

**EN LO PRINCIPAL: APORTA ANTECEDENTES.**

**EN EL OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTO.**

## H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**, en autos caratulados "**Solicitud de Informe de la Comunidad de Aguas Canal Azapa**", Rol NC N° 350-09, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211, vengo en aportar antecedentes a ese H. Tribunal, respecto de la solicitud de autos, al siguiente tenor:

### I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 17 de marzo del 2009, la Comunicad de Aguas del Canal Azapa - en adelante también COMCA o la solicitante-, conforme con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9, incisos 4° y 5°, del Código de Aguas, modificado por la Ley N° 20.017, de 16 de junio de 2005, solicitó a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declarara que la totalidad de los 180 Lt. /Seg. de derechos de aprovechamiento consuntivo de ejercicio permanente de aguas subterráneas, inscritos a su nombre, son utilizados en un área en la cual no existen hechos, actos o convenciones que impida, restrinjan o entorpezcan la libre competencia y, como consecuencia, se los exima del pago de la patente que contempla ese mismo cuerpo normativo.

2. Se indica en la solicitud, como antecedente, que con fecha 15 de enero del 2009, la Dirección General de Aguas -en lo que sigue, también DGA- incluyó para efectos de pago de patente a beneficio fiscal un caudal de 135 Lt./Seg. de los derechos de los cuales COMCA es titular, lo que equivale al pago de 216 U.T.M (Unidades Tributarias Mensuales).
3. Con fecha 13 de febrero de 2009, COMCA dedujo un Recurso de Reconsideración ante la DGA en contra de la referida Resolución DGA N° 3.600 Exenta, de 23 de diciembre de 2008, a fin de que se la eximiera de dicho pago. Con todo, dicho organismo por Resolución D.G.A. N°681, de 17 de marzo de 2009, rechazó esa vía de impugnación.
4. La solicitante indica que los derechos de aprovechamiento de aguas de los cuales es titular, se extraen y utilizan desde cuatro pozos, a saber:
  - 3.1. Pozo Madrid N°104 – Caudal 45 litros por segundo;
  - 3.2. Pozo Madrid N°105 – Caudal 35 litros por segundo;
  - 3.3. Pozo Madrid N°110 – Caudal 50 litros por segundo; y
  - 3.4. Pozo Madrid N°112 – Caudal 50 litros por segundo.
5. Se expone en la solicitud que el agua es captada por elevación mecánica desde los citados pozos y que todas las aguas subterráneas de las cuales es titular cuentan con obras de captación que permiten su alumbramiento.
6. La finalidad de COMCA, como se adelantó, es que se la exima del pago de la patente individualizada en el numeral 2, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 bis 9, incisos 4° y 5°, del Código de Aguas, que señala:

*“Artículo 129 bis 9. También estarán exentos del pago de la patente la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.*”

*“Para acogerse a la exención señalada en el inciso anterior, será necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a petición de la respectiva organización de usuarios o de algún titular de un derecho de aprovechamiento que forme parte de una organización de usuarios y previo informe de la Dirección General de Aguas, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 C y 18 de la ley N° 19.911, declare que en el área señalada en el inciso anterior, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Esta declaración podrá ser dejada sin efecto por el mismo Tribunal, si existe un cambio en las circunstancias que dieron origen a la exención. Esta exención regirá una vez que haya sido declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no tendrá efecto retroactivo.”*

7. Finalmente, la solicitante indica en su presentación que cualquier interesado puede llevar adelante un procedimiento de constitución o regularización de derechos de aprovechamiento de aguas e incorporarlos a su patrimonio, debiendo el solicitante para ello solo ajustarse a los requisitos que para cada caso establece la ley. Por lo tanto, a su juicio, no existirían hechos actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el mercado en cuestión.

## **II. LA INDUSTRIA**

### **II.1 RECURSOS HÍDRICOS**

8. Según el estudio “Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad (2004)”<sup>1</sup>, de la DGA, entre las Regiones I<sup>2</sup> y Metropolitana, la demanda total de agua supera el caudal disponible (Ver Gráfico N° 1). Se destaca en esa publicación que en el norte de nuestro país la escasez de precipitaciones hace que las aguas subterráneas cobren gran relevancia y

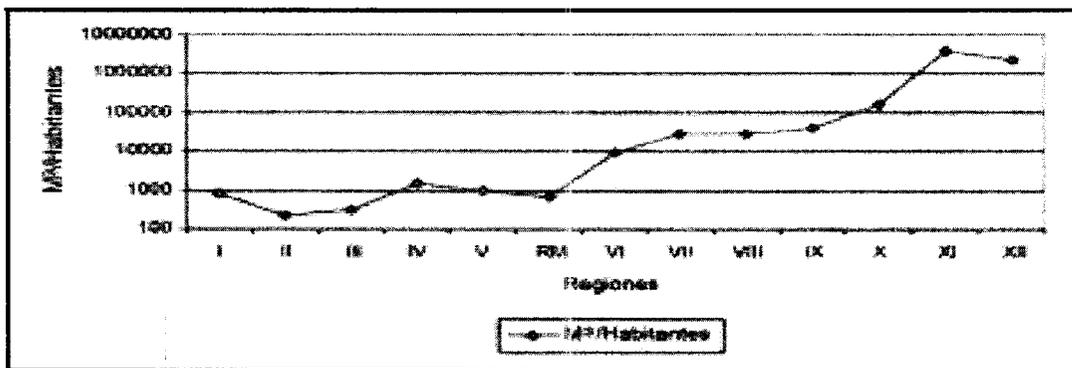
---

<sup>1</sup> Disponible en el sitio web de la Dirección General de Aguas.

<sup>2</sup> Actuales Regiones I y XV.

que la explotación de los acuíferos se utilizaría principalmente para el abastecimiento de agua potable y en sectores industriales, principalmente mineros.

**Gráfico N° 1. Disponibilidad de Agua por Habitante, I a XII Región, 1999.**

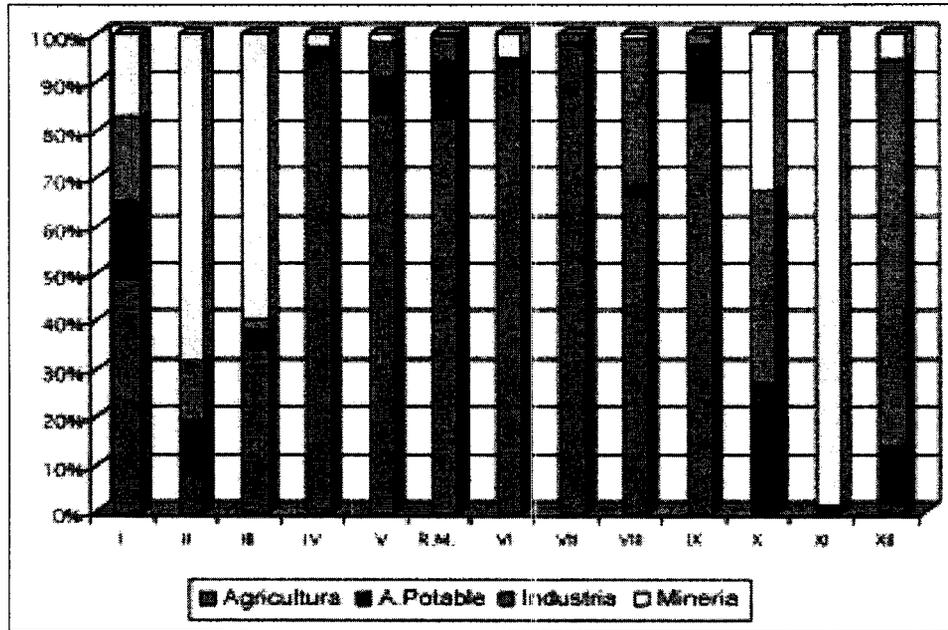


Fuente: Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad (2004).

9. En cuanto al uso del agua en nuestro país, el mismo estudio muestra que los derechos de aprovechamiento de aguas de uso consuntivo representaban en el año 1996 un 29,6% de los derechos totales asignados. Estos derechos se habrían utilizado principalmente para riego, minería, industria y consumo doméstico. Se indica, asimismo, que hasta 1996 el sector agrícola demandaba el 81% de las aguas destinadas a uso consuntivo, mientras que el resto de los sectores demandaba porcentajes inferiores, a saber: i) agua para uso y consumo humano 4,4%; ii) industria 7,9%; e iii) minería 6,7%.
10. Se estima en ese informe que, para el año 2017, el sector agrícola continuará siendo el gran demandante de este recurso, aunque se espera una disminución relativa de su participación cercana al 4%.
11. En relación con el uso del agua por regiones, en el Gráfico N° 2 que sigue se muestra la existencia de una gran heterogeneidad en las distintas zonas del país. Los recursos de la I Región son dominados por el uso agrícola, con cerca de un 50% del caudal total, en tanto que el uso para agua potable,

minería e industria, capta el 50% restante, en forma más o menos equivalente.

**Gráfico N° 2. Uso Consuntivo del Agua a Nivel Regional (2004).**



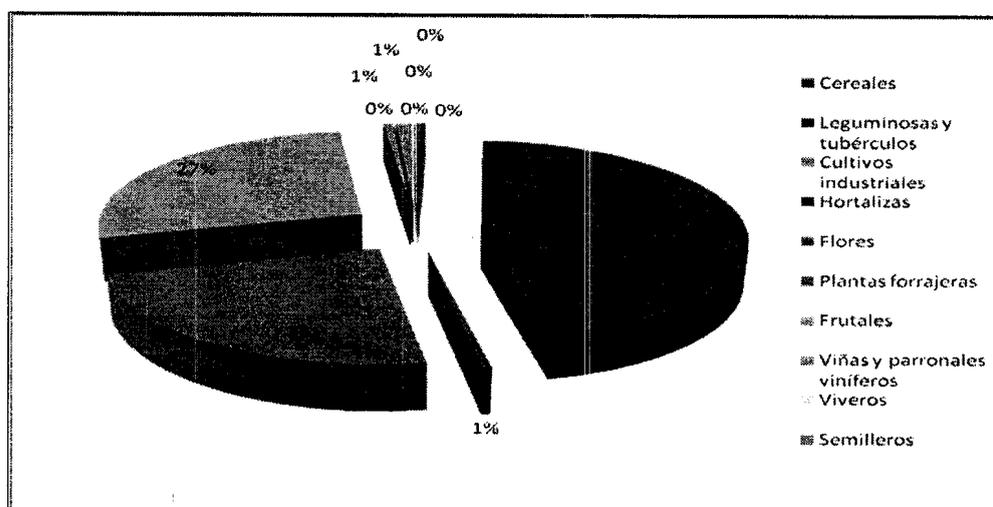
**Fuente: Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad (2004).**

12. Tal como muestra el Gráfico anterior, el sector agrícola desempeña un rol determinante en la actual Región de Arica y Parinacota. En efecto, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)<sup>3</sup>, este rubro ocupa el cuarto lugar de importancia en la Región, empleando cerca de un 12% de su fuerza laboral, sólo superado por las industrias de servicios, comercio y manufacturas.
13. Según la edición N° 34 de la Revista Chile Riego, titulada "Especial Región Arica y Parinacota", del mes de agosto de 2008, los Valles de Azapa y Lluta son las principales zonas agrícolas de la Región, concentrando cerca del 85% de la producción de frutas y hortalizas. Según el CENSO Agropecuario 2007, se estima que hay 6.684 hectáreas plantadas con cultivos en Arica y

<sup>3</sup> Revista Chile Riego N°34, titulada "Especial Región Arica y Parinacota", de agosto de 2008. Comisión Nacional de Riego, Ministerio de Agricultura.

Parinacota, de ellas el 46% corresponde a hortalizas, un 27% a frutales y un 24% a plantas forrajeras.

**Grafico N° 3. Porcentaje de Superficie Sembrada o Plantada, por grupo de Cultivo.**  
**Región de Arica y Parinacota.**



Fuente: CENSO Agropecuario 2007. Instituto Nacional de Estadísticas.

14. La misma revista citada indica que, en Azapa, el clima es muy favorable para la agricultura; no obstante, la falta de agua sería el gran problema, puesto que *“las aguas superficiales ya no dan abasto para satisfacer las necesidades de su pujante agricultura y el acuífero esta sobreexplotado”*<sup>4</sup>.

## II.2 COMUNIDAD DE AGUAS DEL CANAL AZAPA: COMCA

15. Esta comunidad, ubicada en el Valle de Azapa, corresponde a una organización de regantes de carácter privado y agrupa a agricultores poseedores de derechos particulares de aprovechamiento permanente sobre las aguas superficiales del Río Lauca. Como entidad autónoma, individualmente considerada, es titular de derechos comunitarios de recursos

<sup>4</sup> Revista Chile Riego N°34, titulada “Especial Región Arica y Parinacota”, de agosto de 2008. Comisión Nacional de Riego, Ministerio de Agricultura.

hídricos subterráneos, otorgados mediante Resolución MOP DGA N°257, de fecha 01 de agosto del 2006<sup>5</sup>.

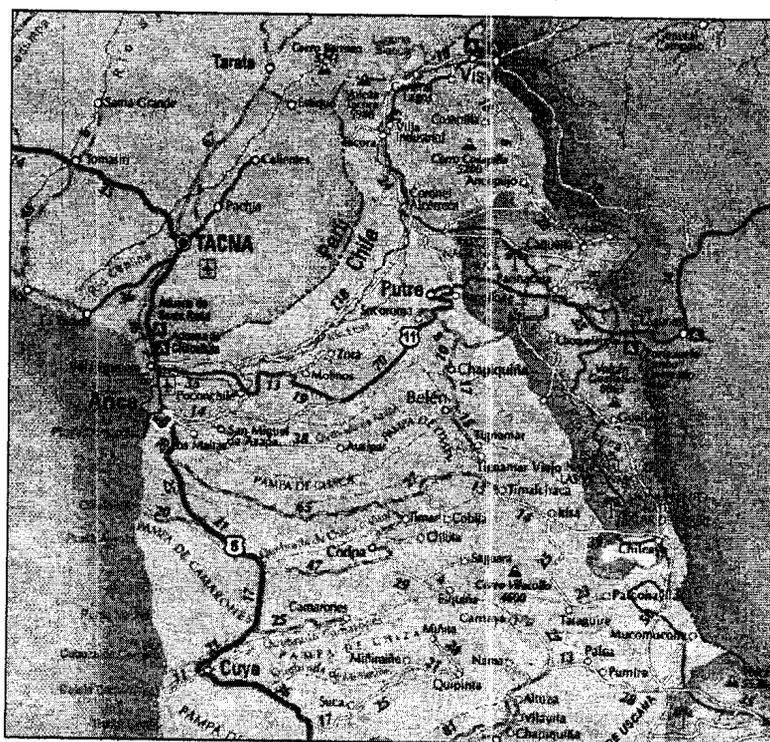
16. Cabe hacer presente que, en sus inicios, era la Dirección de Riego quien tenía a su cargo la administración y distribución de los recursos hídricos en el Valle de Azapa, en ese entonces denominado "Sistema de Riego Lauca - Azapa" (1962). Posteriormente se habría impulsado la creación de una organización con la participación y administración de los propios agricultores y, considerando que en un principio los derechos de los regantes eran de carácter provisional, se formó la "Organización Provisional de Usuarios del Canal Azapa" (OPUCA).
17. Mediante Resolución DGA N°320, del 11 de agosto de 1989, se habría entregado a los usuarios de OPUCA los derechos de aprovechamiento permanente sobre las aguas del Río Lauca. OPUCA, siguiendo las normas legales vigentes del Código de Aguas, derivó en una organización de regantes, lo que es hoy COMCA. Actualmente, la comunidad es dirigida por un Directorio General, que está compuesto por 7 directores, quienes son elegidos por votación de todos los usuarios, en directa proporción al número de acciones que posee cada uno.
18. La función principal de COMCA es la de administrar, mantener la red de canales, controlar y distribuir los recursos hídricos pertenecientes a sus socios, provenientes del Río Lauca. La comunidad señala que, para una mejor y más eficiente distribución del agua, el Valle de Azapa se encuentra dividido en dos 2 zonas de riego, con un total de 27 sectores agrícolas. Cada sector recibe el agua durante 3,5 días a la semana, en un calendario de riego que es fijo y permanece para todo el año, alterándose y desplazándose en 12 horas al año siguiente, con el objeto de permitir que aquellos que riegan de noche durante un año lo hagan de día durante el próximo.

---

<sup>5</sup> Carta de COMCA de fecha 15 de abril del 2009.

19. Asimismo, COMCA debe administrar y distribuir los derechos de aprovechamiento consuntivos de aguas subterráneas, de carácter continuo y permanente, provenientes de cuatro pozos que les fueron otorgados. Estos recursos sirven para cubrir los déficits de aguas que se originan en el río Lauca, en beneficio de todos los regantes del Valle de Azapa.
20. COMCA opera el canal matriz y el agua es utilizada íntegramente para la agricultura. De acuerdo con la Revista Chile Riego, dicho canal tiene un caudal promedio de 640 litros por segundo y todos sus derechos de agua superficiales estarían constituidos. A su vez, el acuífero del valle estaría saturado, lo que ha llevado a la DGA a declarar a Azapa zona de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas. La revista señala que el Director Regional de Aguas, don Waldo Contreras, habría sostenido *“hay más derechos de los que técnicamente se pueden conceder”*.

Figura N° 1. Mapa Región de Arica y Parinacota.



Fuente: Revista Chile Riego N°34, “Especial Región Arica y Parinacota”, agosto de 2008.  
Comisión Nacional de Riego, Ministerio de Agricultura.

### II.3 REGULACIÓN

21. La materia objeto de la presente solicitud se encuentra regulada por el Código de Aguas, cuerpo legal vigente desde el año 1981, modificado por la Ley N° 20.017, de 16 de junio de 2005.
22. El Título III, del Libro II de citado cuerpo legal, artículos 186 a 293, titulado "De las Organizaciones de Usuarios", regula las comunidades administradoras de derechos de agua, como es COMCA. Dicho Título se compone de 5 párrafos, denominados como sigue: 1. De las comunidades de aguas; 2. De las comunidades de obras de drenaje; 3. De las asociaciones de canalistas y otras organizaciones de usuarios; 4. De las juntas de vigilancia; y 5. Normas comunes para las organizaciones.
23. En el Código de Aguas no se da una definición expresa de usuario; sin embargo, el Decreto Supremo N° 1.220, de 30 de diciembre de 1997, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas, publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de julio de 1998, en su artículo 1°, define las Organizaciones de Usuarios de la siguiente forma:

*"Artículo 1º: Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se entiende por:*  
*"e) Organizaciones de Usuarios: Las Comunidades de Aguas; las Comunidades de Obras de Drenaje; las Comunidades de aguas subterráneas que se originan como consecuencia de la declaración de un área de restricción; las Asociaciones de Canalistas; aquellas organizaciones de usuarios a las que se refiere el artículo 261 del Código de Aguas; las Juntas de Vigilancia; y en general, cualquier tipo de sociedad que se forme con uno o más de los objetos mencionados en el art. 186 del mismo Código."*

24. Para los efectos de este informe, por tanto, interesa el artículo 186 del Código de Aguas, ya que dicho precepto describe las comunidades de agua de la siguiente manera:

*“Art. 186. Si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal o embalse, o usan en común la misma obra de captación de aguas subterráneas, podrán reglamentar la comunidad que existe como consecuencia de este hecho, constituirse en asociación de canalistas o en cualquier tipo de sociedad, con el objeto de tomar las aguas del canal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. En el caso de cauces naturales podrán organizarse como junta de vigilancia.”*

25. De igual importancia es el artículo 199, el cual dispone lo siguiente en relación con la posibilidad de ingreso a este tipo de organizaciones:

*“Art. 199. Podrán ingresar convencionalmente a la comunidad quienes incorporen al canal nuevos derechos de agua. Los gastos de incorporación de nuevos derechos serán de cargo del interesado. Los que a cualquier título sucedan en sus derechos a un comunero tendrán en la comunidad las obligaciones y derechos de su antecesor.”*

26. Por otro lado, los artículos 129 bis 4 al 129 bis 8, establecen los montos y características de las patentes que se deben asumir por el no uso de aprovechamientos de aguas. Así, por ejemplo, en el caso de derechos consuntivos, la ley establece lo siguiente:

*“Artículo 129 bis 5. Los derechos de aprovechamiento 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, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales medios, al pago de una patente anual a beneficio fiscal.*

*“La patente a que se refiere este artículo se regirá por las siguientes normas:*

- a) *En los primeros cinco años, los derechos de ejercicio permanente, cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, pagarán una patente anual cuyo monto será equivalente a 1,6 unidades tributarias mensuales, por cada litro por segundo.*

*Respecto de los derechos de aprovechamiento cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones Sexta a Novena, ambas inclusive, la patente será equivalente a 0,2 unidades tributarias mensuales, por cada litro por segundo, y para las situadas en las Regiones Décima, Undécima y Duodécima, ascenderá a 0,1 unidad tributaria mensual por cada litro por segundo.*

- b) Entre los años sexto y décimo inclusive, la patente calculada de conformidad con la letra anterior se multiplicará por el factor 2, y*
- c) Desde el año undécimo en adelante, se multiplicará por el factor 4.”*

27. Tal como vemos, la multa por no uso es directamente proporcional al tamaño del caudal no explotado; además, la ley establece un pago mayor en las regiones al norte de la Novena Región, lo cual es consistente con el hecho que en esa Región del país el agua es un recurso relativamente más escaso. Por último, el valor de la patente es creciente en el tiempo, con lo cual se buscaría castigar el acaparamiento de recursos por un período prolongado de tiempo.
28. Los artículos 129 bis 12 al 129 bis 17, del mismo Código, establecen los procedimientos de remate de aquellos derechos de aprovechamiento por los cuales no se han efectuado los respectivos pagos de las patentes por no uso.
29. En tanto, el artículo 129 bis 9 incisos 4° y 5°, establece que estarán exentos del pago de la patente la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para acogerse a la exención señalada en el inciso anterior, será necesario que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que en el área afectada se cumple tal condición<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Conforme a la Historia de la Ley, el Nuevo Segundo Informe de la Comisión de OO.PP. indicó, en cuanto a la adecuación del mecanismo de pago de patentes, que: “Se establece el derecho a recurrir al tribunal de la libre competencia para eximirse del pago de la patente, en aquellos mercados donde exista competencia. La patente por no uso se mantiene, pero se optimiza porque el sentido de esta patente es eliminar barreras de

30. Se debe también considerar, para estos efectos, lo preceptuado en el artículo 129 bis 20, introducido por la referida Ley N° 20.017, toda vez que dicha norma contempla la posibilidad de que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas imputen el valor de la patente al pago de impuestos fiscales, siempre que se acredite la construcción y operación de las obras de captación y distribución del recurso.
31. Por último, desde el punto de vista de la historia fidedigna de la ley, cabe hacer presente que la normativa sectorial analizada, particularmente en lo referido a la institución del pago de una patente, encuentra su justificación en criterios de eficiencia en la asignación correcta de recursos, en este caso particularmente escasos, de tal forma de posibilitar que una vez concedidos por el Estado se transen libremente en el mercado y sean reasignados a quien los valore en mayor medida. Esto tiene especial relevancia para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas con aptitud hidroeléctrica, tal como ha sido informado por esta Fiscalía en casos previos y reconocido por ese H. Tribunal<sup>7</sup>.

---

*entrada y permitir una mayor competencia. Como es el Tribunal de Libre Competencia el organismo que vela por la competencia en Chile, una respuesta habría sido ir directamente ante este Tribunal pero hay que recordar que éste señaló que no se podía pronunciar sobre este tema porque hay muchos mercados distintos. No le es posible pronunciarse sobre todos. De ahí que se resolvió de la siguiente manera. Se aplica la patente por no uso, sin embargo, se establece que en aquellas cuencas o lugares donde existe una asociación de usuarios y el mercado está funcionando bien, se otorga a los regantes de esa cuenca la facultad para que puedan acudir al tribunal de libre competencia para que éste declare exenta a toda el área de la patente por no uso, por el período en que se mantengan las condiciones de competencia. Esto implica una optimización porque va de acuerdo con el sentido de la patente por no uso que es promover la competencia".* Historia de la Ley N° 20.017, página N°1218.

<sup>7</sup> *"Para la promoción del uso efectivo y eficiente del recurso, se ha incorporado el pago de una patente por los derechos de agua en poder de aquéllos que no los aprovechan. El objetivo de esta medida no es recaudar, sino incentivar el uso o la transferencia de los derechos de aprovechamiento a otro interesado que los requieran. Consecuentemente, este pago constituye un desincentivo al acaparamiento, a la especulación y al empleo de los derechos de agua como barreras de entrada a potenciales competidores. Esta patente se aplica sólo cuando no existen obras de captación construidas, y tiene modalidades específicas para los derechos consuntivos y no consuntivos, estableciéndose en cada caso fórmulas de cálculo, factores de progresividad, plazos de devolución de lo pagado, plazo de entrada en vigencia y exenciones de pago",* Jaime Estévez, Ministro de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones. Historia de la Ley N° 20.017, página N°1459.

### III. ANALISIS DEL MERCADO

#### III.1 MERCADO RELEVANTE

32. La Fiscalía 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<sup>8</sup>.
33. En ese sentido, si bien el mercado involucrado en la solicitud que motiva este informe, como se verá, es el mercado de derechos de aprovechamiento de aguas consuntivas en la Región de Arica y Parinacota, se debe tener presente que este recurso constituye un insumo esencial para la operación de otros mercados conexos, tales como el agrícola, el minero, de agua potable e industrial.
34. Esta Fiscalía ha identificado dos mercados relevantes del producto, uno definido como de aguas arriba y otro como de aguas abajo.

#### A. Aguas Arriba

35. En este caso, el mercado relevante corresponde a los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, obtenidos bajo cualquier título, de ejercicio permanente, sean estos superficiales o subterráneos, aptos para producción agrícola, minería, producción de agua potable, producción industrial, entre otros.

---

<sup>8</sup> Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

36. En tanto, el mercado relevante geográfico, corresponde específicamente a aquellos derechos constituidos en el Valle de Azapa, provenientes del río Lauca o desde el acuífero de Azapa. No consideramos aquellos derechos provenientes del Río San José, ya que estos solo son de carácter eventual, según la revista ya citada, *“solo llega al mar cuando hay crecidas durante el invierno altiplánico, en enero y febrero.”*
37. En relación con los derechos de aprovechamiento consuntivos de aguas subterráneas de ejercicio permanente, de los cuales la organización es titular, la DGA informa<sup>9</sup> que estos representan tan solo el 5,25% aproximadamente de los derechos totales constituidos en la zona.

**Cuadro N°1: Derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, consuntivos, permanentes y continuos.**

Nombre	N° Derechos Constituidos	Caudal (lts./seg.)	%
AGUAS DEL ALTIPLANO S.A.	17	367,2	20,30%
COOP. AGRICOLA PROFESOR JUAN NOE CREVANI LIMITADA	8	321,68	17,78%
COMUNIDAD DE AGUAS CANAL AZAPA	2	95	5,25%
MARKO BALARÍN	7	93	5,14%
ECONSSA CHILE S.A.	3	60,5	3,34%
SENDOS	2	55	3,04%
EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DE TARAPACA S.A.	2	51	2,82%
ALDO LOMBARDI	3	45	2,49%
JEANNETTE DEL CARMEN MELGAR	1	45	2,49%
PASCUAL FRANKLIN ROCCO	1	45	2,49%
OTROS (98)	152	630,57	34,86%
<b>TOTAL</b>	<b>198</b>	<b>1808,95</b>	<b>100,00%</b>

Fuente: DGA.

38. Respecto de las aguas superficiales, COMCA es la comunidad de riego más importante de la zona por la cantidad de recursos que administra y por el número de socios, los que a marzo del 2009 eran aproximadamente 1300. Los recursos para riego son distribuidos entre los socios dependiendo del número de acciones que cada uno posea, los cuales son directamente proporcionales a la cantidad de derechos constituidos en relación a los

<sup>9</sup> ORD. CIRH N°42, de fecha 16 de abril del 2009, DGA.

derechos totales. Así, a marzo del año 2009 existiría un total de 2.830,560 acciones, donde cada socio posee desde 0,03 hasta 80 acciones. Por lo tanto, podemos inferir que el mercado de derechos de aprovechamiento antes definido se encuentra muy atomizado.

39. La DGA mediante Resolución N°320, de 11 de agosto de 1988, constituyó derechos de aprovechamiento sobre las aguas del río Lauca en favor de los usuarios del Canal de Azapa, comuna de Putre, Provincia de Parinacota, I Región, agrupados en COMCA, por un total de 2.166,44 acciones, correspondientes, a esa fecha, a 870 usuarios. Dicha Resolución, no obstante, fue rectificada por Resolución DGA N°450, de 2 de agosto de 2001, aumentando el universo accionario a 2.812,27. Hoy día el número de usuarios, como se dijo, alcanza la cifra de 1300, aproximadamente, siendo titulares del total de las acciones sobre los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales, consuntivos y permanentes del río Lauca.
40. Cabe hacer presente que la tasa de uso de cada acción corresponde a 17.487 mts./3 al año. Sin embargo, de acuerdo con la información aportada por la solicitante, los antecedentes históricos muestran que el reservorio nunca ha logrado embalsar el volumen necesario para satisfacer el 100% del derecho de cada beneficiario. De hecho, en un año promedio normal llega a la bocatoma de Azapa un caudal de 700 lts./seg., en circunstancias que deberían llegar 1.470 lts./seg.
41. Respecto del río San José, existen constituidos solo derechos discontinuos y de carácter eventual.
42. COMCA señala que, en el valle de Azapa, existen varias organizaciones de regantes y usuarios de aguas tanto superficiales como subterráneas. No obstante, indica que solo algunas de ellas se mantienen activas, ya que algunas habrían dejado de funcionar por razón de "completo agotamiento de

*sus recursos hídricos*". Estas comunidades utilizarían recursos hídricos provenientes de pozos y algunas vertientes que aún sobreviven. La solicitante indica que aunque los derechos de aprovechamiento sobre estas aguas son de carácter permanente, en la práctica estos han pasado a ser prácticamente eventuales, debido a la sobreexplotación del acuífero.

43. De acuerdo con la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH) del Ministerio de Obras Públicas, el principal sistema de conducción y distribución de agua para riego en el Valle de Azapa lo compone su Canal Matriz, el cual consta de una longitud aproximada de 43 Km, de los cuales solo los primeros 14 Km han sido traspasados a la administración de los regantes representados por COMCA. Indica esa repartición que el potencial de riego del valle alcanza las 3560 ha, de las cuales se estima que 1455 ha. son regadas por el Canal Matriz.

#### **B. Aguas Abajo**

44. Como se indicó, estos derechos constituyen un insumo esencial también para otras actividades económicas. Bajo esa premisa, definiremos el mercado del producto relevante, aguas abajo, como aquel conformado por productos agrícolas, productos mineros, servicios de agua potable, productos industriales u otros que requieran recursos hídricos consuntivos permanentes como insumo esencial de operación
45. Acorde con la Revista Chile Riego, El Valle de Azapa posee unas condiciones privilegiadas para el desarrollo de la agricultura: *"el gran punto a favor de la Región de Arica y Parinacota, es tener un clima que le permite producir hortalizas durante todo el año"*.
46. En este caso, la totalidad de los comuneros utiliza los derechos de aprovechamiento con fines agrícolas, específicamente para la producción de

hortalizas, frutales y plantas forrajeras, de hecho el 97,8% de las hectáreas cultivadas en la Región de Arica y Parinacota corresponden a estas especies.

47. El siguiente Cuadro muestra la importancia relativa de la producción de esta Región, en relación con la producción total nacional:

**Cuadro N° 2. Importancia Relativa de Cada Cultivo a Nivel Nacional.**

Región	Hortalizas (Ha)	% Nacional	Plantas forrajeras (Ha)	% Nacional	Frutales (Ha)	% Nacional
I de Tarapacá	582,84	0,61%	154,21	0,03%	393,2	0,12%
II de Antofagasta	349,7	0,37%	1096,9	0,21%	152,32	0,05%
III de Atacama	1651,95	1,73%	2271,03	0,44%	13599,3	4,19%
IV de Coquimbo	11399,34	11,93%	82749,06	16,21%	31740,13	9,79%
V de Valparaíso	10190,76	10,67%	16256,9	3,19%	52898,44	16,31%
VI de O'Higgins	13083,28	13,69%	16826,45	3,30%	77967,35	24,04%
VII del Maule	11707,76	12,25%	45632,73	8,94%	54749,34	16,88%
VIII del Biobío	9378,25	9,81%	75054,05	14,71%	12771,8	3,94%
IX de La Araucanía	4526,23	4,74%	89646,34	17,56%	12373,75	3,82%
X de Los Lagos	2274,01	2,38%	68005,88	13,32%	7474,6	2,30%
XI Aysén	155,42	0,16%	16519,97	3,24%	280,73	0,09%
XII de Magallanes y Antártica	83,97	0,09%	6503,45	1,27%	8,89	0,00%
Región Metropolitana de Santiago	25347,93	26,53%	21202	4,15%	53022,25	16,35%
XIV de Los Ríos	1727,5	1,81%	66882,6	13,10%	5034,3	1,55%
<b>Total País</b>	<b>95550,58</b>	<b>100,00%</b>	<b>510370,73</b>	<b>100,00%</b>	<b>324294,6</b>	<b>100,00%</b>

Fuente: Censo Agropecuario 2007, Instituto Nacional de Estadísticas.

48. Podemos apreciar que, a pesar del clima privilegiado de la Región, la superficie cultivada representa tan solo un 3,24% de las hectáreas cultivadas de hortalizas a nivel nacional, un 0,31% de cultivos de plantas forrajeras y 0,56% de los cultivos frutales.
49. No obstante, para determinar con mayor precisión el grado de concentración del mercado, así como la importancia relativa de la XV Región dentro del

total de producción agrícola nacional, debemos hacer un análisis más desagregado por cada tipo de cultivo. El Cuadro N° 3 siguiente muestra los tipos de hortalizas respecto de las cuales la XV Región destaca a nivel nacional, donde los productos con mayor participación son los siguientes: berenjena, orégano, tomate de consumo fresco y cebolla temprana.

**Cuadro N° 3. Cultivos de Hortalizas en los que la XV Región tiene una mayor participación.**

Hortaliza	Total país (Ha)	XV de Arica y Parinacota (Ha)	% País
<b>Berenjena</b>	47,53	9,81	20,64%
<b>Orégano</b>	664,33	109,43	16,47%
<b>Tomate consumo fresco</b>	6.349,20	843,13	13,28%
<b>Cebolla temprana</b>	2.021,61	264,45	13,08%
<b>Zapallo italiano</b>	1.109,45	106,62	9,61%
<b>Choclo</b>	10.554,38	1.001,45	9,49%
<b>Pimiento</b>	1.655,38	138,37	8,36%
<b>Pepino de ensalada</b>	488,56	37,30	7,63%
<b>Camote</b>	27,58	1,78	6,45%
<b>Poroto verde</b>	2.951,73	174,74	5,92%

Fuente: Censo Agropecuario 2007, Instituto Nacional de Estadísticas.

50. El Cuadro N° 4 muestra las principales frutas producidas en la XV Región y su relevancia a nivel nacional. Vemos que los productos con mayor participación son: maracuyá, mango, guayabo, tumbo, plátano y olivo. Se observa, asimismo, que la Región ostenta la totalidad de las hectáreas cultivadas de maracuyá a nivel nacional:

**Cuadro N° 4. Cultivos de Hortalizas en los que la XV Región tiene una mayor participación.**

Fruta	Total país (Ha)	XV de Arica y Parinacota (Ha)	% País
<b>Maracuyá</b>	6,79	6,79	100,00%
<b>Mango</b>	182,96	92,99	50,83%
<b>Guayabo</b>	30,85	15	48,62%
<b>Tumbo</b>	1,2	0,26	21,67%
<b>Plátano</b>	4,57	0,43	9,41%
<b>Olivo</b>	16519,39	1512,61	9,16%
<b>Membrillo</b>	432,04	8,2	1,90%
<b>Papayo</b>	243,81	3,28	1,35%
<b>Tuna</b>	1493,27	16,32	1,09%
<b>Peral asiático</b>	255,09	1,39	0,54%

Fuente: Censo Agropecuario 2007, Instituto Nacional de Estadísticas.

### III.2 CONDICIONES DE ENTRADA

51. La Fiscalía entiende que los potenciales efectos restrictivos de la competencia que pudieren derivarse de una operación de concentración se agravan en mercados en que no existe factibilidad de entrada oportuna y suficiente.
52. Se entiende que no existe factibilidad de entrada cuando el entrante lo hace con una escala menor al mínimo viable o con una estrategia de diferenciación dirigida a un nicho de mercado, pues en estos casos el entrante no disciplina a las empresas establecidas.

#### A. Barreras de entrada

53. La Fiscalía concibe como barreras a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar<sup>10</sup>.

#### Barreras Legales

54. Existen tres modalidades bajo las cuales se pueden obtener derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos. La primera es presentar una solicitud ante la DGA, quien en caso de contar con recursos disponibles los entregará de forma gratuita, la segunda es mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros, sea directamente o a través de remates, por ejemplo, por no pago de patentes, y la tercera es por sentencia judicial.
55. En este caso, la primera opción no es viable, ya que -como se señaló- los derechos de aprovechamiento sobre los recursos del río Lauca se encontrarían otorgados en su totalidad. Adicionalmente, según lo informado

---

<sup>10</sup> Fiscalía Nacional Económica. Guía, citada.

por la DGA, tampoco existe disponibilidad de aguas superficiales en la cuenca del Río San José como para constituir nuevos derechos de aprovechamiento consuntivos de ningún tipo de ejercicio.

56. En relación con las aguas subterráneas, la DGA indica que el Acuífero del Valle de Azapa fue declarado Zona de Prohibición, mediante Resolución DGA N°202 de fecha 19 de marzo de 1996, por lo que no es factible constituir nuevos derechos de aguas subterráneas en la zona.
57. De este modo, no es factible el otorgamiento por parte de la DGA de nuevos derechos permanentes de aprovechamiento de aguas consuntivas en la zona.
58. Respecto de la adquisición de derechos de aprovechamientos en el mercado, la comunidad solicitante refiere que los recursos hídricos que administra son derechos otorgados de carácter permanente, pero que se han transformado en un bien transable y que, por lo mismo, cada día es motivo de diversas transacciones en el *"libre mercado del agua"* mediante operaciones de compraventa, particiones por herencia, entre otras.
59. COMCA acompaña información relativa a tan solo cuatro transacciones de cambios de nombre y traslado<sup>11</sup> de derechos aprobados durante el año 2008<sup>12</sup>. Según estos datos, tales derechos se transan en sumas cercanas a los \$5 millones de pesos por acción<sup>13</sup>.
60. COMCA agrega que cada día ingresan nuevos socios a la comunidad que han adquirido derechos en el mercado. El procedimiento para ser miembro de COMCA sería el siguiente: (i) realizar una operación de compraventa de derechos en cualquier notaria; (ii) realizar la inscripción de los derechos en el

---

<sup>11</sup> Cambio en la propiedad de los derechos dentro de la Comunidad

<sup>12</sup> Respuesta con fecha 13 de abril del año 2009.

<sup>13</sup> Información relativa a dos transacciones realizadas durante 2007 acompañadas por COMCA, de 1 acción de derechos de aprovechamiento consuntivo de ejercicio permanente y continuo de aguas superficiales del Río Lauca.

Registro de Propiedad de Aguas del Conservador; (iii) acercarse a las oficinas de COMCA en donde solicita el cambio de nombre de los derechos; (iv) la comunidad verifica la operación e incorpora a su registro de accionistas al nuevo adquirente, y (v) finalmente, el nuevo socio comienza a cumplir con sus deberes y derechos, y se incorpora su nombre al calendario de riego.

61. En relación con este punto, COMCA indica que el actuar de las comunidades de aguas está regulado por el Código de Aguas y que su artículo 199, ya citado, establece el modo de ingreso de nuevos comuneros.
62. No obstante lo señalado, la aplicación discrecional de las normas estatutarias que rigen este tipo de instituciones podría devenir en el establecimiento de barreras de entrada artificiales a este mercado. Sin embargo, en el mercado relevante analizado, la Fiscalía Nacional Económica no ha recibido denuncias por esta conducta.

#### **B. Tiempo y suficiencia de entrada**

63. Para estos efectos, la Fiscalía considera el tiempo necesario para convertirse en un real competidor y la probabilidad de éxito, y si estos factores justifican las inversiones requeridas.
64. En la especie, cualquier tercero interesado en ingresar competitivamente a los mercados que se han definido, debe invertir tiempo y dinero para la adquisición de un recurso escaso y para hacer las obras de habilitación si éstas se requieren. A mayor abundamiento, en el caso de los de aguas abajo, constituye además un insumo esencial, sin el cual no es posible desarrollar ese tipo de actividades económicas.
65. En opinión de esta Fiscalía, éste no debe ser un proceso que tome un período extenso de tiempo; más bien, la compra de un derecho debe generar

un traspaso de recursos relativamente rápido. Asimismo, en el caso de los mercados aguas abajo, solo se debe contar con los insumos agrícolas necesarios (agua, tierras, etc.) para cultivar y obtener resultados en un periodo de tiempo que dependerá del tipo de cultivo que se trate.

66. Por lo tanto, el ingreso de un nuevo participante, en uno o ambos mercados, no requiere de una escala de operación ni de un tiempo de ingreso tales que impidan una entrada oportuna y suficiente. Tampoco se prevé que estos requerimientos sean distintos a los presentes en cualquier otra Región del país.

### **C. Comportamiento estratégico**

67. La Fiscalía entiende por comportamiento estratégico las prácticas que pueden impedir o hacer más costosa la entrada de nuevos competidores.
68. En este caso, se ha demostrado que los derechos de aprovechamiento representan un recurso escaso y un insumo esencial para otras actividades comerciales en la zona. En ese sentido, la imposibilidad de obtención de este curso puede representar una barrera importante para otros mercados "aguas abajo", como la agricultura, el más importante en la Región analizada.
69. Acorde con lo expuesto, la Ley N° 20.017 introdujo una serie de modificaciones al Código de Aguas, con el objeto de promover un uso racional y sustentable de los recursos hídricos. Se estableció el pago de una patente anual y progresiva por el no uso de derechos de aprovechamiento de aguas. De este modo, se desincentivaría el acaparamiento de recursos hídricos con el solo fin de especular acerca de su valor futuro o como

mecanismo de imposición de barreras de entrada, por la vía de impedir a otros competidores el acceso a este insumo esencial<sup>1415</sup>.

#### IV. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA

70. El mecanismo de patentes por no uso de derechos, presenta algunos problemas como instrumento de asignación eficiente de recursos escasos, ya que tan solo basta con construir obras de captación y, en ciertos casos, de restitución de las aguas, para que los titulares puedan ser eximidos del pago de las patentes. Ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el considerando decimotercero de su Resolución N°18/2006, reconoce este hecho:

*“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.”*

71. De este modo, la sola existencia de esta patente no elimina los incentivos de acaparamiento de derechos con fines anticompetitivos, ya que basta con que las rentas monopólicas o los beneficios derivados de prácticas

---

<sup>14</sup> Dentro de los objetivos del proyecto, la Comisión de OO.PP indica: “2.- consagrar el derecho a recurrir al tribunal de la libre competencia para eximirse del pago de la patente, en aquellos mercados donde exista competencia”. Resumen Ejecutivo, Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas, segundo trámite constitucional. Boletín N° 876-09. Historia de la Ley N° 20.017, página N°1313.

<sup>15</sup> “Al darse inicio al análisis de la iniciativa, el señor Subsecretario de Obras Públicas efectuó una presentación general del proyecto. Hizo presente que la actual legislación de aguas permite a los particulares obtener derechos gratuitos sin justificar cantidad y sin obligación de uso. Explicó que los objetivos fundamentales de la reforma propuesta en la iniciativa apuntan a: 1.- Aguas disponibles para quienes tienen proyectos para utilizarlas, favoreciendo la competencia y eliminando barreras de entrada”. Segundo Informe de la Comisión Hacienda. Discusión en Sala. Historia de la Ley N° 20.017, página N°1119.

- derecho que efectivamente le corresponde. Desde el año 2006 a la fecha la organización habría utilizado estos pozos para apoyar los caudales que se reciben desde el Rio Lauca en beneficio de todos los regantes del Valle de Azapa.
76. No obstante lo anterior, si la DGA ha establecido que COMCA debe cancelar una patente por no uso, equivalente al 75% de los derechos constituidos por esta organización, es porque se ha determinado que la organización mantiene tales recursos en desuso.
77. Asimismo, según la revista Chile Riego, en 2007 se habría establecido una mesa de trabajo público - privada que creó un "Plan Hídrico Integral" para las cuencas de los ríos Lluta y San José, la que actualmente se denominaría "Mesa del Agua", y que estaría conformada por 38 organizaciones públicas y privadas.
78. Según Chile Riego, este plan tendría seis grandes objetivos: (i) atenuar las crecidas estivales de los ríos San José y Lluta, (ii) minimizar la sedimentación en el litoral para potenciar el turismo; (iii) evaluar la recarga artificial del acuífero de Azapa y aumentar la eficiencia del aprovechamiento hidráulico; (iv) promover una gestión integrada y sustentable de los acuíferos de Lluta y Azapa; (v) controlar las extracciones de aguas subterráneas, y (vi) promover la búsqueda de nuevas fuentes de abastecimiento hídrico.
79. Para lograr estos objetivos, se habrían establecido las siguientes medidas: (i) la instalación de una planta desalinizadora en el Valle de Azapa; (ii) un estudio de rehabilitación de drenaje del Lluta; (iii) un estudio de mitigación de contaminantes en este mismo río; (iv) el estudio del entubamiento del canal Azapa, y (v) la construcción del Embalse Livilcar.

80. Aunque estos proyectos podrían contribuir a incrementar la disponibilidad de recursos hídricos no consuntivos en el valle, estas medidas solo podrán tener efectos en el largo plazo. Además, el hecho que se esté evaluando la implementación de los mismos para promover un uso más eficiente de las aguas, es una confirmación de que los recursos en cuestión son un recurso escaso y muy valorado, con un elevado costo de oportunidad económico. Por tanto, no se prevé, al menos en el corto plazo, un cambio de las condiciones actuales de escasez de recursos hídricos consuntivos en la Región.
81. Ahora bien, ya respecto a la materia que aborda expresamente el articulado del Código de Aguas y que justifica la presentación de la solicitud de autos, cabe reiterar que esta Fiscalía no ha recibido denuncias por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia, en contra de COMCA o de algún asociado perteneciente a dicha organización.
82. Se debe considerar, además, que los asociados de COMCA parecen no tener una participación de mercado importante en los mercados aguas abajo. Por lo tanto, el ostentar una posición dominante respecto de la posesión de un insumo esencial, como lo son los derechos de agua, no generaría un riesgo de traspaso de tal dominio a los mercados agrícolas.

## **VI. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS**

83. Los derechos de aprovechamiento de aguas en el Valle de Azapa constituyen un insumo esencial para la explotación de actividades económicas, tales como la agricultura. Este recurso presentaría serios problemas de escasez en la referida zona; por lo tanto, el costo de oportunidad de tener recursos hídricos no explotados es especialmente elevado en ella.

84. Derivado precisamente de esa escasez, los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, objeto de esta solicitud, poseen un importante valor económico para los comuneros de COMCA, así como para cualquier agricultor de la zona. El hecho que se esté evaluando la implementación de algunos proyectos para promover un uso más eficiente de los recursos hídricos del valle, no cambia tal conclusión, sino más bien la confirma. De este modo, no se prevé en el corto y mediano plazo un aumento de los derechos de aprovechamiento a aguas disponibles en la zona.
85. El mercado relevante de esta solicitud corresponde a los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos del Valle de Azapa, sean éstos superficiales o subterráneos. Respecto de los primeros, la totalidad de los derechos son administrados por COMCA y corresponden a 1300 usuarios, aproximadamente, de los cuales ninguno supera el 2,84% (80 acciones) del total de acciones, por lo tanto, el nivel de concentración de la propiedad es bajo. En cuanto a los derechos subterráneos sobre el acuífero, COMCA, como persona jurídica titular, posee alrededor del 5,25% de los derechos constituidos, los que son inyectados en el canal Azapa para aumentar y estabilizar el caudal del río Lauca a repartir entre los comuneros, no existiendo, por tanto, una alta participación por parte de COMCA en la titularidad de esos derechos.
86. De conformidad con los antecedentes tenidos a la vista por esta Fiscalía, existe un alto nivel de atomización en términos de derechos de aprovechamiento de aguas, tanto superficiales como subterráneos. No obstante, para poder calcular índices de concentración en este mercado, tomando en consideración la naturaleza diversa de esos derechos, el organismo técnico sectorial debiese procesar y aportar la información correspondiente a ellos en una unidad de medida comparable.

REPÚBLICA DE CHILE  
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA  
AGUSTINAS 853, PISO 2  
SANTIAGO

87. La Fiscalía Nacional Económica no tiene antecedentes de hechos, actos o convenciones que restrinjan la libre competencia, o tiendan a producir tal efecto, en el Valle de Azapa.

Es todo cuanto puedo informar.

**POR LO TANTO,**

**A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO:** Tener por evacuado informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes respecto de la solicitud de autos.

**OTROSÍ:** Solicito a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tener por acompañado copia de un ejemplar de la edición N° 34 de la Revista Chile Riego, titulada "Especial Región Arica y Parinacota", del mes de agosto de 2008.



**ENRIQUE VERGARA VIAL**  
**FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**