preventiva Central que, a dicha época, Endesa disponía del 67% de la capacidad hidroeléctrica instalada en el SIC, así como derechos de aprovechamiento de aguas correspondientes al 35% de la capacidad potencial total a instalar en la zona central. Asimismo, señaló que entre los derechos de aprovechamiento de aguas que poseía, se encontraban el 77% de los mejores proyectos hidroeléctricos desarrollables hasta el 2020 (Sección 13.4 del Dictamen).

³ Al efecto, la Sección 14 del Dictamen establece: “[...] un mayor control de estos recursos energéticos por parte de dicha empresa, con motivo de las nuevas solicitudes de concesión requeridas a la autoridad [...] vendría a incrementar sustancialmente la posición dominante que la referida empresa tiene respecto de los recursos hídricos no consuntivos del país, con las consecuencias negativas y perjudiciales para la libre competencia en la generación eléctrica que señala dicha autoridad en su consulta” [énfasis agregado].

⁴ Sección 14 del Dictamen.

⁵ Sección 16.4 del Dictamen.

4. Posteriormente, el 16 de junio de 2005, fue publicada la Ley N° 20.017, modificatoria del Código de Aguas, que estableció una serie de reformas a dicho cuerpo normativo, con el objeto de mejorar el sistema de asignación de los recursos hídricos y evitar su acaparamiento con fines o efectos anticompetitivos.
5. Entre las principales modificaciones que la referida ley introdujo⁶, se encuentran: (i) el establecimiento de un sistema de **patente anual y progresiva** por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas por su titular⁷; (ii) la obligación de **vincular los caudales solicitados a un proyecto** determinado; (iii) el mecanismo de **asignación vía remate** en caso de existir dos o más solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas en una misma fuente; y (iv) la introducción de **nuevas facultades a la DGA** para limitar o denegar solicitudes por razones de bien público.
6. A la luz de la nueva normativa vigente, con fecha 2 de diciembre de 2005, la CNE consultó a ese H. Tribunal la eliminación, o en su caso la modificación, del Dictamen de la H. Comisión, en particular, de la recomendación contenida en el párrafo 16.4, antes transcrita.
7. El fundamento de la CNE consistía en que, dado que la citada reforma normativa habría buscado permitir un acceso competitivo y transparente al mercado de las aguas, favoreciendo la libre competencia y disminuyendo las barreras de entrada a la generación hidroeléctrica⁸, se habría cumplido la condición que impuso la H. Comisión para la permanencia de la señalada recomendación, esto es, la existencia de un mecanismo legal y/o reglamentario que asegure un adecuado uso de las aguas.
8. La DGA⁹ intervino en el referido procedimiento, y señaló que la entonces nueva legislación de aguas tenía como finalidad mejorar el sistema de asignación del recurso hídrico *-insumo esencial* para la generación hidroeléctrica- y evitar su acaparamiento con fines anticompetitivos. Para ello,

⁶ Contenidas en los artículos 129 bis 4 a 129 bis 21, y 147 bis del Código de Aguas.

⁷ Su establecimiento 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*. Resolución N° 18, Vistos, 1.7.

⁸ Vistos, 1.3, Resolución N° 18.

⁹ Mediante Oficio Ord. N° 302 de 4 de abril de 2006.

establecía un mecanismo que aportaba transparencia a dicho mercado, facilitaba el ingreso de nuevos inversionistas al sector, desincentivaba las barreras artificiales a la entrada y permitía el uso racional y eficiente del recurso. Asimismo, indicó que en virtud del nuevo régimen jurídico, se habían superado las distorsiones producidas por la legislación vigente¹⁰.

9. El 16 de noviembre de 2006, ese H. Tribunal emitió la Resolución N° 18, en la cual efectuó una evaluación respecto de si se habían alterado o no las circunstancias de hecho, económicas y jurídicas que llevaron a la H. Comisión a la emisión del Dictamen, y así determinar la procedencia de la solicitud de modificación del mismo.
10. El análisis del TDLC en dicha Resolución puede sintetizarse en dos principales aristas: (i) el examen de la concentración de derechos de aprovechamiento de aguas a la época; y (ii) los efectos para la competencia de las modificaciones legales, respecto del régimen de asignación de los recursos hídricos.
11. En relación a la primera arista, la Resolución N° 18 se refiere a la existencia de umbrales de concentración similares a los observados a la época de la emisión del Dictamen, concluyendo que: “[...] *Endesa y sus empresas relacionadas aún poseen una alta participación en los derechos de aprovechamiento de aguas aptos para la hidroelectricidad*”, por lo que éste no constituía un aspecto que hubiera variado desde la dictación del Dictamen.
12. En cuanto a la segunda arista, ese H. Tribunal, analizando las modificaciones singularizadas, calificó éstas como un “avance” en la materia, mas no como una solución que permitiese resolver a cabalidad los problemas de competencia observados en la industria¹¹. En efecto, ese H. Tribunal señaló en la Resolución:

*“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,*

¹⁰ Vistos 8.5, Resolución N° 18.

¹¹ Tales como el acaparamiento anticompetitivo de derechos de aprovechamiento de aguas o el comportamiento estratégico de empresas incumbentes para erigir barreras a la entrada de nuevos competidores y así mantener o incrementar su posición de dominio en el mercado de generación hidroeléctrica.

y, en consecuencia, siguen existiendo barreras de entrada relevantes en ese sentido” [énfasis agregado]¹².

13. En consecuencia, el H. Tribunal estimó que la normativa sectorial de aguas no constituye un instrumento suficiente para prevenir o corregir conductas anticompetitivas en la industria y que, por tanto, corresponde a la institucionalidad de libre competencia precaver la debida asignación de los recursos hídricos en nuestro país, y enmendar las conductas atentatorias a la competencia que se puedan generar en el mercado del *insumo esencial* para la generación hidroeléctrica¹³.
14. En virtud de los referidos argumentos, no fue acogida la solicitud de la CNE. Sin embargo, el H. Tribunal resolvió modificar la condición, estableciendo para la DGA diversas obligaciones de información y publicidad con respecto a esta Fiscalía, de manera tal que se suplieran las deficiencias de la normativa sectorial para garantizar una asignación de los recursos hídricos acorde a la libre competencia.
15. En efecto, el TDLC modificó el Dictamen e introdujo las siguientes obligaciones para la DGA:

*“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;** y*

*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**” [énfasis agregado].*

16. Según lo expuesto, el Dictamen impone a la DGA las siguientes obligaciones:

¹² Considerando Decimoséptimo, Resolución N° 18.

¹³ Así consta en el Considerando Vigésimo, Resolución N° 18: “[...] 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**” [énfasis agregado].

- i) Informar a la FNE las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, aptos para generación hidroeléctrica (en adelante, las “**Solicitudes**”);
- ii) Informar a la FNE las adquisiciones o transferencias de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica, bajo cualquier título -esto es, transferencias y/o transmisiones efectuadas ante Notarios y/o Conservadores de Bienes Raíces, según corresponda, (en adelante, las “**Adquisiciones**”);
- iii) Publicar en el sitio *web* de la DGA, la información de Solicitudes y Adquisiciones, actualizada, de modo tal de garantizar el acceso abierto y gratuito de los particulares a dichos antecedentes; y
- iv) Publicar, en dicho sitio *web*, los antecedentes públicos actualizados que debe contener el Catastro Público de Aguas (entre ellos, los derechos de aprovechamiento de aguas solicitados y otorgados por la DGA, así como sus transferencias de dominio o transmisiones, contenidos en el “Registro Público de Aprovechamiento de Aguas”).

II. NORMATIVA APLICABLE A LA DGA EN LA MATERIA

17. Con el objeto de contextualizar las obligaciones que pesan actualmente sobre la DGA, -las que han sido incumplidas total o parcialmente, según el caso, según se acreditará- debe tenerse presente cuál es su sustento normativo a la luz de la regulación sectorial de aguas.
18. En primer lugar, el régimen de propiedad inscrita del Código Civil, según lo establece el Código de Aguas, también se aplica al dominio de los derechos de aguas¹⁴. La propiedad de un derecho de aguas sólo se transfiere o transmite mediante la inscripción de dicho derecho en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces (en adelante, indistintamente, el “**Registro de Aguas del CBR**”).
19. Sin perjuicio de la existencia del Registro de Aguas del CBR, el Código de Aguas le ordena a la DGA conformar un Catastro Público de Aguas (en

¹⁴ Artículo 121 del Código de Aguas.

- adelante, indistintamente, el “**Catastro**”), que consiste en un registro constituido por toda la información relativa al recurso hídrico, y en el que deben consignarse todos los actos y antecedentes que digan relación con él¹⁵.
20. Uno de los registros que conforma dicho Catastro es el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas de la DGA (el “**Registro de Aguas de la DGA**”), elaborado con la información que este organismo posee, respecto de los derechos otorgados a los particulares, así como la que al efecto le proveen los Notarios¹⁶ y Conservadores de Bienes Raíces (en adelante ambos, indistintamente, “**CBR**”) respecto de las transmisiones y/o transferencias de los mismos entre los particulares¹⁷.
21. Ahora bien, no obstante la inscripción de un derecho de aguas otorgado por la DGA en el Registro de Aguas del CBR¹⁸, el Código de Aguas ordena, asimismo, el registro de dichos derechos por su titular en el Registro de Aguas de la DGA, como requisito para actuar frente a dicho organismo o bien ante otras entidades administrativas¹⁹.
22. Sin embargo, la inscripción de un derecho de aprovechamiento en el Registro de Aguas de la DGA no acredita posesión ni dominio sobre los mismos, al contrario de lo que sucede en el caso de la inscripción en el Registro de Aguas del CBR²⁰.
23. Adicionalmente, el Código de Aguas establece para los CBR la obligación de enviar a la DGA, por carta certificada, copia autorizada de las escrituras públicas, inscripciones y demás actos relacionados con las transferencias y

¹⁵ Artículo 122 incisos 1 y 2 del Código de Aguas.

¹⁶ La remisión que hace el Código de Aguas a los Notarios es en cuanto éstos cumplan las funciones de conservadores, según se establece en los artículos 447, 448 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁷ Artículo 122 inciso 3° del Código de Aguas.

¹⁸ Asimismo, deben constar en dicho Registro los actos y contratos traslaticios de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de derechos reales sobre ellos y los actos y contratos traslaticios de éstos, que se singularizan en el artículo 113 del Código de Aguas.

¹⁹ Como la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Artículo 122 inciso 7° del Código de Aguas.

²⁰ Artículo 122 inciso 9° del Código de Aguas: “*Los Registros que la Dirección General de Aguas debe llevar en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, no reemplazarán en caso alguno los Registros que los Conservadores de Bienes Raíces llevan en virtud de lo dispuesto en los artículos 112, 114 y 116 de este Código. Asimismo, los Registros que aquel servicio lleva, **en caso alguno acreditarán posesión inscrita ni dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas o de los derechos reales constituidos sobre ellos***” [énfasis agregado].

transmisiones de dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas, dentro de los 30 días siguientes a la fecha del acto que se realice ante ellos. Asimismo, están obligados a enviar a la DGA cualquier información que les solicite su Director General, en la forma y plazo que éste determine, asumiendo la DGA los costos involucrados²¹. Esta información constituye la base de los antecedentes contenidos en el Registro de Aguas de la DGA.

24. El incumplimiento de la obligación por parte de los CBR, de entregar la información que la DGA les solicite, se encuentra aparejado a la facultad de dicho Jefe de Servicio de solicitar la aplicación de diversas sanciones, establecidas en el Código Orgánico de Tribunales, que incluso contemplan la suspensión de funciones de los CBR²².
25. En consecuencia, en nuestro ordenamiento coexisten dos sistemas registrales respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas. Por una parte, (i) el Registro de Aguas del CBR, en el cual se consignan todos los actos y contratos traslaticios del dominio, de gravamen y de transmisión de un derecho de aprovechamiento de aguas; y por otra, (ii) el Registro de Aguas de la DGA, tributario del registro conservatorio, que constituye la principal fuente de información de los particulares respecto del “mercado de las aguas”, por cuanto sus partidas reflejan -o debiesen reflejar- las Solicitudes y Adquisiciones de recursos hídricos.

²¹ Obligación incorporada al Código de Aguas en virtud de la modificación introducida por la Ley N° 20.017, de 16 de junio de 2005.

²² El artículo 122 del Código de Aguas establece, en lo pertinente, lo siguiente: “*Para los efectos señalados en el inciso anterior, los Notarios y Conservadores de Bienes Raíces [...] estarán, asimismo, obligados a enviar a este Servicio la información que en forma específica solicite el Director General de Aguas, en la forma y plazo que él determine, debiendo asumir dicho Servicio, en este caso, los costos involucrados. **El incumplimiento de esta obligación por parte de Notarios y Conservadores será sancionado según lo previsto en el artículo 440 del Código Orgánico de Tribunales**”. Por su parte, el citado artículo 440, establece en el inciso 1°: “**El notario que faltare a sus obligaciones podrá ser sancionado disciplinariamente con amonestación, censura o suspensión, según sea la gravedad del hecho**” [énfasis agregado].*

III. EXAMEN DEL CUMPLIMIENTO DE LA REQUERIDA DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS EN EL DICTAMEN

A. CUMPLIMIENTO DEFICIENTE DE LOS DEBERES DE INFORMAR A LA FNE Y DE DAR PUBLICIDAD A DICHA INFORMACIÓN

26. En aplicación de la facultad y el deber de esta Fiscalía contemplados en el artículo 39 letra d) del DL 211, esto es, velar por el cumplimiento de dictámenes del TDLC, la FNE ha fiscalizado, desde 2007, el cumplimiento por la DGA de las obligaciones que fueron introducidas en la Resolución N° 18 que modificó el Dictamen.
27. En este contexto, con fecha 13 de agosto de 2007, esta Fiscalía se reunió con la DGA con el propósito de coordinar la remisión periódica de las Solicitudes y Adquisiciones a la FNE. En síntesis, en dicha oportunidad se acordó un sistema de remisión trimestral de tales antecedentes²³, así como su publicación íntegra en el sitio *web* de dicha Dirección.
28. Esta Fiscalía no cuenta con información para precisar qué porcentaje de Solicitudes y Adquisiciones ha sido sistematizado, informado y publicado en el sitio *web* de la DGA, del total de transferencias y transmisiones de derechos de aprovechamiento de aguas registradas por los particulares ante la DGA y los CBR. No obstante lo anterior, a continuación se analizarán cada una de las obligaciones impuestas en la Resolución N° 18, fundamentalmente, en razón del incumplimiento a que se refiere este Requerimiento y que ha sido posible constatar por esta Fiscalía.
29. Respecto a la obligación de informar a la FNE las Solicitudes, la DGA -por regla general- lo ha realizado. Sin embargo, en la mayoría de los casos dicha comunicación sólo se ha efectuado *a solicitud de esta Fiscalía* -e incluso, luego de sucesivas reiteraciones-, dada la omisión de la DGA en informar. Cabe destacar que, a raíz de los requerimientos de esta Fiscalía, entre 2007 y

²³ Asimismo, en Ord. DGA N° 246 del 26 de abril de 2010, se indica que ese Servicio ha determinado que la información será remitida en forma directa por el Centro de Información de Recursos Hídricos de la DGA, en forma trimestral.

2009, dicha Dirección General informó las Solicitudes sólo en 5 ocasiones²⁴, y únicamente, aquéllas presentadas el trimestre anterior a la comunicación²⁵.

30. A mayor abundamiento, cabe señalar que la DGA solamente remitió las Solicitudes correspondientes hasta el mes de marzo de 2010, pese a que se le ha solicitado en varias oportunidades que cumpla tal obligación²⁶.
31. Ahora bien, en relación al deber de informar las Adquisiciones -respecto de las cuales el Código de Aguas ordena la remisión interna de los Notarios y CBR a la DGA, se observa un incumplimiento mayor por parte de dicho organismo. En efecto, y sin perjuicio de que en diversas ocasiones este Servicio ha solicitado infructuosamente el envío de los antecedentes, la DGA ha informado sólo en una oportunidad que ciertas transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas habían sido publicadas en su sitio *web*²⁷. En consecuencia, **la requerida, derechamente, ha incumplido con la obligación impuesta por el TDLC de informar las Adquisiciones a la FNE.**
32. Por su parte, respecto de la obligación de la DGA de publicar en su sitio institucional las Solicitudes y Adquisiciones, ésta recientemente ha incluido una sección denominada “Catastro Público de Aguas”, en la que se contemplan, entre otros registros o subsecciones²⁸, los siguientes: (i) el Registro de Aguas de la DGA, que contiene los derechos de aguas otorgados

²⁴ Mediante Ord. DGA N° 991, de 9 de octubre de 2007 informó las Solicitudes ingresadas entre diciembre 2006 y septiembre 2007; mediante Ord. DGA N° 29, de 10 de enero de 2008, respecto de las ingresadas entre octubre y diciembre de 2007; mediante Ord. DGA N° 316, de 10 de abril de 2008, las de enero a marzo de 2008; mediante Ord. DGA N° 828, de 10 de octubre de 2008, sobre las ingresadas entre abril y septiembre de 2008; mediante Ord. DGA N° 293-2009, de 18 de mayo de 2009, las de octubre y diciembre de 2008.

²⁵ Adicionalmente existió una sexta respuesta, la que incluyó la información remitida en forma previa. A saber, mediante Ord. DGA N° 246-2010, de 26 de abril de 2010, envió la DGA a esta Fiscalía, las del período comprendido entre 1999 y marzo de 2010, en lo que incluyó también algunas Adquisiciones que se encontraban registradas en su sistema interno de información para el mismo período, junto a su respectiva publicación en el sitio *web* institucional.

²⁶ Esto, sin perjuicio de que sería posible acceder a ellas en el sitio *web* de dicho organismo, no constando a esta Fiscalía la exactitud y veracidad de tal información.

²⁷ Mediante Ord. DGA N° 246, de 26 de abril de 2010, la DGA comunicó que había publicado en su sitio institucional algunas transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas (correspondientes a los años 2005 y 2008). Dicha información no se ha mantenido de modo permanente en el sitio *web*, y en efecto, recientemente se ha publicado una sección denominada “Transacciones de Derechos informadas por los CBR”, la cual contendría información correspondiente entre los años 1990 y 2009, no constando a esta Fiscalía que se encuentre actualizada ni completa.

²⁸ Tales como: i) Áreas de restricción y zonas de prohibición; ii) Inventario público de extracciones efectivas; iii) Inventario público de extracciones autorizadas; iv) Remates de Derechos; v) Áreas Protegidas; y vi) Informes Técnicos.

ex novo por la DGA y (ii) el Registro Público de Solicitudes (el “**Registro de Solicitudes**”), que contiene las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas presentadas por los particulares ante dicho organismo²⁹.

33. La DGA ha indicado a esta Fiscalía que la información de ambos registros se actualiza mensualmente, los primeros días hábiles de cada mes³⁰⁻³¹, y en efecto, es posible acceder en ellos a información tanto histórica como actualizada, la que se encontraría completa para el período 1999 - 2011³².
34. En consecuencia, la DGA habría cumplido con la obligación de dar publicidad en su sitio *web*, tanto a las Solicitudes como a los derechos de aprovechamiento de aguas *nuevos y originarios* otorgados por la DGA, que deben constar en el Registro de Solicitudes y en el Registro de Aguas de la DGA. Sin embargo, H. Tribunal, debe tenerse presente que **la requerida no ha cumplido con el deber de publicar de manera actualizada y completa las Adquisiciones de derechos de aprovechamiento de aguas, a cualquier título.**
35. En efecto, esta Fiscalía ha detectado incongruencias en la información emanada de la DGA. Por ejemplo, ciertos antecedentes referidos a la titularidad y transferencia de derechos de aprovechamientos de aguas, que fueron enviados por la DGA a la FNE en el marco de la investigación iniciada con ocasión de la demanda de Conservación Patagónica Chile S.A. y otros contra Endesa y otros³³, que se indican en el Cuadro a continuación, no constan en la información reciente publicada en el sitio *web* de la DGA.

²⁹ La información es descargable en formato Excel, por año, mes y región, y la planilla contiene información del petitionerio, tipo de derecho, naturaleza de las aguas y ejercicio del derecho, entre otros aspectos.

³⁰ La información comprende el período entre 1999 y marzo de 2010. En el caso del Registro de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, se encuentra actualizada a septiembre de 2011; en tanto, en el caso del Registro de Solicitudes, a marzo de 2011.

³¹ Mediante Ord. DGA N°409, del 8 de julio del 2009, y Ord. DGA N°246, de fecha 26 de abril de 2010. Cabe destacar que el sitio *web* institucional de la DGA fue modificado luego de las anteriores comunicaciones y, por tanto, la nomenclatura actual para denominar el “Registro Público de Solicitudes”, “Catastro Público de Aguas” y “Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas”, se incorporaron recientemente y no se contemplaban el 2010.

³² Sin perjuicio de haberse enviado a esta Fiscalía sólo hasta marzo de 2010.

³³ Rol C N° 193-09 TDLC.

Cuadro N° 1
Derechos de Aprovechamiento de aguas informados por la DGA
a la FNE en 2010

Código de Expediente	Región	Provincia	Comuna	Nombre Solicitante	C.B.R.	Fecha (Resolución, Sentencia, CBR)
ND-1104-800016	Aysén	Capitán Prat		CENTRALES HIDROELECTRICAS DE AYSEN S.A.	C.B.R. Cochrane	14-11-2006
ND-1104-800013	Aysén	Capitán Prat	Cochrane	CENTRALES HIDROELECTRICAS DE AYSEN S.A.	C.B.R. Cochrane	14-11-2006
ND-1104-800015	Aysén	Capitán Prat	O'Higgins	CENTRALES HIDROELECTRICAS DE AYSEN S.A.	C.B.R. Cochrane	14-11-2006
ND-1104-800017	Aysén	Capitán Prat		CENTRALES HIDROELECTRICAS DE AYSEN S.A.	C.B.R. Cochrane	14-11-2006
ND-1104-800012	Aysén	Capitán Prat	O'Higgins	CENTRALES HIDROELECTRICAS DE AYSEN S.A.	C.B.R. Cochrane	14-11-2006
ND-1104-800014	Aysén	Capitán Prat	Cochrane	CENTRALES HIDROELECTRICAS DE AYSEN S.A.	C.B.R. Cochrane	14-11-2006

FUENTE: Elaboración propia, en base a información aportada por la DGA en el marco de la investigación iniciada con ocasión de la demanda de Conservación Patagónica Chile S.A. y otros contra Endesa y otros.

36. Además, consta que antecedentes de ciertos CBR, enviados por la DGA a esta Fiscalía en 2010³⁴, aún no han sido informados ni publicados en su integridad en su sitio *web*³⁵.
37. Del mismo modo, las Adquisiciones informadas por la DGA a la FNE en 2010, así como las publicadas en su sitio *web* institucional recientemente, no coinciden con la información que Endesa, Colbún S.A. (en adelante, “**Colbún**”) y AES Gener S.A. (en adelante, indistintamente, “**AES Gener**”) aportaron a esta Fiscalía al solicitárseles antecedentes respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas de los que fueron titulares y de los que hubieren adquirido por o de terceros dentro de un determinado período.
38. Por otro lado, y también a modo de ejemplo, en el marco de la fiscalización del cumplimiento de lo ordenado por el Dictamen, Colbún informó a esta Fiscalía, con fecha 3 de julio de 2009³⁶, la titularidad de determinados derechos de aprovechamientos de aguas, que constan en el Cuadro siguiente, los que, sin

³⁴ Mediante Ord. DGA N° 246-2010, de 26 de abril de 2010.

³⁵ Por ejemplo, si nos centramos en la información enviada por la DGA, relativa a los derechos de aprovechamiento de aguas inscritos en distintos Conservadores de Bienes Raíces de la XI Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, específicamente, los de Aysén, Chile Chico, Puerto Cisnes, Cochrane, Coihaique, O'Higgins y Río Ibáñez, se observa que dichos antecedentes no constan en la información publicada recientemente por la DGA, en la cual sólo se incluyeron los derechos inscritos en el Conservador de Bienes Raíces de Coihaique.

³⁶ En respuesta a Ord. N° 623-2009 FNE, de 9 de junio de 2009.

embargo, no aparecen en los antecedentes recientemente publicados por la DGA en su sitio *web* como asociados a dicha empresa.

Cuadro N° 2
Derecho de Aprovechamiento de aguas informados por Colbún a la FNE

N° de Orden	Derecho actualmente en uso, en desuso o en tramitación	Empresa propietaria	Naturaleza de las aguas	Tipo y ejercicio de aprovechamiento de las aguas	Caudal (m ³ /s) máximo	Río o Álveo
21	En Desuso	SHM	Corrientes	No consuntivo Permanente y continuo	28,0	Maule

FUENTE: Elaboración propia, en base a información aportada por las empresas.

39. H. Tribunal, las referidas inconsistencias constituyen ejemplos relevantes de que los antecedentes publicados recientemente por la DGA no son exactos ni completos, en atención a que en ellos no consta información que pudiese ser fundamental en la fiscalización, no sólo de lo ordenado por el Dictamen, sino también por la Resolución N° 22/2007, de 19 de octubre de 2007, de ese H. Tribunal³⁷.
40. En definitiva, el incumplimiento de la DGA a sus obligaciones de información y publicidad, contraviniendo lo ordenado por ese H. Tribunal en el Dictamen, consisten en que:
- i) No ha informado a la FNE las Solicitudes presentadas ante dicha Dirección General, desde marzo de 2010 a esta fecha; y,
 - ii) No ha informado a la FNE las Adquisiciones, bajo cualquier título, ni las ha publicado de modo completo, actualizado y permanente en su sitio *web* institucional desde la dictación de la Resolución N° 18 a esta fecha.
41. Por último, es preciso considerar que, desde la dictación de la Resolución N° 18, la FNE ha enviado a la DGA 13 oficios³⁸, los que se han traducido en

³⁷ Pronunciada en Consulta de Endesa y Colbún, sobre alianza para realización de proyecto eléctrico Hidroaysén, Rol NC 134-06.

³⁸ Ord. N° 150-2007 FNE, 31 de enero de 2007; Ord. N° 306-2007, 16 de marzo de 2007; Ord. N° 641-2007 FNE, 6 de junio de 2007; Ord. N° 723-2007 FNE, 28 de junio de 2007; Ord. N° 1161-2008 FNE, 26 de septiembre de 2008; Ord. N° 175-2009 FNE, 17 de marzo de 2009; Ord. N° 420-2009 FNE, 23 de abril de 2009; Ord. N° 754-2010 FNE, 25 de marzo de 2010; Ord. N° 902-2010 FNE, 14 de mayo de 2010; Ord. N° 463-2011 FNE, 25 de marzo de 2011; Ord. N° 707-2011 FNE, 19 de mayo de 2011; Ord. N° 1281-2011 FNE, de 14 de septiembre de 2011; y Ord. N° 1409-2011 FNE, de 13 de octubre de 2011.

sucesivas solicitudes para que acredite cómo ha dado cumplimiento a lo ordenado por ese H. Tribunal.

42. Según se ha indicado, las únicas respuestas a las reiteradas solicitudes de este Servicio a la DGA han sido (i) seis oficios, en los que se ha adjuntado información de las Solicitudes³⁹; y (ii) otras dos comunicaciones en las que la DGA esgrime motivos y defensas que, a su entender, justificarían su incumplimiento⁴⁰. Estas últimas serán analizadas en el apartado siguiente.
43. Adicionalmente, cabe señalar que los últimos cinco oficios remitidos por esta Fiscalía, desde mayo de 2010 en adelante, no han sido contestados por la DGA, los que se acompañan en otrosí de esta presentación.
44. En efecto, con fecha 14 de mayo de 2010, la FNE remitió a la DGA el oficio Ord. N° 902-2010, solicitando antecedentes relativos a las Adquisiciones y su publicación en el sitio *web*, el cual fue recibido por su destinatario con fecha 17 de mayo de 2010.
45. Luego, con fecha 25 de marzo de 2011, la FNE emitió el oficio Ord. N° 463-2011, solicitando a la DGA, entre otros datos, las Solicitudes y Adquisiciones para el período abril 2010 – febrero 2011, recepcionado por dicha Dirección con fecha 28 de marzo de 2011. Asimismo, con fecha 19 de mayo de 2011, esta Fiscalía reiteró las anteriores comunicaciones mediante Ord. N° 707-2011, el cual se entregó a la DGA con fecha 20 de mayo del mismo año.
46. Recientemente fueron remitidos dos oficios adicionales, reiterando el envío de la información ya solicitada (Ord. N° 1281-2011, de 14 de septiembre de 2011, y Ord. N° 1409-2011, de 13 de octubre de 2011), los cuales, habiendo sido recibidos por la DGA con fecha 16 de septiembre y 14 de octubre de 2011, respectivamente, hasta la fecha, y al igual que en los casos anteriores, no han sido contestados.

³⁹ Ord. DGA N° 991, 9 de octubre de 2007; Ord. DGA N° 29, 10 de enero de 2008; Ord. DGA N° 316, 10 de abril de 2008; Ord. DGA N° 828, 10 de octubre de 2008; Ord. DGA N° 293-2009, 18 de mayo de 2009; y Ord. DGA N° 246-2010, 26 de abril de 2010. Cabe recordar que el último de ellos reitera lo enviado en los 5 anteriores.

⁴⁰ Ord. DGA N° 409, de 8 de julio de 2009 y en Ord. DGA N° 246, de fecha 26 de abril de 2010.

B. JUSTIFICACIONES ESGRIMIDAS POR LA DGA EN RELACIÓN A SU INCUMPLIMIENTO

47. La DGA ha justificado su imposibilidad de satisfacer a cabalidad lo establecido en el Dictamen, en particular, de informar periódicamente las Adquisiciones a la FNE⁴¹, invocando la falta de observancia y diligencia de los CBR respecto de sus propias obligaciones de información con la DGA. Como consecuencia de dicha situación, la DGA informó a esta Fiscalía la adopción y ejecución de ciertas medidas destinadas a obtener el cumplimiento de las obligaciones que le fueron impuestas en el Dictamen⁴²:

“[...] en la actualidad no ha sido posible cumplir a cabalidad lo establecido en el Dictamen en comento, en lo relativo a las transferencias y transmisiones del dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas que se practiquen en los Registros de los Conservadores de Bienes Raíces, información que debe ser remitida a esta Dirección General dentro de los 30 días siguientes a la fecha del acto que se realice por parte de Notarios y Conservadores, puesto que dicha información ha sido remitida a la DGA en formatos aleatorios y poco sistemáticos por un número menor de Notarios y Conservadores del país [...]”.

“Por esta razón, la DGA ha decidido oficiar a dichas instituciones con el objeto que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Aguas”.

*“[...] Se ha oficiado al H. Tribunal de la Libre Competencia, con el objeto que se modifique lo establecido en Dictamen N° 92/1996 de la H. Comisión Preventiva Central, modificado por la Resolución N° 18/2006 del H. Tribunal de la Libre Competencia, en el sentido de que **la información de los CBR disponible en la DGA es de carácter parcial por las razones expuestas precedentemente**”.*

*“[...] esta Dirección General realizó durante el año 2008 con financiamiento propio, **un trabajo de consultoría externa que permitió sistematizar la información remitida por algunos Conservadores de Bienes Raíces del país** recepcionada por la DGA a nivel nacional entre los años 2005 a 2008, información que se habilitó oportunamente en el sitio web institucional⁴³”.*

48. A este respecto, y sobre la base de las siguientes razones, esta Fiscalía no considera que la ejecución de las medidas esgrimidas por la DGA, para evidenciar lo dificultoso que le resultaría cumplir con el Dictamen, puedan justificar una ejecución deficiente de las obligaciones de información y publicidad que recaen sobre dicho organismo.

⁴¹ Respuestas contenidas en Ord DGA N° 409, de 8 de julio de 2009 y en Ord. DGA N° 246, de fecha 26 de abril de 2010.

⁴² En Ord. DGA N° 409, de 8 de julio de 2009.

⁴³ Énfasis agregado en todos los casos.

B.1. La DGA no ha acreditado el envío de oficios a CBR

49. La DGA señaló a esta Fiscalía haber enviado oficios a los CBR requiriendo su Director General información específica, en uso de la facultad que le asiste conforme al artículo 122 del Código de Aguas. La FNE solicitó entonces a la DGA, para acreditar la diligencia invocada, que acompañase copia de las comunicaciones, sin obtener respuesta alguna a la fecha⁴⁴.
50. En atención a que la DGA aduce que su incumplimiento de las obligaciones del Dictamen se debería a la falta de diligencia de los CBR en el envío de información⁴⁵, debe tenerse presente que el derecho del Director General de requerir información a tales entidades, tiene como contrapartida la facultad de solicitar sanciones disciplinarias ante el incumplimiento de los CBR en la entrega de la información.

B.2. La DGA no ha acreditado el envío de un oficio al TDLC solicitando la modificación del Dictamen

51. Según se expuso, ante los sucesivos incumplimientos por parte de la DGA de sus obligaciones de remitir información, esta Fiscalía le recomendó solicitar a ese H. Tribunal la modificación del Dictamen⁴⁶.
52. En dicho contexto, la DGA informó a la FNE haber enviado una comunicación a ese H. Tribunal a principios de 2009⁴⁷ solicitando la modificación del Dictamen y, en particular, las obligaciones de información que le fueron impuestas. Esta Fiscalía ha solicitado a la DGA en diversas ocasiones que

⁴⁴ Por ejemplo, el Ord. N° 754-2010 FNE, de 25 de marzo de 2010, o en Ord. N° 1281-2011 FNE, de 14 de septiembre de 2011.

⁴⁵ La DGA hizo presente que el envío de dicha información por parte de los CBR, además de ser irregular, se remite en diferentes formatos, lo que dificulta el procesamiento sistemático y expedito por parte de esa Dirección. Informó que esa dificultad se debía, fundamentalmente, a que el artículo 1 N° 13 de la Ley N° 20.017, que agregó un nuevo inciso 4° al artículo 122 del Código de Aguas, no estableció la forma en que los CBR debían enviar, por carta certificada a la DGA, copia autorizada de las inscripciones y demás actos que se relacionen con las transferencias y transmisiones de los derechos de aprovechamiento de aguas.

⁴⁶ A través de Ord. N° 420-2009 FNE, de 23 de abril de 2009.

⁴⁷ Mediante Ord. DGA N° 409, de 8 de julio de 2009.

acompañe copia del oficio en referencia⁴⁸, como asimismo, que informe el estado judicial de tal presentación, sin obtener respuesta alguna.

IV. LOS DERECHOS DE AGUAS Y LA INDUSTRIA DE GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA

53. El mercado eléctrico se encuentra dividido en tres etapas: (i) generación de energía eléctrica y potencia; (ii) transmisión; y (iii) distribución.

54. La industria en que incide el presente Requerimiento, dice relación con el mercado de generación de energía eléctrica en base a recursos hídricos. En tal mercado, los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos constituyen un *insumo esencial* en la generación de hidroelectricidad, y su disponibilidad incide directamente en la operatividad de este segmento de la industria eléctrica.

55. La generación hidroeléctrica se caracteriza por ser intensiva en capital, presentar altos niveles de inversiones hundidas y recuperación de capital de largo plazo. Asimismo, se tiene que la hidroelectricidad es la segunda tecnología más utilizada por el SIC para la producción de energía eléctrica⁴⁹⁻⁵⁰, representando un 45,1% de la capacidad instalada en dicho sistema.

Cuadro N°3
Capacidad Instalada en el SIC por Tipo de Tecnología
(Valores en MW-h a diciembre de 2010)

Tipo de Central	Potencia Neta	
	MW	%
Termoeléctrica	6.342,8	53,5%
Hidroeléctrica	5.341,8	45,1%
Eólica	160,5	1,4%
Potencia Total Instalada	11.845,1	100,0%

FUENTE: www.cne.cl

⁴⁸ Por ejemplo, el Ord. N° 754-2010 FNE, de 25 de marzo de 2010, o en Ord. N° 1281-2011 FNE, de 14 de septiembre de 2011.

⁴⁹ El SIC es un sistema de transmisión troncal que permite transportar electricidad desde las centrales generadoras hacia los centros de consumo de manera directa, o a través de sistemas de subtransmisión. Abarca el territorio nacional comprendido entre Taltal y la Isla de Chiloé.

⁵⁰ Otras fuentes para la generación de energía eléctrica presentes en el SIC son la energía térmica (carbón y gas), eólica y biomasa.

56. En Chile, el segmento de generación es de libre acceso y en él operan empresas generadoras privadas, las cuales son coordinadas por el Centro de Despacho Económico de Carga (en adelante, indistintamente, “CDEC”) del SIC⁵¹.
57. Las mayores empresas de generación del SIC, en orden de relevancia, son: (i) Endesa, (ii) Colbún y (iii) AES Gener, las que concentran el 84% de la capacidad instalada del sistema, conforme se refleja en el Cuadro siguiente:

Cuadro N° 4
Capacidad Instalada por Empresa en el SIC
 (Cifras a Diciembre de 2010)

EMPRESA	CAPACIDAD	%
ENDESA	5.199,5	43,9%
COLBUN	2.540,8	21,5%
AES GENER	2.233,1	18,9%
ENLASA	258,3	2,2%
ARAUCO	201,4	1,7%
CAMPANARIO	163,3	1,4%
CGE	126,5	1,1%
OTROS	1.122,1	9,5%
TOTAL	11.845,0	100,0%
HHI		2.842,8

FUENTE: www.cne.cl

V. MERCADOS RELEVANTES⁵² Y CONDICIONES DE ENTRADA

58. Para los efectos de determinar el mercado relevante en el que incide este Requerimiento, el análisis se realizará siguiendo el criterio establecido por ese H. Tribunal en la Resolución N° 30⁵³, la que distingue dos mercados relevantes: (i) el Mercado de los derechos de aguas y (ii) el Mercado de Generación Hidroeléctrica.

⁵¹ El CDEC, entre otras funciones, se encarga de que el sistema opere al mínimo costo, asegurando un nivel mínimo de confiabilidad. El despacho de las centrales se realiza de acuerdo con un orden de mérito, es decir, de menor a mayor costo variable, hasta cubrir la demanda. Conforme a este parámetro de costos, las centrales hidroeléctricas se clasifican como centrales de base (al igual que las de carbón), en contraposición con las centrales de punta (generalmente turbinas diesel o a gas).

⁵² La FNE entiende por mercado relevante, el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006.

⁵³ Consulta de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. para obtener autorización previa para la solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca del Río Aysén, Rol NC 280-08.

A. EL MERCADO DE LOS DERECHOS DE AGUAS

59. Los bienes involucrados en el cumplimiento de las obligaciones de la DGA en el Dictamen, dicen relación con derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, aptos para generación hidroeléctrica, utilizados como un *insumo esencial* en la producción de energía hidroeléctrica.
60. En este mercado, y conforme lo que se ha expuesto, la FNE sólo cuenta con la información de la DGA respecto a la titularidad de derechos de aguas nuevos, esto es, los que han sido solicitados a la DGA y otorgados por ésta. La información oficial, actualizada y completa de las Adquisiciones - antecedentes que dan cuenta de la real titularidad de los derechos de aprovechamiento de aguas una vez que éstos son transferidos o transmitidos-, no es conocida por esta Fiscalía, ni por los particulares en general.
61. Por tanto, sólo resulta posible estimar la concentración de los derechos de aprovechamiento de aguas, y determinar con ello posibles acaparamientos de derechos, sobre la base de información emanada de la CNE y de las propias empresas generadoras que concentran la capacidad instalada del SIC en el segmento de generación hidroeléctrica.
62. Cabe destacar que el elevado nivel de concentración en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas ha sido una constante desde hace más de una década. Tanto los antecedentes que la H. Comisión tuvo a la vista, como los que fueron allegados a ese H. Tribunal al dictar la Resolución N° 18, y los datos de que dispone esta Fiscalía, evidencian que los altos índices de concentración en la titularidad de los derechos se han mantenido estables, según puede observarse en el Cuadro a continuación:

Cuadro N° 5⁵⁴
**Índice de concentración en el Mercado de Derechos de Aguas no
 consuntivos aptos para generación hidroeléctrica**

EMPRESA	CONCEDIDOS						SOLICITADO EN TRÁMITE					
	1996	2007	2010	1996	2007	2010	1996	2007	2010	1996	2007	2010
	m3/s	m3/s	m3/s	%	%	%	m3/s	m3/s	m3/s	%	%	%
Endesa	6.583	4.414	4.407	58,8%	29,2%	26,9%	16.164	861	615	42,0%	6,4%	3,1%
Colbún		4.034	3.602		26,7%	22,0%	3.233	888	912	8,4%	6,6%	4,6%
HidroAysén		3.032	3.032		20,0%	18,5%						
Gener	1.579		1.691	14,1%		10,3%			6.367			32,4%
Otros	3.041	3.645	3.645	27,1%	24,1%	22,3%	19.111	11.737	11.737	49,6%	87,0%	59,8%
TOTAL	11.203	15.125	16.377	100,0%	100,0%	100,0%	38.508	13.486	19.631	100,0%	100,0%	100,0%
HHI				4189,7	2545,6	2152,6				4295,4	7658,5	4657,9

FUENTE: Resolución 992/96; Sentencia 22/2007; DGA.

B. EL MERCADO DE GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA

63. En concordancia con lo que se ha señalado, el segundo mercado relevante afectado es el de la energía eléctrica y potencia generada y transada en el SIC, sobre la base de energía hidráulica. En el siguiente Cuadro se muestran las mayores empresas de generación del SIC:

Cuadro N° 6
Capacidad Instalada Hidráulica por Generador
 (MW a Diciembre de 2010)

EMPRESA	CAPACIDAD	%
ENDESA	3.562,8	66,7%
COLBUN	1.276,8	23,9%
AES GENER	293,5	5,5%
CGE	126,5	2,4%
OTROS	69,6	1,3%
PACIFIC HYDRO CHILE	12,5	0,2%
TOTAL	5.341,7	100,0%
HHI		5.057,5

FUENTE: www.cne.cl

64. En consecuencia, si se extrapola la capacidad instalada en generación hidráulica en el SIC, a los derechos de aprovechamiento de aguas, se tiene que, en conjunto, las empresas Endesa y Colbún poseerían un 90,6% de dicha capacidad y que, por tanto, ellas concentrarían en un nivel similar los derechos de aprovechamiento de aguas aparejados al desarrollo de la actividad. Sin embargo, incluso tal estimación resulta difícil, por cuanto esta

⁵⁴ La información para 2010, cuya fuente es la DGA, solamente incorpora los datos para las cuatro principales empresas generadoras del país.

Fiscalía no cuenta con información completa del número de derechos de aprovechamiento de aguas sin uso que ostenta cada empresa generadora.

65. Según muestra el Cuadro N° 6 anterior, al aplicar al índice de concentración a este segmento, resulta un HHI de 5.057,5 puntos, considerado como muy concentrado, según da cuenta la Guía Interna de Operaciones de Concentración Horizontales de la FNE.

C. CONDICIONES DE ENTRADA

66. Según ese H. Tribunal expresa en la Resolución N° 22, no se presentarían barreras a la entrada relevantes en el mercado de generación eléctrica en el SIC, pues existen diversas tecnologías de generación disponibles, distintas de la hidráulica, respecto de las cuales existiría libertad de acceso.
67. Sin embargo, dicha Resolución destaca que el principal riesgo anticompetitivo en el segmento de generación eléctrica es que las generadoras que operan centrales de base -como las hidroeléctricas-, posterguen inversiones específicas en este tipo de plantas, con el fin de que se utilicen en el SIC las centrales de punta⁵⁵⁻⁵⁶.
68. Por su parte, es preciso destacar que, no obstante se ha señalado que la libertad de acceso al segmento de generación implica que éste se encontraría desprovisto de barreras a la entrada, con la aprehensión antes señalada, ese H. Tribunal ha indicado que la titularidad restringida de los derechos de aprovechamiento de aguas, sí podría constituir una barrera a la entrada en este mercado⁵⁷.

⁵⁵ Sección N° 6, Resolución N° 22.

⁵⁶ Adicionalmente, ese H. Tribunal reconoció la existencia de “limitaciones” a la entrada de nuevos actores para instalar centrales hidroeléctricas, en su calidad de centrales de base, en atención a que existen oportunidades para que los actuales oferentes ejerzan poder de mercado por la vía de postergar inversiones en centrales de base, y así influir en los precios de la energía en el sistema. Sección 8.2. Resolución N° 22.

⁵⁷ Sección 8.2.1., Resolución N° 22.

VI. EL INCUMPLIMIENTO DEL DICTAMEN COMO OBSTÁCULO A LA FISCALIZACIÓN DE POSIBLES CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN LA INDUSTRIA

69. En virtud de lo expuesto en esta presentación, ha quedado establecida la infracción de la DGA al Dictamen, por cuanto ha incumplido sus obligaciones de información y publicidad fijadas por ese H. Tribunal.

70. El efecto directo del incumplimiento del Dictamen -ya sea total o parcial- dice relación con que a esta Fiscalía se le entorpece el ejercicio de la labor que le es propia como organismo fiscalizador y promotor de la libre competencia en los mercados. Los antecedentes informados por la DGA constituyen una herramienta efectiva y eficaz para fiscalizar que la asignación de los recursos hídricos de nuestro país sea efectuada de acuerdo a la libre competencia, según lo ordena ese H. Tribunal a través del Dictamen, esto es, de un modo abierto y no discriminatorio, y que con ello pueda prevenirse el despliegue de conductas anticompetitivas por los incumbentes, principalmente, a través de la creación de barreras artificiales a la entrada.

71. A mayor abundamiento, el incumplimiento que por este Requerimiento se imputa a la DGA, ha entorpecido también la debida fiscalización de otras decisiones de ese H. Tribunal, tales como la Resolución N° 22⁵⁸, en la que, entre sus condiciones establece:

“Las consultantes HidroAysén S.A., o sus filiales, coligadas o relacionadas según corresponda, deberán consultar ante este Tribunal en forma previa a la adquisición o solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas señaladas en el numeral 2.1, precedente, hasta la fecha de entrada en servicio de la última central del proyecto consultado”⁵⁹.

72. Tal medida se justifica en la existencia de riesgos detectados en la propia Resolución N° 22, entre los cuales se señala expresamente aquellos derivados de la concentración en la titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas con aptitud hidroeléctrica.

⁵⁸ Como ese H. Tribunal conoce, dicha Resolución nace de la consulta presentada por Endesa y Colbún, “*Sobre alianza para realización de proyecto hidroeléctrico Aysén*”, Rol NC N° 134-06, la cual fue aprobada por el H. Tribunal, siempre que se diera cumplimiento a una serie de condiciones de forma copulativa.

⁵⁹ Condición 2.3., Resolución N° 22.

73. De este modo, para que esta Fiscalía pueda ejercer correctamente la facultad y el deber establecidos en el artículo 39 letra d) del DL 211, de velar por el incumplimiento de los dictámenes, se hace imperioso que la DGA cumpla a cabalidad con el Dictamen, respeto de sus obligaciones de informar las Solicitudes y Adquisiciones, y publicar en su sitio *web* dicha información en forma completa, detallada y actualizada.
74. De lo contrario -esto es, si la DGA mantiene su incumplimiento respecto a la información que debe enviar a esta Fiscalía-, la fiscalización de dicha Resolución se dificulta considerablemente, con los consecuentes riesgos que ello genera, tal como ha señalado ese H. Tribunal⁶⁰.
75. La debida fiscalización de la Resolución N° 22 tiene evidente relevancia, tal como lo ha establecido el H. Tribunal, al declarar en su Sentencia N° 86:

*“Que, adicionalmente, la circunstancia de haber sido los controladores de HidroAysén los consultantes en el procedimiento que dio origen a la prohibición incumplida, y el hecho de tener además una importante participación en los mercados analizados en la Resolución N° 22/2007, le imponen a la demandada un **especial deber de cuidado respecto de su conducta en materia de competencia en dichos mercados**” (Considerando 11°)*

*“(...) **el sólo hecho de haber solicitado derechos de aprovechamiento sin la autorización previa de este Tribunal, puso en riesgo la libre competencia en los mercados respectivos**” (Considerando 13°);*

*“(...) **la sola solicitud podría disuadir la entrada de competidores**, siendo irrelevante para estos efectos si, en definitiva, dicha solicitud produjo consecuencias jurídicas en materia administrativa” (Considerando 14°).*

76. Por otra parte, debe considerarse que ese H. Tribunal ha reconocido⁶¹ que la actual normativa sectorial de aguas no resuelve plenamente los problemas de competencia que pueden originarse en el sector, principalmente, el acaparamiento de derechos con fines anticompetitivos, originándose barreras artificiales a la entrada al segmento de generación eléctrica.

⁶⁰ Así, “(...) **el sólo hecho de haber solicitado derechos de aprovechamiento sin la autorización previa de este Tribunal, puso en riesgo la competencia en los mercados respectivos, riesgo que consiste en que el acaparamiento o la amenaza de acaparamiento de derechos de aguas en las cuencas (...). De ahí la importancia del control preventivo de juridicidad impuesto en la condición incumplida**”. Sentencia N° 86/2009, Considerado Décimo Tercero.

⁶¹ Véase Resolución N° 18.

77. Otros problemas de competencia que se generarían en este mercado, reconocidos por el TDLC, son la postergación estratégica de posibles proyectos hidroeléctricos o la desviación del mecanismo de asignación vía remate de derechos de aprovechamiento de aguas como mecanismo para mantener o incrementar la posición de dominio de los incumbentes en el mercado relevante. Respecto de éstos, el incumplimiento en las obligaciones de información de la DGA tiene incidencia directa, dado que sin antecedentes suficientes, a esta Fiscalía le resulta difícil determinar la existencia de conductas anticompetitivas como éstas y, en dicho mérito, poder adoptar las medidas atinentes.
78. Por otro lado, H. Tribunal, considerando el cumplimiento deficiente de las obligaciones de la DGA, cada vez que esta Fiscalía ha requerido determinar el grado de concentración de los derechos en una determinada zona o cuenca, y asimismo, estimar la factibilidad de otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, ha debido recurrir a las propias empresas generadoras eléctricas⁶² para obtener luces acerca de la titularidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, o a los datos de la CNE de capacidad instalada de las generadoras hidroeléctricas en el SIC.
79. Este mecanismo de acceso a la información para calcular la concentración en el segmento de generación eléctrica, no sólo es indirecto e impreciso, sino que no constituye el sistema ideado por ese H. Tribunal para que la FNE pueda fiscalizar posibles conductas anticompetitivas en el mercado y, en su mérito, ejercer las acciones pertinentes para el resguardo de la competencia.
80. Finalmente, H. Tribunal, cabe destacar que el incumplimiento en que ha incurrido la requerida ha afectado también la transparencia que debe existir en el mercado de los derechos de aguas, transparencia que podría facilitar la interposición de acciones en defensa de la libre competencia.

⁶² A las 3 principales empresas de generación eléctrica, Endesa, Colbún y AES Gener, se les ha solicitado informar, entre otros antecedentes, los derechos de aguas en uso y en desuso de los que son titulares, los derechos de aguas en trámite, así como su disposición a pagar las patentes establecidas en el Código de Aguas. A Endesa, mediante Ord. N° 148-2007 FNE, de 31 de enero de 2007 y Ord. N° 206-2009 FNE, de 1 de abril de 2009; a Colbún, mediante Ord. N° 149-2007 FNE, de 31 de enero de 2007, Ord. N° 207-2009 FNE, de 1 de abril de 2009 y Ord. N° 623-2009 FNE, de 9 de junio de 2009; y a AES Gener, mediante Ord. N° 151-2007 FNE, de 31 de enero de 2007 y Ord. N° 208-2009 FNE, de 1 de abril de 2009.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 5, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del DL 211, así como en las demás normas legales citadas y aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO: Tener por deducido Requerimiento en contra de la **DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS**, acogerlo a tramitación y, en definitiva:

- 1) Declarar que la requerida ha incumplido con las obligaciones que le fueron impuestas en los párrafos 16.4.1. y 16.4.2. del Dictamen N° 992, de 25 de noviembre de 1996 de la H. Comisión Preventiva Central, modificado por la Resolución N° 18, de 16 de noviembre de 2006 de ese H. Tribunal, y ordenar a la DGA cumplir con dichas obligaciones.
- 2) Imponer a la requerida, atendida la gravedad de la infracción, una multa equivalente a **mil Unidades Tributarias Anuales (1.000 UTA)**, o a aquel monto que ese H. Tribunal estime.
- 3) Condenar a la requerida al pago de las costas.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

1. Copia de los siguientes Oficios remitidos por esta Fiscalía a la Dirección General de Aguas, solicitando -y reiterando, en su caso-, la información que cada uno especifica:
 - (a) Ord. N° 641-2007 FNE, de 6 de junio de 2007;
 - (b) Ord. N° 723-2007 FNE, de 28 de junio de 2007;
 - (c) Ord. N° 1161-2008 FNE, de 26 de septiembre de 2008;
 - (d) Ord. N° 175-2009 FNE, de 17 de marzo de 2009;
 - (e) Ord. N° 420-2009 FNE, de 23 de abril de 2009;
 - (f) Ord. N° 754-2010 FNE, de 25 de marzo de 2010;
 - (g) Ord. N° 902-2010 FNE, de 14 de mayo de 2010;
 - (h) Ord. N° 463-2011 FNE, de 25 de marzo de 2011;
 - (i) Ord. N° 707-2011 FNE, de 19 de mayo de 2011;
 - (j) Ord. N° 1281-2011 FNE, de 14 de septiembre de 2011; y
 - (k) Ord. N° 1409-2011 FNE, de 13 de octubre de 2011.

2. CD-Rom en que consta la versión digital del presente Requerimiento.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que señalo a doña Juana Ortiz Madrid, Receptora Judicial, con domicilio en Bandera N°465, oficina 704, comuna y ciudad de Santiago, para los efectos de practicar la notificación del Requerimiento de autos y realizar todas aquellas diligencias en las que durante la prosecución del proceso sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta de decreto que dispuso mi nombramiento como Fiscal, copia del cual se encuentra en la Secretaría del H. Tribunal. Asimismo, solicito a ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía, don Cristián Reyes Cid, doña Vanessa Facuse Andreucci y don Andrés Fuchs Nissim, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mí mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.