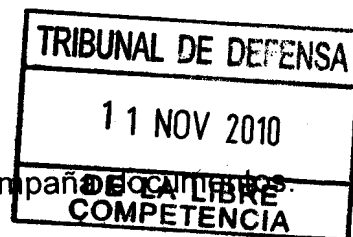


009



EN LO PRINCIPAL: Informa. EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompañamiento de la demanda.
EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Personería y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JAIME BARAHONA URZÚA, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S), con domicilio en Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, en los autos caratulados “**Demanda de Conservación Patagónica Chile S.A. y otros contra Endesa S.A. y otros**”, Rol C N° 193-09, a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

Conforme a lo ordenado mediante ORD. N° 66, de 3 de junio de 2010, y ORD. N° 859, de 8 de noviembre de 2010, de ese H. Tribunal, encontrándome dentro de plazo, informo acerca de los siguientes puntos:

- a) El mercado y la concentración de derechos de aguas no consuntivos en las cuencas de los ríos Baker y Pascua.
- b) La incidencia en éstos de las solicitudes de derechos de aguas adicionales efectuados con posterioridad a mayo de 2007 por Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.; y
- c) Los eventuales efectos como barrera de entrada a este mercado de otros competidores, terceros o actividades económicas.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de agosto de 2009, Conservación Patagónica Chile S.A. y otros¹ presentaron ante ese H. Tribunal una demanda en contra de Endesa S.A. (Endesa) y Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. (HidroAysén) por ejecutar actos que tendrían por objeto de monopolizar derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas hidrográficas de los ríos Baker y Pascua y abusar de su posición dominante.

¹ Los restantes actores son Corporación para el Desarrollo de Aysén (“CODESA”), Corporación para el Desarrollo Sustentable del Lago Carrera, Escuela de Guías de la Patagonia, Valle Chac LLC, Agrupación Defensores del Espíritu de la Patagonia, Franz Xaver Schindele y Margarita Baigorria Cruces.

2. La acusación de los demandantes se fundaría en solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas de carácter no consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, sobre aguas corrientes y superficiales del río Baker, por un caudal de 250 m³/s, adicionales a los que ya tienen ambas empresas coligadas, presentadas por HidroAysén durante el año 2007 en el expediente ND-1104-140 de la Dirección General de Aguas (DGA).
3. Exponen los demandantes que, si bien los derechos de aprovechamiento de aguas que pertenecen a HidroAysén corresponden a derechos no consuntivos, en la práctica, éstos se comportan como consuntivos, pues - debido a la ubicación de los puntos de restitución- el reintegro del recurso hídrico al cauce no significa un acceso efectivo para los usuarios ubicados aguas abajo de la captación, lo que redundaría en falta de disponibilidad del recurso para satisfacer nuevas solicitudes. Lo anterior se origina en que la forma de aprovechamiento del recurso está dispuesta para ser ejercida en el último tramo de río antes de llegar al mar, situación que fuerza a todos los afluentes sobre el punto de captación a aportar la cantidad de agua necesaria para proveer el caudal conferido a Endesa y que actualmente corresponde a HidroAysén.
4. Dicha circunstancia -se señala- restringiría la posibilidad de otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos aguas arriba de los derechos de HidroAysén.
5. Agregan los demandantes que HidroAysén ya es titular de dos derechos de aprovechamiento de aguas constituidos en la cuenca del río Baker, correspondientes a las Resoluciones D.G.A. N°164 y N°53 de 1990, de ejercicios permanentes y continuos por caudales de 677m³/s y 1.035 m³/s, respectivamente, los que abarcan gran parte del agua disponible y que para una probabilidad de excedencia del 85%², el porcentaje de derechos

² Se refiere a que el 85% de los días del mes, se esperaría que el caudal superase el 100% del derecho de agua permanente constituido generando un sobrante que es posible de utilizar por un tercero.

constituidos por HidroAysén durante el mes más abundante (febrero) fue de un 95.2%.

6. En su presentación, los demandantes analizan extensamente el “Informe Técnico N° 21, Caudales de Reserva en la Cuenca el Río Baker”, elaborado por la Dirección General de Aguas, Región de Aysén, y concluyen que, durante 9 meses del año (de abril a diciembre), el caudal del río no alcanza para satisfacer los derechos permanentes consuntivos ya constituidos.
7. En su contestación, HidroAysén señala -en relación con el derecho cuestionado- que no le asistirá obligación prevista en la Resolución N° 22, de ese H. Tribunal, de efectuar una consulta previa a V.S. para presentar una solicitud ante la DGA, ya que dicha obligación se aplicaría únicamente para derechos de aprovechamiento de aguas ubicados en las cuencas del río Aysén y Palena, o en las subcuencas del río Ibáñez. Más aún, señala que oportunamente se habría formulado una consulta a ese H. Tribunal, que dio origen a la causa Rol NC N°280-08, donde pidió autorización para solicitar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca del río Aysén, con el fin de desarrollar un proyecto de bajo costo para la comunidad de Aysén³ y que fue resuelta favorablemente por ese H. Tribunal⁴.
8. Indican, por último, que el derecho que se está solicitando tiene por objeto optimizar el Proyecto HidroAysén, elevando su estándar de eco-eficiencia, esto es, que inundando menos área se pueda generar más energía eléctrica.

II. MERCADO RELEVANTE

9. Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una

³ Proyectos mini hidráulicos de pasada asociados a la solicitud de derechos de aguas en las cuencas de los ríos Palena y Aysén, y en la subcuenca del río Ibáñez: Proyecto El Retiro, en el río La Paloma, por 39 m³/s, 12 MW de potencia estimada; Proyecto Río Gauques, por 42m³/s, 12 MW de potencia estimada; Proyecto Río Mañiguales, por 23m³/s, 12MW de potencia estimada; Proyecto Río Pangal, por 60 m³/s, 24 MW de potencia estimada.

⁴ Los caudales asociados a cada solicitud en las cuencas de los ríos Palena y Aysén, y en la subcuenca del río Ibáñez fueron acompañadas al H. TDLC en los anexos de la Consulta.

dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado⁵.

10. Los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos se utilizan principalmente en la generación de hidroelectricidad, constituyendo un *insumo esencial* para dichos fines. El Código de Aguas define 'derecho de aprovechamiento no consuntivo' como "*aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o constitución del derecho*". Desde el punto de vista económico, estos derechos corresponden a un bien intermedio, cuya disponibilidad incide directamente en la industria eléctrica y, en particular, en el segmento de producción de electricidad. Adicionalmente, la Ley protege los derechos de aprovechamiento ya constituidos, estableciendo como requisitos para el otorgamiento de nuevos derechos los siguientes:

- 10.1. Disponibilidad del recurso;
- 10.2. Que sea legalmente procedente; y
- 10.3. Que no perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros (artículo 22 del Código de Aguas)⁶.

11. El mercado relevante de autos corresponde al de *los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos que tienen la aptitud de para generación de la energía eléctrica y potencia transada en el Sistema Interconectado Central*⁷.

12. Si bien en el segmento de generación eléctrica, en general, no se visualizan barreras a la entrada relevantes, pues existen diversas tecnologías de generación disponibles, en la práctica, sí existen limitaciones para que nuevos actores instalen centrales que operen en la base del sistema, en lo

⁵ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Disponible en <http://www.fne.cl>.

⁶ La Resolución D.G.A. N° 1800, de 14 de julio de 2010, establece los criterios para identificar las incompatibilidades o el perjuicio efectivo a terceros.

⁷ En base al mercado relevante definido en la Resolución N° 22/2007, de 19 de octubre 2007, de ese H. Tribunal.

relacionado con el acceso a derechos de aprovechamiento de agua no consuntivos.

13. En efecto, la ubicación geográfica de los ríos Baker y Pascua respecto de los centros de consumo y de inyección, determina que esos recursos hídricos sean utilizados para la producción de hidroelectricidad destinada a alimentar principalmente el Sistema Interconectado Central ("SIC").

III. ANÁLISIS DEL MERCADO

III.1. Mercado y concentración de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos en las cuencas de los ríos Baker y Pascua

14. Los antecedentes que obran en el expediente de fiscalización de esta Fiscalía de la Resolución N° 22/2007, Rol N°1322-08 FNE, indican que Endesa detentaba -hacia 2007- derechos de aprovechamiento de aguas aptos para generación hidroeléctrica en la cuenca del río Baker por un monto de 1.920 m³/s, lo que significaba un 98% del caudal otorgado en dicha cuenca en aquella época. Asimismo, Endesa detentaba derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca del río Pascua por un monto de 1.300 m³/s⁸, lo que, en ese entonces, implicaba un 100% del caudal otorgado en dicha cuenca. En resumen, Endesa detentaba derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica en las cuencas del río Baker y Pascua por un caudal aproximado de 3.220 m³/s, de los cuales transfirió 3.012 m³/s (1.712 m³/s en el río Baker y 1.300 m³/s en el río Pascua) a su proyecto conjunto con Colbún, administrado por HidroAysén. Es decir, Endesa solo mantuvo la propiedad de derechos de agua por un monto de 208 m³/s en la cuenca del río Baker, lo que representaba un 11% de los derechos de esa naturaleza otorgados en dicha cuenca.

⁸ Estos montos consideran la renuncia por parte de Endesa a 80 m³/s en el río Baker y 60 m³/s en el río Pascua.

15. Respecto de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas aptos para generación hidroeléctrica, de acuerdo con información proporcionada por la DGA, al mes de marzo de 2010, en la cuenca del río Baker están pendientes de resolver solicitudes por un monto de 4.509 m³/s, de los cuales 490 m³/s (10.8%) corresponden a solicitudes de HidroAysén y 200 m³/s de AES Gener (4.4%). Este último, principal competidor de Endesa y Colbún. En tanto, en la cuenca del río Pascua están pendientes de resolver solicitudes por un monto de 1.228 m³/s, de los cuales 890 m³/s (72.5%) corresponden a solicitudes de HidroAysén y 160 m³/s de AES Gener (13%).
16. En síntesis, con posterioridad a mayo de 2007 y hasta marzo de 2010, HidroAysén habría solicitado derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica en la XI Región, adicionales a los transferidos por Endesa, por un caudal total de 1.380 m³/s, de los cuales 490 m³/s corresponden al río Baker y 890 m³/s al río Pascua.
17. El cuadro que se presenta a continuación ha sido construido con la información más reciente proporcionada por la DGA y resume la situación actual respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas asignados en las cuencas de los ríos Baker y Pascua:

CUADRO N° 1:
Histórico de Derechos de Aguas No Consuntivos Superficiales a Julio 2010
Cuencas Ríos Baker y Pascua

Nombre Solicitante	PC		EC		ED		PD		TOTAL	
	Caudal (m ³ /s)	%	Caudal (m ³ /s)	%	Caudal (m ³ /s)	%	Caudal (m ³ /s)	%	Caudal (m ³ /s)	%
CENTRALES HIDROELECTRICAS DE AYSEN S.A.	3.024,81	88,73%	7,06	14,07%					3.031,87	87,51%
EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A., ENDESA	154,40	4,53%	3,53	7,04%					157,93	4,56%
ELECTRO AUSTRAL GENERACION LIMITADA	180,00	5,28%							180,00	5,20%
AGRICOLA ANTARES LIMITADA	15,93	0,47%	6,29	12,53%	2,53	51,52%			24,74	0,71%
AES GENER S.A.	14,03	0,41%	13,44	26,80%					27,47	0,79%
OSCAR FIERRO ISLA	13,48	0,40%	14,15	28,21%	1,34	27,35%			28,98	0,84%
JOSE LUIS CRUZAT VALDES	2,00	0,06%							2,00	0,06%
SUR ELECTRICIDAD Y ENERGIA S.A.	1,55	0,05%	1,99	3,97%					3,54	0,10%
EMPRESA MINERA DE AYSEN LTDA.	0,50	0,01%							0,50	0,01%
EDUARDO UNDURRAGA UNDURRAGA	0,50	0,01%							0,50	0,01%
MIM MONTAJES INDUSTRIALES S.A.	0,37	0,01%			0,03	0,53%			0,40	0,01%
ASESORIAS E INVERSIONES KAMBALI LTDA.	0,35	0,01%			0,02	0,39%			0,37	0,01%
ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE O'HIGGINS	0,32	0,01%	0,45	0,90%					0,77	0,02%
AQUACHILE S.A.	0,30	0,01%							0,30	0,01%
CALAYSEN S.A.	0,20	0,01%							0,20	0,01%
LOUIS PASCAL MARIE ANGEBAULT	0,12	0,00%							0,12	0,00%
I.M. VILLA OHIGGINS	0,10	0,00%							0,10	0,00%
MERCEDES CANDELARIA MAYORGA PEREZ	0,06	0,00%	0,13	0,26%					0,19	0,01%
MARCO ANTONIO DE LA ROSA BARRIGA	0,05	0,00%							0,05	0,00%
JUAN ALBERTO CALZADO MILLAR	0,03	0,00%							0,03	0,00%
ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE TORTEL	0,02	0,00%	0,24	0,48%			0,01	1,44%	0,27	0,01%
SOCIEDAD COMERCIAL VERA E HIJA Y CIA. LTDA.	0,01	0,00%							0,01	0,00%
PATRICIA VERONICA POBLETE ORDENES			0,35	0,69%			0,12	22,68%	0,47	0,01%
COMPADIA MINERA TAMAYA			2,50	4,98%					2,50	0,07%
ALVARO SALDIVIA HARO			0,03	0,06%					0,03	0,00%
ENRIQUE VALDIVIESO VALDES					0,99	20,20%	0,40	75,88%	1,39	0,04%
TOTAL	3.409	100%	50	100%	5	100%	1	100%	3.465	100%
HHI		7.921		1.961		3.811		6.274		7.707

Fuente: Elaboración propia en base a información remitida por la Dirección General de Aguas.

HHI: El Herfindhal Hirschman Index, mide concentración en una industria. Corresponde a la suma del cuadrado de las cuotas de mercado de cada firma en base a ingreso por ventas u otra variable proxy. En este caso, como variable proxy, se utilizó los caudales de los que son titulares las generadoras.

PC: Permanente y Continuo

EC: Eventual y Continuo

ED: Eventual Discontinuo

PD: Permanente Discontinuo

18. Según se aprecia en el cuadro precedente, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos de las cuencas de los ríos Baker y Pascua, Endesa y su relacionada, Centrales Hidroeléctrica de Aysén S.A., al mes de julio de 2010, concentraban cerca del 93% de los derechos otorgados.
19. Pese a lo anterior, y para efectos de un análisis de competencia en el sector hidroeléctrico, las fuentes hídricas a considerar son bastante más amplias de lo que supone la demandante y excede considerar solo al recurso hídrico de los ríos Baker y Pascua. En efecto, es necesario tener en cuenta todas las fuentes hídricas con aptitud para hidrogenación y el potencial de generación que está libre o disponible en el territorio que resulte económicamente viable de explotar e inyectar a un sistema eléctrico que en este caso corresponde al SIC.
20. Así entonces, respecto del mercado de derechos de aprovechamiento de aguas con aptitud hidroeléctrica, debe evaluarse, en primer término, si la solicitud y constitución de los mismos limitan o restringen la competencia en la instalación de centrales hidroeléctricas para el sistema comercialmente viable de abastecer.

III.2. Incidencia de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas adicionales efectuadas con posterioridad al mes de mayo de 2007 por Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.

21. De acuerdo con información de la DGA, obtenida con posterioridad al mes de mayo de 2007, HidroAysén habría efectuado las siguientes solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas:

Cuadro N° 2
 SOLICITUDES DERECHOS DE AGUA
 CENTRALES HIDROELECTRICAS DE AYSEN S.A.

N°	Código de Expediente	Región	Provincia	Comuna	Fecha de Ingreso DGA	Cuenca	Ejercicio del Derecho	Caudal (M ³ /s)
2693 (*)	ND-1104-140	Aysen	Capitan Prat	O'Higgins	10-08-2007	Río Baker	PC	250
2694	ND-1104-141	Aysen	Capitan Prat	Cochrane	10-08-2007	Río Baker	PC	240
2644	ND-1104-144	Aysen	Capitan Prat	O'Higgins	12-09-2007	Río Pascua	PC	330
2695	ND-1104-142	Aysen	Capitan Prat	O'Higgins	10-08-2007	Río Pascua	PC	230
2696	ND-1104-143	Aysen	Capitan Prat	O'Higgins	10-08-2007	Río Pascua	PC	330
CAUDAL TOTAL								1.380

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Dirección General de Aguas.

(*) Solicitud que fundaría la demanda.

PC: Permanente y Continuo.

22. Como es de conocimiento de ese H. Tribunal, en general, es posible observar una elevada concentración en la propiedad de este insumo esencial para la instalación de centrales de base. En efecto, del total de derechos de aprovechamiento de agua no consuntivos con fines hidroeléctricos concedidos durante el año 2007, Endesa detentaba el 29%, Colbún el 27% e HidroAysén el 20%⁹.
23. No obstante lo anterior y teniendo en cuenta la cercanía a los puntos de inyección a los sistemas eléctricos del país y los recursos susceptibles de ser explotados para llevar adelante proyectos de hidrogenación, a juicio de esta Fiscalía, el que una empresa sea titular de parte importante de los derechos de agua de un determinado recurso hídrico no implica una barrera a la entrada en tanto existan otras fuentes con aptitud hidroeléctrica que hagan viable producir energía e inyectarla al Sistema. En ese sentido, como los ríos Baker y Pascua, existen otros cauces en el territorio, no necesariamente en la misma XI Región, aptos para hidrogenación, que hacen económicamente posible generar e inyectar energía al SIC.
24. Por tanto, no existiría una restricción a la competencia por la vía del establecimiento de barreras a la entrada al mercado de generación eléctrica que inyecta al SIC.
25. Ahora bien, respecto de la solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas que fundaría la demanda, éste se encontraría en el área de influencia de un

⁹ Cuadro N° 9 Resolución N° 22/2007 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

derecho constituido en favor de la matriz de HidroAysén, Endesa S.A., razón por la cual tampoco un tercero podría haberla obtenido.

26. Por otra parte, los interesados no corresponden a competidores de HidroAysén¹⁰, de modo tal que una eventual práctica exclusoria por parte de esta última carece de lógica económica. Avalando la hipótesis anterior, ningún competidor directo de HidroAysén ha efectuado una presentación de similar tenor ante esta Fiscalía o ese H. Tribunal.
27. Es preciso señalar que los derechos de agua en la Región de Aysén y Provincia de Palena cobran especial relevancia por sus características hidrológicas, pues están especialmente asociados a un potencial hidroeléctrico para generación base. Además, según lo señalado por ese H. Tribunal “...entre la IV y X región se encuentra casi agotada la posibilidad de nuevos proyectos de generación de una magnitud relevante” (p.45, Resolución N° 22/2007).
28. El cuadro N°3, siguiente, reproduce parte del cuadro N°10 de la citada Resolución N° 22/2007, en el cual se muestra el caudal asignado en la Región de Aysén y Provincia de Palena. Es posible observar que Endesa e HidroAysén son propietarias de la mayoría de los derechos de aprovechamiento de agua no consuntivos en la zona:

Cuadro N°3
Derechos de agua asignados en la
XI Región y Provincia de Palena

Empresa	Caudal (m3/s)	%
Endesa	1364	28%
HidroAysén	3032	62%
Colbún	0	0%
Gener	27	1%
Energía Austral	464	9%
Otros	0	0%
Total	4887	100%

FUENTE: Resolución TDLC N°22, p.46.

¹⁰ Según se explicitó en la demanda, “los demandantes son un grupo de pobladores y organizadores que viven o tienen su domicilio, bienes, actividades agrícolas, ganaderas, turísticas y de conservación en la zona geográfica donde se ubican las cuencas de los ríos Baker y Pascua ubicados en la XI Región de Aysén”; pág. 2.

29. Ahora bien, existe la posibilidad de que una empresa dominante en una industria determinada acapare un insumo esencial escaso con el objeto de excluir o impedir el ingreso de un nuevo competidor o limitar el crecimiento de un rival establecido (*foreclosure*). Respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas, el nuevo Código de Aguas (Ley N°20.017), publicado en el año 2005, estableció resguardos para evitar comportamientos estratégicos como el señalado¹¹.
30. Por su parte, la Resolución N°18/2006, de 16 de noviembre de 2006, de ese H. Tribunal, que modificó el Dictamen N°992/96, consideró que la dictación del nuevo Código de Aguas no alteró significativamente las circunstancias existentes al tiempo *de emitirse* dicho Dictamen, mientras que la Resolución N°22/2007 se pronunció sobre la concentración de derechos de aprovechamiento de aguas en la Región de Aysén y en la Provincia de Palena por parte de Endesa, Colbún y de sus empresas relacionadas, aprobando la operación consultada (Proyecto Hidroaysén), pero sujeta a diversas condiciones, entre las cuales estableció restricciones a la propiedad por parte de Endesa y Colbún sobre derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas de los ríos Palena y Aysén, y en la subcuenca del río Ibáñez (Condición N°2)¹².
31. Al respecto se debe hacer presente la doctrina establecida en la Sentencia N° 44/2006, de 26 de septiembre de 2006, de ese H. Tribunal¹³, que

¹¹ No obstante, tal como ha manifestado en otras presentaciones ante ese H. Tribunal, esta Fiscalía considera que éstos no son suficientes para resguardar la libre competencia en los mercados relacionados.

¹² En ésta condición ese H. Tribunal excluyó las demás cuencas de la región, señalando que “Si bien este Tribunal concuerda con que la operación consultada implica los riesgos ya señalados, generados por la concentración de derechos de aguas en la zona, estima que cualquier condición que sea considerada como necesaria para mitigar los riesgos de una operación sometida a su conocimiento, sólo debe extenderse en tanto sea esencial para lograr dicho objetivo, y no corresponde que sea establecida como una compensación o gravamen que no tenga por objeto, en este caso, reducir las barreras de entrada a un determinado segmento de generación hidroeléctrica. Por tal razón, dichos riesgos deben ser mitigados desconcentrando los derechos de aguas otorgados y solicitudes pendientes que posee Endesa en aquellas cuencas y subcuencas en las que puede efectivamente presentarse el riesgo señalado, en particular, en las cuencas de los ríos Palena (donde se ubica el río Figueroa) y Aysén, y la subcuenca del río Ibáñez.” (Res. TDLC N°22, p.68)

¹³ Demanda de Sky Service S.A. en contra del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, Junta de Aeronáutica Civil, Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A., Rol C N°70-05.

- establece que un mecanismo de asignación de recursos escasos, como son en este caso los derechos de aprovechamiento de aguas, que considere su licitación sólo sobre la base de ofertas económicas, favorece inequívocamente a la empresa que no tenga competencia que lo discipline, en detrimento de potenciales entrantes, quienes enfrentarán una barrera difícilmente superable para ingresar al correspondiente mercado.
32. A lo anterior es preciso agregar la exención de carácter transitorio del pago de patentes por el no uso del recurso que el Código de Aguas otorga a los propietarios de derechos de aprovechamiento en las Regiones XI y XII, y en la Provincia de Palena. En efecto, si bien el nuevo Código de Aguas determinó el pago de una patente por el no uso del recurso, con el objeto de evitar su concentración con fines especulativos o excluyentes, el artículo 2° transitorio de ese cuerpo legal exime de este pago a los propietarios de derechos no consuntivos en las regiones mencionadas hasta el año 2012.
33. Ahora bien, la transferencia de derechos de aprovechamiento de aguas de Endesa a HidroAysén, por un caudal total de 3.032 m³/s, corresponde a una operación que forma parte del acuerdo con Colbún, tal como se menciona en la Resolución N°22/2007¹⁴. Por su parte, las solicitudes de HidroAysén de derechos de aprovechamiento de aguas en los ríos Pascua y Baker, por un caudal de 1.380 m³/s, fueron efectuadas en su mayoría el 10 de agosto de 2007¹⁵ y, de acuerdo con los antecedentes acompañados por HidroAysén, corresponden a nuevos derechos necesarios para la realización del proyecto hidroeléctrico de Aysén. De esta manera, lo que cabe determinar es si las nuevas solicitudes de HidroAysén tienen un objetivo legítimo en función del proyecto hidroeléctrico de Aysén o si, por el contrario, fines anticompetitivos.
34. De acuerdo con lo señalado por HidroAysén, el proyecto Hidroeléctrico de Aysén originalmente contemplaba 4 centrales con una capacidad instalada de

¹⁴ "Además, durante un plazo de 30 años contado a partir del sexto mes desde la entrada en operación de cada central, se retribuirá a Endesa por sus aportes de derechos de aguas al proyecto con el 12,3% de las inyecciones de energía y potencia de cada una de estas." (Res. TDLC N°22, p.3)

¹⁵ Solicitudes ND-1104-140, ND-1104-141, ND-1104-142 y ND-1104-143. Salvo la solicitud ND-1104-144, efectuada un mes más tarde, el 12 de septiembre de 2007.

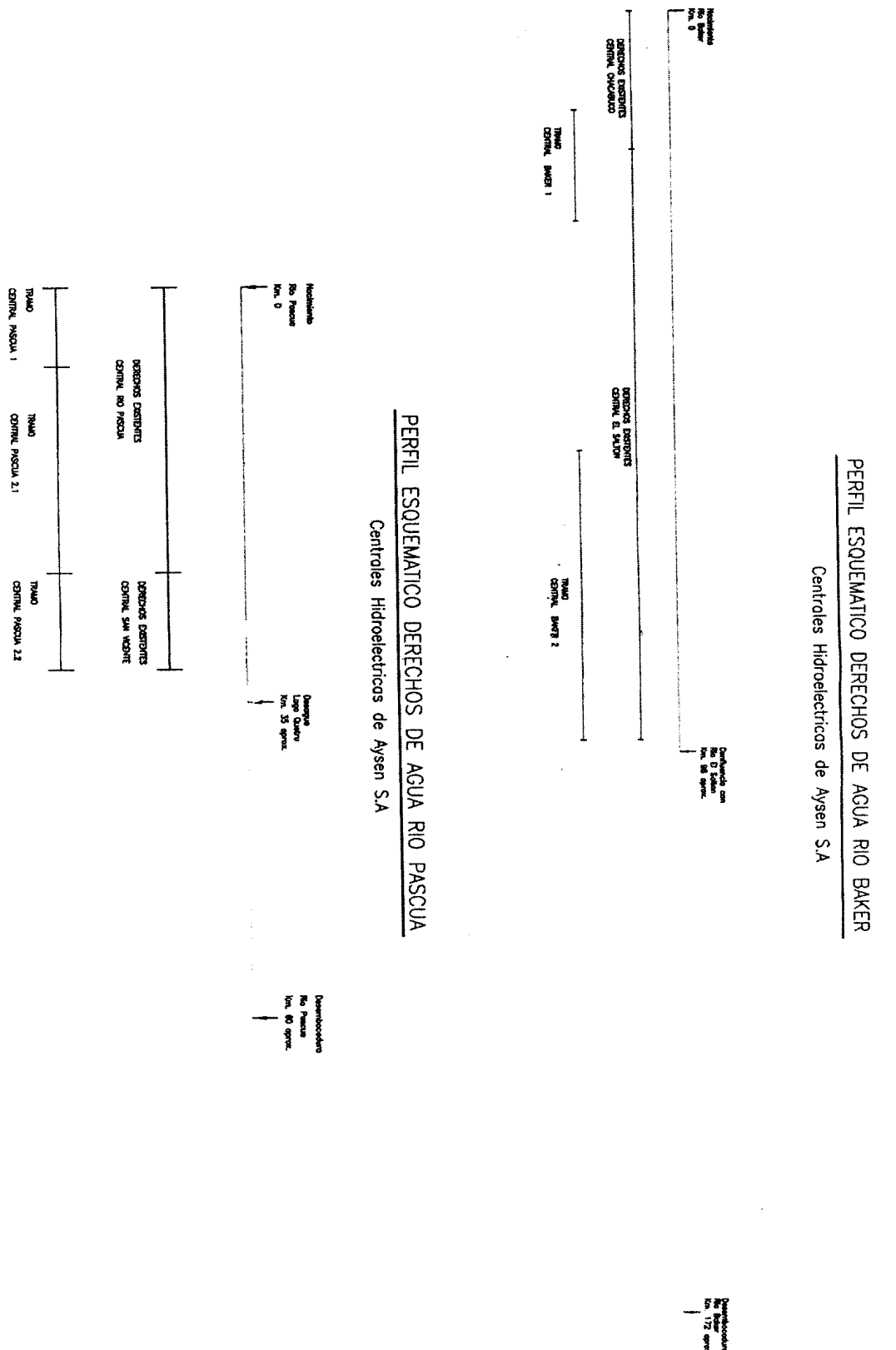
2.450 MW, las cuales consideraban un total de áreas de inundación de 9.300 hectáreas. Posteriormente, en agosto de 2007, y para cumplir con ciertos criterios establecidos por sus accionistas para la elaboración de este proyecto, se efectuaron modificaciones al proyecto original y se dividió una de las centrales, denominada Pascua 2, en dos centrales denominadas Pascua 2.1 y Pascua 2.2. De esta forma, el proyecto pasó a tener 5 centrales con una capacidad instalada de 2.750 MW, lo que en definitiva disminuyó las áreas inundadas a un total de 5.910 hectáreas. Las solicitudes de nuevos derechos de agua corresponderían a requerimientos para mantener la viabilidad del proyecto tras la disminución del área de los embalses respectivos, es decir, la optimización del proyecto, lo que permite la reducción de la superficie de los embalses y el aumento en su capacidad de generación, pero que estaría condicionada a la obtención de derechos adicionales.

35. A juicio de esta Fiscalía, en este caso, es más eficiente que los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, cuyos puntos de captación y restitución se encuentran emplazados en el área de embalse de un proyecto en particular, sean utilizados por el propietario de dicho proyecto, por cuanto, en general, no podrían ser utilizados por terceros, al no poder éstos superponer embalses ni centrales a los primeros. Así, es más eficiente que los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos asociados a un embalse sean utilizados por el propietario de las centrales emplazadas en el mismo.
36. En particular, una solicitud de derechos no consuntivos aguas arriba sólo podrá menoscabar un derecho anterior cuando se pida dentro del área de influencia de este último. Por el contrario, si la solicitud busca captar y restituir aguas abajo o aguas arriba del área de afectación del derecho existente, no se produce perjuicio y, por lo tanto, no existe impedimento para su otorgamiento.
37. Corresponde, de este modo, verificar si las nuevas solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas efectuadas por HidroAysén se encuentran ubicadas en las zonas en donde se emplazarán las centrales y los embalses

del proyecto Aysén, es decir, que se tratarían de solicitudes con fines legítimos por su relación con el proyecto y no de acciones estratégicas con fines excluyentes o de monopolización de un insumo esencial.

38. La figura N°1, a continuación, presenta un esquema que representa la ubicación relativa de los puntos de captación y restitución de los derechos de aprovechamiento agua solicitados por HidroAysén en relación con los derechos de agua originalmente de propiedad de Endesa. En dicho esquema, se puede constatar que las nuevas solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas se encuentran superpuestas a los derechos de agua originales del proyecto.

Figura N°1:
Ubicación relativa de los derechos de agua de HidroAysén



Fuente: Carta HidroAysén N° 056-08, de fecha 5 marzo 2008. Investig. Rol N° 1079-08

39. De lo expuesto, se puede colegir que la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas adicionales presentada por HidroAysén tendría como finalidad, efectivamente, reducir el área de inundación del proyecto, manteniendo su nivel de generación, lo que permitiría abrir a la competencia un área que actualmente se encuentra limitada a terceros al encontrarse circunscrita en el área de influencia de los derechos del año 1990. Lo referido se confirma por declaración de la propia HidroAysén, quien afirmó que “(...) respecto de solicitudes de aprovechamiento de aguas de carácter no consuntivos cuyos puntos de captación y restitución conforme el artículo 140 del Código de Aguas, se encuentren fuera del área de influencia de nuestros derechos de aprovechamiento de aguas inscritos, no sería tampoco objeto de oposición por parte de mi representada” (Carta HidroAysén N°056-08, de fecha 6 marzo 2008, presentada con ocasión de la Investigación Rol N° 1079-08. Se acompaña en un otrosí).

III.3. EVENTUALES EFECTOS COMO BARRERA DE ENTRADA A OTROS COMPETIDORES, TERCEROS O A OTRAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

40. En cuanto a posibles actividades afectadas u otros efectos, como por ejemplo, el consumo humano del recurso o su uso para el regadío de la zona u otras actividades económicas, que son derechos de aprovechamiento consuntivos, cabe reconocer que efectivamente una solicitud podría afectar también derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos constituidos aguas abajo, por cuanto el recurso consumido aguas arriba disminuye necesariamente el caudal aguas abajo y puede impedir el pleno y legítimo ejercicio del titular de los derechos otorgados previamente aguas abajo¹⁶.
41. A fin de evitar un posible daño a otras actividades económicas o bien al consumo humano, la Ley N° 20.017, del año 2005, modificó el Código de Aguas otorgando al Presidente de la Republica la facultad de denegar parcialmente las solicitudes de derecho de aprovechamiento según lo señalado en el artículo 147 bis de ese cuerpo legal. Dicho artículo establece

¹⁶ A diferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, en que el perjuicio se produce sólo si un derecho se solicita dentro del área de influencia del otro.

que la reserva de caudales sólo procedería por motivos de abastecimiento de la población, cuando no haya otro medio para obtener el agua y en el caso de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, por circunstancias excepcionales y de interés nacional.

42. En particular, en la cuenca del Baker y con motivo de una solicitud de AES GENER por 1.257 m³/s, la Presidenta de la República de la época ejerció dicha facultad a través del Ministerio de Obras Públicas. El Decreto N° 316, del 30 de abril de 2008, del Ministerio de Obras Públicas, fundado en el Informe Técnico N°21, de fecha 07 de marzo de 2008, de la DGA, fijó el caudal de reserva para la cuenca del Baker que rige actualmente en las magnitudes que se señalan en la siguiente tabla:

Tabla N°4:

Caudales Totales a reservar en la cuenca del Río Baker (m³/s)

Cond/Mes	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC
Permanente y discontinuo	5,9	5,9	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Permanente y continuo	0,0	0,0	0,0	4,2	4,2	4,2	0,0	0,0	0,0	0,0	5,9	0,0

Fuente: Informe Técnico 21, Dirección General de Aguas Aysén

43. Se debe hacer presente que, aun cuando el caudal de reserva nace en el contexto de una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas de un particular, es de aplicación general para toda la cuenca y, por tanto, restringe el caudal disponible que podrá ser destinado a atender las solicitudes de HidroAysén.
44. En definitiva, con la determinación de un caudal de reserva fiscal se garantiza demandas futuras de derechos de aprovechamiento de aguas de carácter consuntivo, por lo que resulta errado sostener que el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos puede afectar la disponibilidad de derechos consuntivos, por cuanto éste ya está garantizado por la reserva fiscal. La disponibilidad total de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos quedará siempre limitada por el caudal de reserva

fiscal, siendo obligación de la autoridad competente el considerarlo a la hora de recibir nuevas solicitudes en estas cuencas.

45. Finalmente, H. Tribunal, cabe indicar que la alegación de la demandante en cuanto a que los derechos de aprovechamiento de aguas que pertenecen a HidroAysén -que corresponden a derechos no consuntivos-, en la práctica, se estarían comportando como consuntivos, se trata de una situación que esta Fiscalía desconoce y, por lo demás, de competencia de la autoridad sectorial.

POR TANTO,

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado el informe solicitado.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase tener H. Tribunal tener por acompañado los siguientes documentos:

1. Copia Simple del Decreto N° 316 MOP, que establece el caudal de reserva fiscal para la cuenca del río Baker
2. Copia simple de Informe Técnico N° 21, fechado el 7 de marzo de 2008, denominado "Caudales de Reserva en la Cuenca del Rio Baker" de la DGA.
3. CD-ROM con información de derechos concedidos y solicitudes en proceso para derechos no consuntivos superficiales, actualizados a julio de 2010.
4. Carta de HidroAysén N°056-08, de fecha 5 marzo 2008, presentado en la Investigación Rol N° 1079-08 FNE.

SEGUNDO OTROSÍ: Tenga presente ese H. Tribunal que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica emana de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, y de la Resolución N° 49, de 31 de octubre de 2006, que dispone mi nombramiento en el cargo y que se custodia en la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que en la calidad invocada y en la de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino y asumo la representación de la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de lo cual delego

poder en el abogado de la Fiscalía señor Cristián R. Reyes Cid, habilitado para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quien podré actuar conjunta, separada e indistintamente y que firma junto a mí en señal de aceptación.


REPUBLICA DE CHILE
FISCALÍA NACIONAL ECONOMICA
JAIMÉ BARAHONA URZÚA
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)