

EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **PRIMER OTROSÍ:** Se tenga presente.
SEGUNDO OTROSÍ: Acompaña documentos en la forma que indica.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, abogado, por la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (“FNE”)**, en autos caratulados “Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro - La Puerta y otros de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas”, **RoI NC N°455-2019**, a este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. Tribunal**”) respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, N°2 y 31, N°1 del DFL N°1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973 (“**DL N°211**”), vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal en los autos ya individualizados, conforme al siguiente índice:

I. Solicitud de la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro - La Puerta y Otros.....	2
II. Regulación aplicable.....	4
II.1. Normativa aplicable a las Aguas.....	4
II.2. Declaración de Zona de Prohibición y surgimiento de Comunidades de Aguas Subterráneas.....	6
II.3. Pago de Patente por No Uso.....	8
II.3.1. Regulación de la Patente por No Uso.....	8
II.3.2. Fundamento y Lógica Económica de la Patente por No Uso.....	10
III. Características del Acuífero y de la CAS 2.....	14
III.1. Descripción Hidrogeológica de la Cuenca del Río Copiapó.....	14
III.2. Descripción de la CAS 2.....	18
IV. Mercado Relevante.....	24
IV.1. Mercado <i>Aguas Arriba</i>	24

IV.2. Mercados Conexos <i>Aguas Abajo</i>	26
V. Análisis del Mercado Relevante.....	26
V.1. Distribución de los Derechos en el Mercado Relevante.....	27
V.2. Transferencia de Derechos en el Mercado <i>Aguas Arriba</i>	30
VI. Análisis de la Solicitud	33

I. Solicitud de la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro - La Puerta y Otros

1. Con fecha 9 de abril de 2019, la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro - La Puerta (“**CAS 2**” o “**Comunidad**”), la empresa SCM Minera Lumina Coper Chile y la empresa Agrícola Las Juntas S.A. (en conjunto con la Comunidad, las “**Solicitantes**”), solicitaron al H. Tribunal declarar que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 2 gestiona son, de conformidad con el artículo 129 bis 9 del DFL N°1122 del Ministerio de Justicia que fija el texto del Código de Aguas (“**Código de Aguas**”), administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, para efectos de aplicar a dichos derechos la exención del pago de patente por no uso de aguas, contemplada en la referida disposición legal (la “**Solicitud**”).
2. La CAS 2 es una organización de usuarios de aguas, cuyos titulares cuentan con derechos de carácter consuntivos, subterráneos y permanentes, en un determinado sector de la cuenca del río Copiapó. Las Solicitantes exponen que su objeto es administrar y distribuir las aguas del sector hidrogeológico dos del acuífero de Copiapó, denominado “Embalse Lautaro - La Puerta” (“**Sector 2**”), y proteger los intereses comunes de los miembros de la organización y la sustentabilidad de dicho sector.
3. Los miembros de la CAS 2 serían todas las personas naturales y jurídicas titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el área

del Sector 2, y todas aquellas personas que, por cualquier título o motivo, les sucedan, total o parcialmente, en el dominio de tales derechos de aprovechamiento. De este modo, las Solicitantes afirman que, en total, la CAS 2 administraría 122 derechos por un caudal total máximo de 3.340,5 litros por segundo (“l/s”).

4. Las Solicitantes también señalan que el agua extraída del Sector 2 se utilizaría mayoritariamente para riego, en virtud de la actividad económica de fruticultura de exportación, concentrada en la producción de uva de mesa de grandes y medianas empresas. Le seguiría en importancia la minería extractiva, donde el agua extraída se destinaría para sus procesos productivos.
5. Conforme se indica en la Solicitud, en el Sector 2 existirían 65 pozos o captaciones construidas para el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, pero actualmente sólo estarían operativos 53, encontrándose los demás deshabilitados. Ello se debería a que gran parte de los derechos de aprovechamiento del Sector 2 no podrían ser ejercidos, pues las características de los pozos, particularmente su profundidad, no permitirían extraer el recurso, dados los bajos niveles actuales de agua subterránea de la zona.
6. Las Solicitantes indican que, a partir del año 2007, algunos derechos de aprovechamiento de aguas administrados por la CAS 2 habrían sido sometidos al régimen del pago de patente por no uso de aguas¹. Respecto de la situación actual², indican que 4 derechos de aprovechamiento de aguas administrados por la CAS 2 estarían afectos al pago de patente, cuyo caudal total ascendería a 190 l/s, correspondiente al 5,69% del caudal total administrado por la Comunidad³.

¹ La Ley N°20.017, de 11 de mayo de 2005, introdujo modificaciones al Código de Aguas, estableciendo, entre otras cosas, un régimen de pago de patente por no uso de las aguas.

² De acuerdo a la resolución exenta N°3565 de la Dirección General de Aguas, de 28 de diciembre de 2018, publicada en el Diario Oficial el 15 de enero de 2019.

³ Respecto de dicha información, cabe hacer presente que la Dirección General de Aguas informó a esta Fiscalía, en su respuesta al Oficio Ord. N°1113-19 FNE, que actualmente existen 2 derechos de aprovechamiento de aguas sujetos al pago de patente, cuyo caudal total asciende a 16 l/s, lo que

7. Por otra parte, la solicitud indica que la existencia de transferencias de derechos de aprovechamiento de aguas de miembros de la CAS 2 permitiría corroborar la inexistencia de hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el Sector 2.
8. En virtud de lo anterior, las Solicitantes piden al H. Tribunal: **(i)** declarar y disponer que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye la Comunidad son ejercidos en un área en la cual no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, para los efectos contemplados en el artículo 129 bis 9, incisos 4°, 5° y 6° del Código de Aguas; y, **(ii)** que dicha declaración sea comunicada a la Dirección General de Aguas (“DGA”) para la determinación que dicho organismo deba efectuar, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 129 bis 8 del Código de Aguas, aplicando la exención al pago de patente contemplada en la ley.

II. Regulación aplicable

II.1. Normativa aplicable a las Aguas

9. En Chile, las aguas son bienes nacionales de uso público cuya explotación se permite a los particulares mediante derechos de aprovechamiento en conformidad a las disposiciones que establece el Código de Aguas⁴.
10. En ese sentido, el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y que permite el uso y goce de ellas⁵. Este derecho se expresa en unidades de volumen por unidad de tiempo⁶ y puede clasificarse conforme

representa un 0,48% del caudal total administrado por la Comunidad, tal como se muestra en la Tabla N°4 *infra*.

⁴ Véase el artículo 5° del Código de Aguas.

⁵ Véase el artículo 6° del Código de Aguas.

⁶ Véase el artículo 7° del Código de Aguas. En general los derechos consuntivos -que tienen usos muy variados- se expresan en litros por segundo (l/s). En cambio, los no consuntivos tienden a tener usos principalmente en la generación eléctrica y se expresan -para dicha utilidad- en metros cúbicos por segundo (m³/s).

a diversos criterios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2° y 12 del Código de Aguas. En efecto, los derechos de aprovechamiento pueden ser superficiales o subterráneos⁷; consuntivos o no consuntivos⁸; de ejercicio permanente o eventual⁹; y de ejercicio continuo, discontinuo o alternado entre varias personas¹⁰.

11. En conformidad a las distinciones indicadas en los párrafos precedentes, los derechos de aprovechamiento con que cuenta la CAS 2 pueden caracterizarse como derechos sobre aguas subterráneas, de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo.
12. Los derechos de aprovechamiento de aguas se constituyen por actos de autoridad¹¹, generalmente de carácter administrativo (pudiendo también ser judicial), y se materializa en una resolución emitida por la DGA previa solicitud del interesado¹². Respecto de la constitución de aguas subterráneas, a diferencia de lo que ocurre con las aguas superficiales, éstas requieren antes

⁷ Conforme al artículo 2° del Código de Aguas, las aguas terrestres se clasifican en superficiales y subterráneas. Por consiguiente, los derechos de aprovechamiento pueden ser también superficiales o subterráneos. Son aguas superficiales aquellas que escurren por cauces naturales, artificiales o que están acumuladas en depósitos como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses. En cambio, son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.

⁸ Según establecen los artículos 13 y 14 del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento consuntivos son aquellos que facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad, mientras que los no consuntivos son aquellos que permiten emplear el agua sin consumirla y obligan a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho respectivo.

⁹ Conforme a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Código de Aguas, los derechos de ejercicio permanente facultan a su titular para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, mientras que los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente.

¹⁰ Conforme al artículo 19 del Código de Aguas, son derechos de ejercicio continuo los que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día; en cambio, los derechos de ejercicio discontinuo sólo permiten usar el agua durante determinados períodos. Finalmente, los derechos de ejercicio alternado son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente.

¹¹ Véase el artículo 20 del Código de Aguas.

¹² Véanse los artículos 140 y siguientes del Código de Aguas.

de su establecimiento de una fase de exploración para estudiarlas y determinar su real existencia¹³.

13. A su vez, cabe indicar que los derechos de aguas pueden ser libremente transferidos, a través de negociaciones típicas de mercado y, asimismo, pueden ser hipotecados¹⁴. En efecto, el sistema creado por la legislación de aguas en Chile tiene como objetivo esencial la creación de un mercado de aguas que cumpla el rol de asignar los recursos, donde los derechos de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento se definen como privados y transables¹⁵.

II.2. Declaración de Zona de Prohibición y surgimiento de Comunidades de Aguas Subterráneas

14. La declaración de zonas de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas es una facultad que tiene la DGA para proteger y asegurar la sustentabilidad de un acuífero determinado. En efecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto Supremo N°203 del Ministerio de Obras Públicas, que Aprueba el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas ("**Reglamento de Aguas Subterráneas**"), la DGA puede declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones cuando se hayan constituido derechos de aprovechamiento de aguas que comprometan toda la disponibilidad del acuífero, no siendo posible constituir nuevos derechos de aprovechamiento.
15. Conforme establece el Código de Aguas¹⁶, la declaración de un área como zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas da

¹³ Véase: Rivera Bravo, Daniela. Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas. Revista *Ius et Praxis*, Año 21, N°2, 2015, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp.234-235.

¹⁴ Vergara Blanco, Alejandro. Derecho de Aguas: Tomo II. Santiago, 1998, Editorial Jurídica de Chile, p.315.

¹⁵ Valenzuela, Pablo. Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio. Revista de derecho, Escuela de Postgrado N°4, diciembre de 2013, p.108.

¹⁶ Véase el artículo 63 del Código de Aguas.

origen automáticamente a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en dicha zona. En virtud de lo anterior, y como consecuencia de la Resolución DGA N°193, de 27 de mayo de 1993, que declaró como zona de prohibición para nuevas explotaciones de agua subterráneas a la cuenca del río Copiapó, se constituyó la CAS 2, constitución que se formalizó y organizó en virtud de la sentencia dictada en la causa Rol V-1076-2013 del Segundo Juzgado de Letras de Copiapó.

16. La CAS 2 corresponde a una organización de usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas formada por el conjunto de titulares de derechos que aprovechan las aguas de un mismo sector hidrogeológico de aprovechamiento común o acuífero. Su función principal es controlar las extracciones de sus miembros, con el objeto de regular la explotación del acuífero a través del manejo de la información de usuarios, pozos y disponibilidad del recurso¹⁷. Estas organizaciones de usuarios son administradas por un directorio o administradores nombrados por una junta de comuneros, quienes cuentan con las facultades y deberes establecidos en los estatutos de cada comunidad y en lo dispuesto en el Código de Aguas¹⁸.

17. Según la información aportada por la CAS 2 en la Investigación Rol N°2551-19 FNE (la “**Investigación**”), la Comunidad se encontraría conformada por todos aquellos titulares vigentes de derechos de aprovechamiento de aguas en la zona donde la Comunidad ejerce jurisdicción, esto es, el Sector 2. Según establece el Código de Aguas y los Estatutos de la CAS 2, la Comunidad se organizaría a través de la junta general ordinaria de comuneros celebrada una vez al año, en la que se presentaría la memoria y el presupuesto de la Comunidad correspondiente al último año, y se aprobaría el plan de trabajo y el presupuesto para un nuevo periodo. Esta asamblea ordinaria de comuneros

¹⁷ Véase el artículo 186 del Código de Aguas.

¹⁸ Véase el artículo 241 del Código de Aguas.

elegiría, cada dos años, al directorio de la Comunidad, integrado por 5 miembros¹⁹ y que sesionaría con periodicidad mensual²⁰.

II.3. Pago de Patente por No Uso

II.3.1. Regulación de la Patente por No Uso

18. En el año 2005 se reformó el Código de Aguas a través de la Ley N°20.017²¹, introduciéndose el cobro de una patente por los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados por sus titulares. La determinación del pago de una patente por el no uso de las aguas, constituyó una innovación sustantiva al régimen chileno de las aguas que busca desincentivar la acumulación de derechos de aprovechamiento por parte de quienes no tengan intenciones ciertas de su uso productivo en plazos razonables²².
19. Así, respecto de derechos de carácter consuntivos de ejercicio permanente, como son aquellos de los miembros de la Comunidad, debe pagarse una patente anual a beneficio fiscal, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales²³, siempre que el titular no haya construido obras de captación²⁴⁻²⁵. Tratándose de aguas subterráneas, se entenderá por “*obras de captación*” aquellas obras que permitan su alumbramiento (como pozos o

¹⁹ Los cargos de cada miembro corresponderían al de Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y Director. Adicionalmente, la Comunidad contaría con un equipo de trabajo compuesto por una gerenta, un encargado técnico y un encargado del área administrativa y legal.

²⁰ Según información aportada por la Comunidad, en su respuesta al Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

²¹ La Ley N°20.017 introdujo el Título XI al Libro Primero del Código de Aguas, denominado “*Del Pago de una Patente por no Utilización de las Aguas*”, incorporándose los artículos 129 bis 4 al 129 bis 8 al Código de Aguas, los que establecen los montos y las características de las patentes que se deben asumir por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas.

²² Meza Suárez, Catalina. Aplicación de la patente por no uso de las aguas en Chile. Actas de Derecho de Aguas N°4, 2014, pp.50-51.

²³ El pago de patente por no uso es directamente proporcional al tamaño del caudal no explotado, por cuanto el monto de la patente considera los litros por segundo no utilizados por el titular.

²⁴ Véase el artículo 129 bis 5 del Código de Aguas.

²⁵ De forma consistente con la norma recién citada, el artículo 129 bis 9, inciso 1° del Código de Aguas establece que no se podrán considerar como sujetos al pago de la patente aquellos derechos de aprovechamiento para los cuales existan *obras de captación*.

bombas de agua)²⁶⁻²⁷. De este modo, cuando el titular de los derechos ha construido obras de aprovechamiento que permiten el alumbramiento de las aguas subterráneas, la ley presume que los derechos de aguas se utilizan y libera a su titular del pago de patente. A su vez, la falta de obras de aprovechamiento aptas para el alumbramiento de las aguas²⁸ permite constatar que los derechos no se usan.

20. Por otra parte, el Código de Aguas establece un monto diferenciado de la patente, según sea el lugar en que se ha constituido el derecho, exigiéndose un pago mayor en las regiones al norte de la Región de Los Lagos, reconociendo que al sur de dicha Región, el agua es un recurso relativamente menos escaso. Asimismo, contempla un aumento progresivo en el valor de la patente -el valor se duplica a partir del sexto año de su cobro y cuadruplica a partir del onceavo año-, incentivando a quienes cuenten con derechos de aprovechamiento que no utilizan, a venderlos en un plazo razonable²⁹⁻³⁰.
21. Dentro de las causales de exención para el pago de patente, el Código de Aguas establece, entre otras, que estarán exentos de pago de patente por no uso (i) aquellos derechos de aprovechamiento permanentes que, por decisión de la organización de usuarios correspondiente, hubieran estado sujetos a

²⁶ Véase el artículo 129 bis 9, inciso final del Código de Aguas.

²⁷ El artículo 52 del Reglamento de Aguas Subterráneas indica que las *obras de captación* de aguas subterráneas que permiten su alumbramiento serían instalaciones que hacen posible la efectiva extracción de las aguas a que se tiene derecho, tales como: bombas de extracción, instalaciones mecánicas, eléctricas, tuberías u otros.

²⁸ En este sentido, es posible que, incluso existiendo obras de captación construidas, la DGA cobre una patente por no uso, en aquellos casos en que la referida obra no se encuentre habilitada, no permitiendo el alumbramiento de las aguas.

²⁹ Al respecto, el artículo 129 bis 5 del Código de Aguas dispone que: "(...) 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 Decima, Undécima y Duodécima, ascenderá a 0,1 unidad tributaria mensual por cada litro por segundo. b) Entre los años sexto y decimo 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".

³⁰ El artículo 129 bis 5 también establece desde cuándo se cuentan los plazos de no utilización de las aguas.

turno o reparto proporcional³¹; y, (ii) la totalidad o la 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 competencia³². Para acogerse a esta última excepción es necesario que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que en el área afectada se cumple tal condición³³, que corresponde precisamente al objeto de la presente Solicitud³⁴.

22. Para proceder al cobro de patentes por no uso, la DGA, previa consulta a la respectiva organización de usuarios, determinará cada año los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no cuentan con obras de captación, para posteriormente emitir y publicar una resolución que contenga el listado de los derechos afectos al pago³⁵.

II.3.2. Fundamento y Lógica Económica de la Patente por No Uso

23. La institución del pago de una patente encuentra su justificación en criterios de eficiencia en la asignación de recursos, de tal forma de posibilitar que, una vez concedidos los derechos de aprovechamiento por el Estado, éstos se

³¹ Véase el artículo 129 bis 9, inciso 3° del Código de Aguas.

³² Véase el artículo 129 bis 9, incisos 4° y 5° del Código de Aguas.

³³ Respecto de facultar al H. Tribunal para que conociera de esta materia, el origen de la norma fue la preocupación de que se generaran situaciones abusivas por la concentración de estos derechos y una eventual restricción de su transferencia, lo que se consideró como una materia de competencia de dicho órgano: "(...) ante el caso de que una empresa concentrara los derechos de aprovechamiento y no accediera a su venta, restringiendo la oferta de algún producto en un mercado paralelo y generando ineficiencias en dicho mercado y una mala asignación de recursos en general, la respuesta natural es que sean las instituciones antimonopolios las encargadas de resolver problemas vinculados a un poder de mercado excesivo, pues son ellas quienes determinan si efectivamente se producen abusos asociados a este poder" (Historia de la Ley N°20.017, Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, p.371).

³⁴ Adicionalmente, cabe señalar que se establece una exención de la patente a derechos con bajos volúmenes de agua. Para la aplicación de esta exención tratándose de derechos consuntivos, véase el artículo 129 bis 5 Código de Aguas.

³⁵ Esta resolución es susceptible de los recursos de reconsideración y reclamación regulados en los artículos 136 y 137 del Código de Aguas.

transen libremente en el mercado y sean reasignados a quien los valore en mayor medida³⁶.

24. Como ha expuesto esta Fiscalía con antelación³⁷, actualmente, el sistema que se ocupa para otorgar y explotar las aguas subterráneas consiste en que se entregan derechos sobre un determinado caudal de litros por segundo que se pueden comprar y vender entre personas (mecanismo de cuotas transables).
25. Si existiese competencia en este mercado, los compradores de los derechos serían las personas que lo valoran más, por lo que se cumpliría la primera condición para alcanzar la eficiencia económica³⁸. No obstante, el problema que ocurre con este mecanismo de asignación es que puede haber sobreexplotación del acuífero, debido a que los beneficios de extraer agua son exclusivamente para el titular del derecho, mientras que los costos son soportados por todos los titulares.
26. Aunque el sistema actual de derechos contempla la facultad de delimitar una “zona de prohibición” en la que se prohíbe el otorgamiento de nuevos derechos, no establece incentivos para evitar la sobreexplotación del acuífero, pues el total de derechos ya constituidos no está sujeto a las condiciones hídricas de la zona.

³⁶ En efecto, tal como sostuvo el Ministro de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones durante la tramitación de la ley N°20.017, “[p]ara 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 aquellos 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 construida (...)” (Jaime Estévez. Ministro de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones. Historia de la Ley N°20.017, p.1029).

³⁷ Véase: FNE. Escrito de aporte de antecedentes presentado con fecha 17 de junio de 2017 ante el H. Tribunal, en autos caratulados “Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Mal Paso - Copiapó y otro, de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas”, rol NC-436-17, pp.8 y ss.

³⁸ Si el objetivo del regulador es buscar la eficiencia económica, se espera que el mecanismo de asignación de derechos cumpla con dos criterios: (i) los adquieran las personas que más los valoran; y, (ii) que la cantidad de derechos asignados en cada periodo sea de tal magnitud que la valoración marginal más baja sea equivalente al costo marginal social de la explotación del derecho. Una discusión más detallada sobre los objetivos del regulador y los mecanismos para alcanzarla se puede encontrar en: *Ibid.*, pp.8-10.

27. Con respecto al funcionamiento del mercado de transacciones de derechos, se identifican en primera instancia, tres fenómenos que pueden afectar la competencia:
- i. Acaparamiento de permisos por un actor, con el objetivo de bloquear, restringir o encarecer el acceso a un insumo productivo importante, en este caso, el agua. Es relevante mencionar que cada derecho viene asociado a un punto geográfico en particular de extracción dentro del sector hidrogeológico de aprovechamiento común, y cambiar dicho punto requiere de un proceso administrativo costoso. En consideración de esto, en principio, el riesgo de acaparamiento puede producirse inclusive respecto de titulares de derechos que, sin tener una cuota significativa de permisos en un sector determinado, pueden estar acaparando derechos respecto de un punto geográfico específico de extracción, que puede ser relevante para otros actores³⁹.
 - ii. Especulación con el valor de los derechos, de tal forma que el titular no use efectivamente el recurso, sino que busque revenderlo para obtener un mayor precio en el futuro. Esto es problemático en la medida que dicha especulación deje fuera a empresas que usarían esos caudales para proyectos socialmente rentables.
 - iii. Que exista un actor con poder de mercado en el mercado de derechos transables, que tenga una cantidad de permisos superior a la que le correspondería en una asignación eficiente. De existir tal situación, el actor de gran tamaño tiene incentivos a participar estratégicamente en el mercado de permisos con el objetivo de afectar el precio de los mismos.

³⁹ Por ejemplo, si el predio en que un agricultor realiza su actividad productiva se encuentra ubicado cerca del punto geográfico de extracción de derechos de otro actor. Si bien, en dicho caso, el agricultor puede adquirir derechos en otro punto del sector hidrogeológico de aprovechamiento común y solicitar el cambio ante la DGA, ello puede significar un procedimiento administrativo costoso.

28. Debido a estos problemas que pueden ocurrir en este mercado, a juicio de esta FNE, el establecimiento de una patente por no uso de derechos de aguas puede cumplir, a lo menos, dos objetivos:
- i. Disuadir conductas que afectan el funcionamiento del mercado, como el acaparamiento de permisos y la especulación con el valor de los mismos.
 - ii. Imponer un gravamen a personas que mantengan los derechos sin uso, pero con motivo de tener los permisos en la eventualidad de necesitarlos, es decir, debido a la incertidumbre de si serán requeridos en el futuro. En este contexto, la patente tiene como objetivo que la persona que ejerza la opción de esperar, internalice el costo social que impone su conducta al bloquear, eventualmente, posibles proyectos de menor valor económico - ya que, de lo contrario, se debiera producir un intercambio-.
29. En cuanto al nivel deseado para la patente por no uso, se debe diferenciar el análisis para cada uno de los objetivos descritos en el párrafo anterior. En efecto, para disuadir el acaparamiento de permisos y la especulación, la patente debe ser suficientemente alta, como para que no sea rentable incurrir en dichas conductas. Sin embargo, si el objetivo de la patente es que los titulares de los derechos internalicen los costos sociales de mantener dichos derechos, a la espera del momento en que se ejecute el proyecto que gatillará el uso del derecho, el valor de la patente debiese ser igual al costo de oportunidad, que vendría dado por el beneficio marginal que obtendría el potencial comprador al explotar dicho derecho.
30. Claramente, es muy costoso para el regulador obtener la información necesaria para calcular la patente óptima. En consecuencia, dado que la patente tiene un valor fijo para grandes zonas geográficas a nivel nacional, en algunos casos será muy baja, estimulando mantener derechos de aprovechamiento de aguas a la espera de que se produzcan condiciones favorables para la inversión, mientras que, en otros casos será muy alta, dificultando eventualmente la evaluación de inversiones.

31. Finalmente, cabe mencionar que la patente por no uso del derecho no permite la corrección del problema estructural, que es la sobreexplotación del recurso, producto de la existencia de demasiados permisos. Cambios en el valor de la patente pueden afectar los incentivos a vender los derechos o, al menos, a invertir en las obras necesarias para explotar el recurso, pero no contribuye al racionamiento en el uso de los mismos. Para estos efectos, es necesario utilizar otras herramientas que otorga la ley, tal como se explica en la sección VI *infra*.

III. Características del Acuífero y de la CAS 2

III.1. Descripción Hidrogeológica de la Cuenca del Río Copiapó

32. En la Región de Atacama existen cuatro acuíferos que representan, en conjunto, aproximadamente a un 3% del total de acuíferos a nivel nacional⁴⁰. Dentro de estos acuíferos se ubica el río Copiapó, que nace de la unión de los ríos Jorquera, Pulido y Manflas, y cuya cuenca⁴¹ tiene un área hidrográfica de 18.703 km² con una longitud del cauce de 165 km⁴². La presencia de terrazas fluviales y sectores de vega, con abundante humedad, permiten que el río Copiapó sea intensamente utilizado en faenas agrícolas⁴³.
33. A nivel de aguas subterráneas y su interacción con las aguas superficiales, la DGA ha delimitado sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común, en prácticamente todo el territorio nacional, con el objetivo de otorgar y administrar los derechos de aprovechamiento de aguas. En virtud de lo anterior, para la administración del acuífero del valle del río Copiapó se

⁴⁰ Hasta el año 2015, la DGA delimitó un total de 137 acuíferos a lo largo del territorio nacional, identificando dentro de ellos a 375 sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común. Véase: DGA. Atlas del Agua. Chile 2016, p.70.

⁴¹ Entendida como un área de captación natural del agua de precipitación y/o derretimiento de nieves, drenado por un único sistema que hace converger los escurrimientos hacia un único punto de salida (un único río). Tal es el caso de la cuenca hidrográfica del río Copiapó.

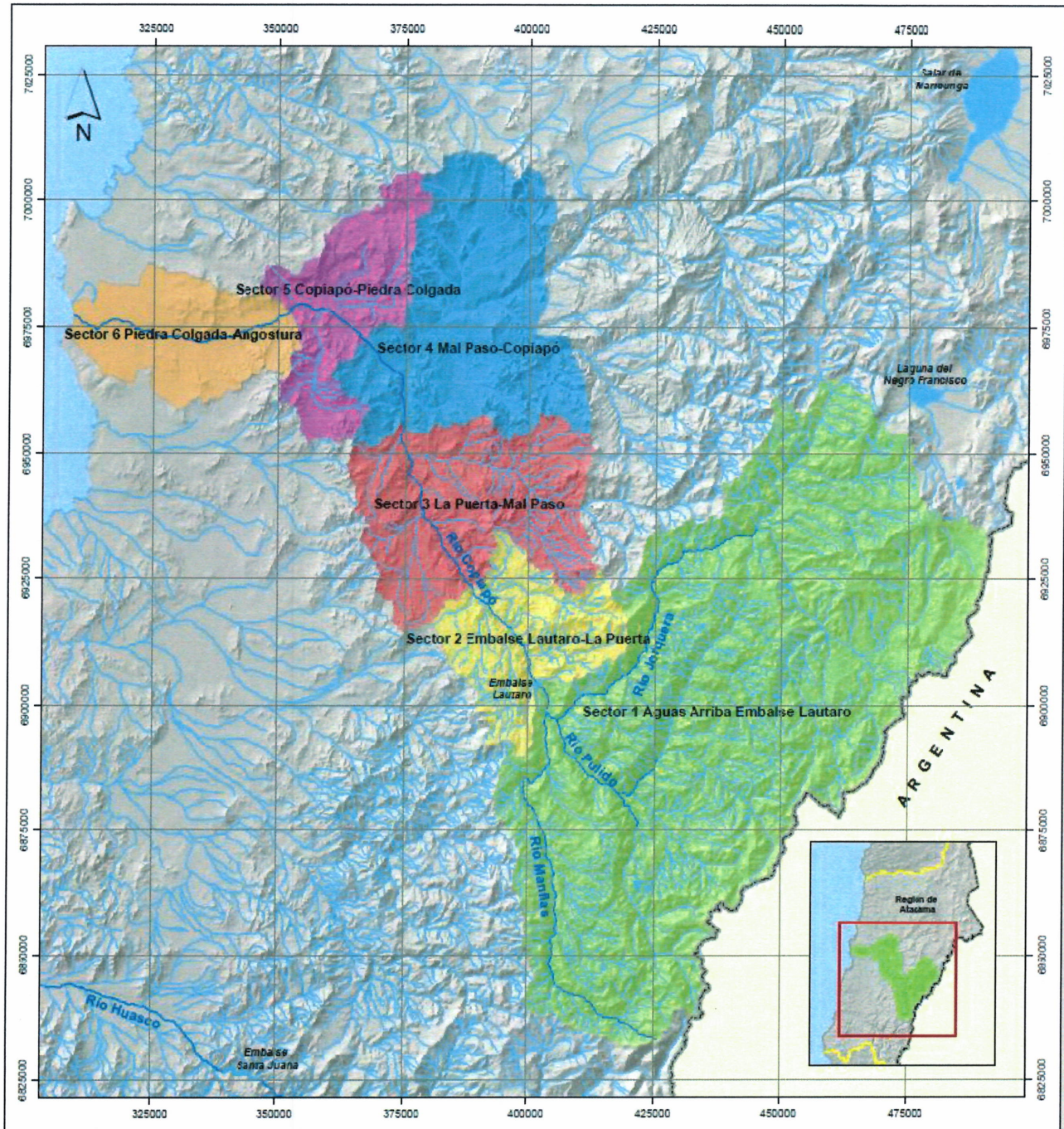
⁴² DGA. Atlas del Agua. Chile 2016, p.60.

⁴³ Mineurita Ltda. Análisis vocación productiva regional para la gestión de los recursos hídricos cuenca del río Copiapó, III Región de Atacama. Informe Final. Santiago, noviembre de 2015, p.39. Disponible en el sitio web de la DGA: <https://bit.ly/2LlpZ4t> [Fecha de consulta: 8 de julio de 2019].

delimitaron seis sectores hidrogeológicos⁴⁴, presentando cada uno condiciones hidrogeológicas previamente definidas, niveles de extracción y tasas de recarga diferentes. Estos sectores son: Sector N°1 Aguas Arriba Embalse Lautaro; Sector N°2 Embalse Lautaro - La Puerta; Sector N°3 La Puerta - Mal Paso; Sector N°4 Mal Paso - Copiapó; Sector N°5 Copiapó - Piedra Colgada; y, Sector N°6 Piedra Colgada - Desembocadura. La siguiente figura muestra los límites administrativos que utiliza la DGA para la administración de los recursos hídricos de la cuenca:

⁴⁴ A través de la Minuta Técnica de la DGA N°61 de 19 de agosto de 1997.

Figura N°1 Sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común río Copiapó



Fuente: Hidromas Cef Limitada. Informe Final Actualización de la Modelación integrada y subterránea del Acuífero de la Cuenca del Río Copiapó. Santiago, diciembre 2013, p.53.

34. Cabe señalar que, ante la falta de recarga natural del río Copiapó⁴⁵, sobre todo en la zona media y baja de la cuenca hidrográfica, la extracción actual produce

⁴⁵ La principal recarga del acuífero del río Copiapó proviene de la infiltración directa de precipitaciones, infiltración y escorrentía superficial del río.

un sostenido descenso del nivel de agua, no produciéndose renovación del recurso⁴⁶. En efecto, la cuenca del río Copiapó, al igual que el resto de los acuíferos de las regiones del norte del país, ha sufrido una disminución de sus caudales debido a que el recurso hídrico se hace cada vez más escaso, mostrando señales claras de sobreexplotación⁴⁷⁻⁴⁸.

35. Como consecuencia de lo anterior, tal como se indicó *supra*, la DGA declaró como zona de prohibición para nuevas explotaciones de agua subterráneas a la cuenca del río Copiapó, lo que al día de hoy incluye a los sectores hidrogeológicos Sector N°1 Aguas Arriba Embalse Lautaro; Sector N°2 Embalse Lautaro - La Puerta; Sector N°3 La Puerta - Mal Paso; y, Sector N°4 Mal Paso - Copiapó⁴⁹.
36. Finalmente, cabe indicar que, durante los meses de marzo de 2015 y mayo de 2017, una parte importante de la Región de Atacama, incluida la cuenca del río Copiapó, se vio afectada por fenómenos hidrometeorológicos que produjeron aluviones, inundaciones y desborde de ríos. Producto de estos fenómenos, esta Fiscalía tomó conocimiento de que el acuífero del río Copiapó se habría recargado de manera importante, en virtud de lo cual subieron los niveles del agua subterránea de la CAS 2. Asimismo, según se nos señaló, estos fenómenos habrían ocasionado diversos inconvenientes para algunos miembros de la Comunidad, al haber afectado ciertas obras de captación y riego⁵⁰.

⁴⁶ Según información aportada por la DGA en la respuesta al Oficio Ord. N°1113-19 FNE.

⁴⁷ Mineurita Ltda. Análisis vocación productiva regional para la gestión de los recursos hídricos cuenca del río Copiapó, III Región de Atacama. Informe Final. Santiago, noviembre de 2015, p.9. Disponible en el sitio web de la DGA: <https://bit.ly/2LlpZ4t> [Fecha de consulta: 8 de julio de 2019].

⁴⁸ De acuerdo a información recabada del nivel de napa, hay evidencia de que dicho nivel ha disminuido a través de los años en el acuífero de Copiapó. DGA. Atlas del Agua. Chile 2016, p.72.

⁴⁹ Respecto de los sectores N°5 Copiapó - Piedra Colgada y N°6 Piedra Colgada - Desembocadura, la Resolución Exenta N°162 de la DGA, de 22 de marzo de 2001, alzó la zona de prohibición para dichos sectores y declaró área de restricción para nuevas extracciones de aguas subterráneas.

⁵⁰ Según información aportada en las declaraciones de fechas 22 y 24 de mayo de 2019.

III.2. Descripción de la CAS 2

37. Conforme establecen sus Estatutos, la CAS 2 tiene por objeto **(i)** administrar las aguas del Sector 2; **(ii)** controlar la extracción de aguas del acuífero; **(iii)** adoptar las medidas que estime convenientes para promover un uso eficiente del agua; **(iv)** disponer la implementación, construcción, conservación y mejoramiento de los dispositivos de control de extracciones; **(v)** constituir la instancia de acuerdo, coordinación y actuación conjunta de todos los comuneros; y, **(vi)** las demás funciones y atribuciones que le correspondan según los Estatutos o la ley⁵¹.
38. Según informó la CAS 2, la Comunidad estaría compuesta por 45 miembros⁵², con un caudal total administrado de 3.340,5 l/s⁵³. La siguiente tabla muestra a los titulares, su respectivo caudal, la actividad económica a que se dedicarían y el uso que cada titular daría al agua extraída del Sector 2:

Tabla N°1 Titulares de derechos de aprovechamiento de aguas en la CAS 2

N°	Titular del Derecho	Caudal (l/s)	Industria	Uso del agua
1	AGRÍCOLA DOÑA BERTA LTDA.	65,00	Agrícola	Riego
2	AGRÍCOLA EL CERRILLO DE APALTA LTDA.	128,00	Agrícola	Riego
3	AGRÍCOLA JDF LTDA.	75,00	Agrícola	Riego
4	AGRÍCOLA TRES SOLES S.A. (3 SOLES S.A.)	125,00	Agrícola	Riego
5	AGRÍCOLA UAC LTDA.	528,50	Agrícola	Riego
6	AGRÍCOLA UNI-AGRI COPIAPÓ SPA	122,00	Agrícola	Riego
7	ALBERTO PESENTI OVIEDO	5,00	Agrícola	Riego
8	ANTONIO SQUEO FARRUGIA	2,00	Agrícola	Riego
9	CARMEN ROSARIO OLIVARES	11,00	Agrícola	Riego
10	CLAUDIO SQUEO PORCILE	15,00	Agrícola	Riego
11	COMPAÑÍA AGRÍCOLA GANADERA HORNITO S.A.	70,00	Agrícola	Riego
12	CORPBANCA	216,00	Agrícola	Riego

⁵¹ CAS 2. Título segundo, artículo 4° de los Estatutos.

⁵² De acuerdo a la solicitud presentada ante el H. Tribunal, la Comunidad estaría integrada por 46 comuneros o titulares. Véase: Solicitantes. Solicitud presentada en autos caratulados "Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro-La Puerta y otros de informe del artículo 129 bis del Código de Aguas", Rol NC N°455-2019, p.8. Sin embargo, al revisar la Tabla N°1 de dicha Solicitud, complementada con la información aportada en la Investigación por la CAS 2, en su respuesta al Oficio Ord. N°1109-19 FNE, esta Fiscalía pudo verificar que, en realidad, la Comunidad cuenta con 45 miembros, y no 46.

⁵³ Según información aportada por la Comunidad, en su respuesta al Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

13	EDUARDO HERIBERTO PESENTI JOFRÉ	22,50	Agrícola	Riego
14	ENRIQUE ELEODORO MEZA URSINA	20,00	Agrícola	Riego
15	FRANCISCO SQUEO PORCILE	15,00	Agrícola	Riego
16	FRUTERA EUROAMÉRICA S.A.	91,00	Agrícola	Riego
17	FRUTÍCOLA Y EXPORTADORA ATACAMA LTDA.	272,50	Agrícola	Riego
18	FUNDO CASA ROSADA LTDA.	40,00	Agrícola	Riego
19	HÉCTOR RICARDO VALLEJO CHOYDENG	52,50	Agrícola	Riego
20	INGRID BURGOS HURTUBIA	7,50	Agrícola	Riego
21	INVERSIONES E INMOBILIARIA COYANCURA LTDA.	53,38	Agrícola	Riego
22	JAIME PROHENS ESPINOSA	20,00	Agrícola	Riego
23	JAIME Y ROBINSON PESENTI RECABARREN	33,00	Agrícola	Riego
24	JORGE ALDO PESENTI JOFRÉ	22,50	Agrícola	Riego
25	JUAN ÁNGEL PESENTI OVIEDO	4,00	Agrícola	Riego
26	MARCOS ANTONIO PESENTI JOFRÉ	12,50	Agrícola	Riego
27	MAURICIO SQUEO SALAS	15,00	Agrícola	Riego
28	MINISTERIO DE EDUCACIÓN	23,00	Otros	Riego
29	NATALIA SQUEO BURGOS	3,75	Agrícola	Riego
30	OSCAR PROHENS ESPINOSA	35,00	Agrícola	Riego
31	PAOLA ROXANA GROSSI RIVERA y otros	20,00	Agrícola	Riego
32	PEDRO GROSSI TORNINI	18,00	Agrícola	Riego
33	PEDRO JOSÉ COMPAS RIVERA	15,00	Agrícola	Riego
34	PIERO SQUEO BURGOS	3,75	Agrícola	Riego
35	ROCKDRILLING S.A.	2,00	Otros	Sin uso
36	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	732,00	Minería	Procesos
37	SERGIO ENRIQUE PESENTIJOFRÉ	12,50	Agrícola	Riego
38	SERGIO ROQUE GROSSI TORNINI	19,00	Agrícola	Riego
39	SERVICIO NACIONAL DE OBRAS SANITARIAS	15,00	Sanitaria	Consumo Humano
40	SOCIEDAD AGRÍCOLA EL FUERTE Y COMPAÑÍA LTDA.	49,00	Agrícola	Riego
41	SOCIEDAD AGRÍCOLA ENDRAOS NICOLAS LTDA.	18,00	Agrícola	Riego
42	SOCIEDAD AGRÍCOLA LAS JUNTAS S.A.	60,00	Agrícola	Riego
43	SOCIEDAD AGRÍCOLA SACRAMENTO Y COMPAÑÍA LTDA.	34,00	Agrícola	Riego
44	SOCIEDAD AGRÍCOLA SANTA ROSA LTDA.	90,00	Agrícola	Riego
45	SOCIEDAD FRUTÍCOLA RÍO BLANCO SPA	146,62	Agrícola	Riego

Fuente: Elaboración propia, en base a respuesta de la CAS 2 a Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

39. En cuanto a las actividades económicas que realizarían los comuneros, la siguiente tabla muestra el número de comuneros por actividad, el caudal que se asigna a cada actividad, y la participación por actividad con respecto al total del caudal:

Tabla N°2 Actividades económicas de los comuneros de la CAS 2

Actividad	N° Comuneros	Caudal total (l/s)	Participación en el total
Agrícola	41	2568,5	76,89%
Minería	1	732	21,91%
Otros	2	25	0,75%
Sanitaria	1	15	0,45%
Total	45	3340,5	100%

Fuente: Elaboración propia, en base a respuesta de la CAS 2 a Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

40. Se observa que la actividad económica principal es la agrícola, con 41 comuneros dedicados a dicho giro⁵⁴, lo que representaría un 76,9% del caudal total de la Comunidad, siguiendo en importancia la actividad minera.
41. Según lo informado por la CAS 2 en cuanto a los pozos u obras de captación construidas, habría un total de 65 pozos, de los cuales 12 no estarían funcionando por distintas razones⁵⁵. La siguiente tabla muestra un listado con los pozos no operativos de la Comunidad, identificando al titular de la obra en cada caso y la razón que justificaría su falta de operación⁵⁶:

Tabla N°3 Pozos no operativos en el Sector 2

N°	Titular	Pozo	Estado
1	AGRÍCOLA DOÑA BERTA/SOCIEDAD AGRÍCOLA LAS JUNTAS	POZO SIN NOMBRE	NO HABILITADO
2	AGRÍCOLA JDF	POZO 1	EMBANCADO
3	AGRÍCOLA UAC LTDA.	POZO AGUA POTABLE	NO HABILITADO
4	AGRÍCOLA UNI-AGRI COPIAPÓ	VIZCACHA	EMBANCADO
5	COMPAÑÍA AGRÍCOLA GANADERA HORNITO S.A.	POZO SIN NOMBRE	NO HABILITADO
6	MINEDUC	POZO COLEGIO	SIN AGUA
7	RICARDO VALLEJOS/SOCIEDAD AGRÍCOLA EL FUERTE	CANCHA	EMBANCADO
8	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	NORTE VERDE 2	NO HABILITADO
9	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	AUSTRAL FRUIT	NO HABILITADO
10	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	POZO 2 VALLE HERMOSO	NO HABILITADO
11	SOCIEDAD AGRÍCOLA SACRAMENTO	POZO 1	EMBANCADO
12	VARIOS	POZO COMUNITARIO GOYO DIAZ	SIN AGUA

Fuente: Elaboración propia, en base a respuesta de la CAS 2 a Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

⁵⁴ En particular, la actividad agrícola consistiría mayoritariamente en la producción de uva para exportación, de acuerdo a información aportada en declaración de fecha 22 de mayo de 2019.

⁵⁵ Solicitantes. Solicitud presentada en autos caratulados "Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro-La Puerta y otros de informe del artículo 129 bis del Código de Aguas", Rol NC N°455-2019, p.9.

⁵⁶ Según información aportada por la Comunidad, en su respuesta al Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

42. En resumen, del total de pozos no operativos, la mitad de los casos correspondería a pozos no habilitados, tratándose de obras que no estarían finalizadas por faltar, por ejemplo, conexión eléctrica o equipo de bombeo⁵⁷⁻⁵⁸, un tercio de los casos correspondería a pozos embancados (debido a daños sufridos producto de aluviones, inundaciones y desborde de ríos en 2015 y 2017⁵⁹), mientras que los restantes serían pozos sin agua (en que el nivel freático es inferior a la profundidad del pozo); todos hechos que esta Fiscalía no ha podido corroborar.
43. Por otra parte, la siguiente tabla muestra los derechos actualmente sujetos a pago de patente, conforme a la información aportada por la DGA:

Tabla N°4 Derechos de aprovechamiento de aguas sujetos a pago de patentes en el Sector 2

Titular Derecho	Pozo	Caudal (l/s)	Numeral afecto al pago	Forma de constatación de no uso	Año de comienzo de cobro	Factor de multiplicación al 05-06-2019	Valor Patente (UTM)*
AGRÍCOLA JDF LIMITADA	S/I	5,00	8563	Verificación en terreno	2015	4	32
CARMEN ROSARIO OLIVARES	S/I	11,00	5961	Verificación en terreno	2011	4	70,4

Fuente: Elaboración propia, en base a la respuesta de la DGA al Oficio Ord. N°1113-19 FNE.

Nota: Sobre el Valor Patente (UTM), en la respuesta de la DGA no se menciona si todo el caudal está sujeto al pago de la patente, por lo que para efectos del análisis se va a asumir que ello es así.

44. Como se observa en la Tabla N°4 *supra*, existirían 2 comuneros titulares de derechos que estarían afectos al pago de patente, equivalente a un caudal de 16 l/s, lo que representaría un 0,48% del caudal total administrado por la CAS 2. Según la información aportada a esta FNE, el total de la patente a pagar ascendería a 102,4 UTM. Con todo, cabe hacer presente a este H. Tribunal que la información aportada en la Investigación por la DGA difiere de la

⁵⁷ Según la información aportada en las declaraciones de fechas 22 y 24 de mayo de 2019, existen pozos que, al momento de construirse, permitían el alumbramiento del agua. Sin embargo, debido a que el nivel del agua habría descendido, ya no permitirían extraer agua, siendo necesario, o aumentar su profundidad, o construir nuevas obras de captación.

⁵⁸ De acuerdo a información aportada por la CAS 2 en respuesta al Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

⁵⁹ Según la información aportada en las declaraciones de fechas 22 y 24 de mayo de 2019.

información entregada por la CAS 2 a esta FNE, como también a la información disponible en la Solicitud presentada ante el H. Tribunal⁶⁰.

45. Al contrastar la información contenida en la Tabla N°3 -aportada por la CAS 2- con la información de la Tabla N°4 -aportada por la DGA-, es posible evidenciar que, de los comuneros sujetos a pago de patente por no uso, el caso de Agrícola JDF se explicaría por contar con un pozo embancado, mientras que no es clara la razón de por qué estaría inoperativo el pozo de Carmen Rosario Olivares.
46. Por otro lado, cabe destacar que, si se compara el número total de pozos que no se encuentran operativos, conforme a la información disponible en la Tabla N°3, y el número de titulares sujetos efectivamente al pago de patente por no uso, conforme muestra la Tabla N°4, existirían casos de pozos no operativos en la Comunidad que no se encontrarían sujetos al pago de patente, pese a que, conforme al entendimiento de esta Fiscalía y a lo dispuesto en el Código de Aguas, concurriría la causal legal para dicho cobro⁶¹.
47. Lo anterior podría deberse, según informó una de las Solicitantes, a que la DGA efectuaría fiscalizaciones solo ocasionalmente respecto de los titulares de derechos de aprovechamiento pertenecientes a la Comunidad y sus

⁶⁰ Según la información entregada por la CAS 2 en respuesta al Oficio Ord. N°1109-19 FNE, los titulares de los pozos sujetos a pago de patente son: **(i)** SCM Minera Lumina Copper Chile, **(ii)** Agrícola JDF, y **(iii)** Agrícola UAC LTDA. Sin embargo, en la Solicitud también se menciona al titular de derechos Jaime y Robinson Pesenti Recabarren, que, de acuerdo al Numeral afecto al pago, corresponderían al derecho de Carmen Rosario Olivares, reportado por la DGA e indicado en la Tabla N°4 *supra*. Cabe indicar que las Solicitantes reconocen en la Solicitud que existen 4 derechos de aprovechamiento sujetos al pago de patente por no uso de aguas -debido a que de los 5, hay uno duplicado-, pertenecientes a 4 titulares, agregando que *"el caudal total de derechos de aprovechamiento de aguas administrados, distribuidos y gestionados por la CAS 2 Copiapó, afectos al pago de patentes por no uso en el período en curso, asciende a 190 l/s, lo que corresponde al 5,69% del caudal total administrado por la referida Comunidad"* (Solicitantes. Solicitud presentada en autos caratulados "Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro-La Puerta y otros de informe del artículo 129 bis del Código de Aguas", Rol NC N°455-2019, p.11). Por lo tanto, hay discrepancias entre las tres fuentes de información.

⁶¹ Tal como se expuso en la sección II.3.1, tratándose de derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente otorgados sobre aguas subterráneas, el artículo 129 bis 5 del Código de Aguas establece el cobro de patente cuando los titulares no hayan construido las obras de captación en conformidad a la ley, entendiéndose por tales aquellas obras que permiten su alumbramiento.

respectivas obras de captación⁶². Con todo, cabe hacer presente a este H. Tribunal, que la determinación o no del cobro de la patente por no uso a un caso particular no es un ámbito a evaluar por esta FNE, pues corresponde a una facultad privativa de la DGA.

48. Finalmente, cabe señalar que, en cuanto al consumo efectivo de aguas subterráneas en la CAS 2, existiría, conforme a lo informado por la Comunidad, un consumo de las aguas considerablemente menor al efectivamente autorizado, tal como muestra la siguiente tabla:

Tabla N°5 Consumo anual aguas subterráneas en Sector 2, abril 2018 a marzo 2019

Sector 2	N° Pozos	Caudal autorizado (l/s)	Caudal efectivo utilizado (l/s)	Volumen (m3)
Amolanas	13	631,7	259,7	8.311.138
Calquis-Goyo Díaz	8	590,5	200,9	6.704.231
Viña Cerro-Sn Ant.	14	467,18	113	3.570.518
Palo Blanco	5	222	45,3	1.513.030
Apacheta-L.Loros	11	238	56,7	1.801.115
Laguna-La Puerta	6	325	64,1	2.101.807
Total	57	2474,38	739,7	24.001.839

Fuente: Elaboración propia, en base a respuesta de la CAS 2 al Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

49. En virtud de lo anterior, se constata que el consumo efectivo de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos en el Sector 2 representaría un 29,9% del total del caudal autorizado por la DGA para los 57 pozos en uso, informados por la Comunidad⁶³, y tan solo un 22,1% del caudal otorgado en el Sector 2, que ascendería a 3.340,5 l/s.
50. Cabe agregar que, a partir de la información aportada por la representante de la CAS 2, otra razón que explicaría la falta de uso del agua en el Sector 2 se

⁶² Según la información aportada en las declaraciones de fechas 22 y 24 de mayo de 2019.

⁶³ Cabe indicar sobre este punto, que la información aportada por la Comunidad a esta Fiscalía es inconsistente con lo sostenido por las Solicitantes ante el H. Tribunal. En efecto, conforme a la información aportada por la CAS 2 en respuesta al Oficio Ord. N°1109-19 FNE, existirían 57 pozos en uso en el Sector 2, mientras que, conforme a la Solicitud, existirían 53. Véase: Solicitantes. Solicitud presentada en autos caratulados "Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Aguas Arriba Embalse Lautaro-La Puerta y otro de informe del artículo 129 bis del Código de Aguas", Rol NC N°455-2019, p.9.

relacionaría con la afectación de las actividades productivas de ciertos titulares de los derechos de aprovechamiento, por los fenómenos hidrometeorológicos de 2015 y 2017. En efecto, a raíz de dichos fenómenos, algunos miembros de la Comunidad habrían sufrido daños en su infraestructura, terrenos u obras de riego, en virtud de lo cual disminuyó su actividad productiva, reduciendo, en consecuencia, su demanda de agua⁶⁴.

IV. Mercado Relevante

51. En relación a la Solicitud presentada ante el H. Tribunal y los antecedentes expuestos en la sección II y III *supra*, corresponde definir los mercados relevantes para, posteriormente, efectuar el análisis económico de la Solicitud.
52. Como ya ha analizado previamente esta Fiscalía⁶⁵, las aguas extraídas por los titulares de los derechos son utilizadas como un insumo productivo en empresas que se desempeñan en distintas industrias y rubros. Por lo tanto, el presente análisis debe distinguir entre el mercado de las transacciones de derechos (mercado *aguas arriba*) y los mercados en los cuales son utilizadas las aguas como insumo (mercados conexos *aguas abajo*).

IV.1. Mercado Aguas Arriba

53. Para determinar el mercado relevante *aguas arriba*, tal como el H. Tribunal ha podido constatar en el pasado⁶⁶, desde el punto de vista de la demanda, los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas son sustitutos respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales, debido a la escasez hídrica existente en el río Copiapó. En efecto, en situaciones de escasez, el precio relativo del agua aumenta, con lo cual la diferencia en el

⁶⁴ Según información aportada en la declaración de fecha de 24 de mayo de 2019.

⁶⁵ Véase: FNE. Escrito de aporte de antecedentes presentado con fecha 17 de junio de 2017 ante el H. Tribunal, en autos caratulados "Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Mal Paso - Copiapó y otro, de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas", rol NC-436-17.

⁶⁶ Véase: H. Tribunal. Informe N°13/2018 de 11 de enero de 2018, dictado en autos rol NC N°436-17, p.10 y siguientes; y, H. Tribunal. Informe N°7/2009 de 11 de diciembre de 2009, dictado en autos rol NC N°350-09, p.10 y siguientes.

costo de explotación entre las aguas superficiales y subterráneas se volvería menos importante. Por lo demás, según información aportada en la Investigación, existen comuneros de la CAS 2 que tienen derechos superficiales en el río Copiapó y que destinan, al igual que en el caso de las aguas subterráneas, a sus actividades productivas⁶⁷.

54. Asimismo, desde el punto de vista de la demanda, los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo no son sustitutos, pues éstos son demandados en el mercado según sea el uso para el cual se requieran. En efecto, los derechos consuntivos -como es el caso de los derechos de la CAS 2-, tienen usos variados, aunque principalmente se utilizan para el riego y la minería. En cambio, los derechos no consuntivos -que conllevan la obligación de restituir el caudal extraído- se utilizan principalmente para la generación eléctrica, y, por ende, no forman parte del mismo mercado relevante⁶⁸⁻⁶⁹.
55. Junto a lo anterior, se debe tener presente que, tal como ha señalado en el pasado el H. Tribunal, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado pueden ser considerados sustitutos imperfectos entre sí, debido a las diferencias existentes en cuanto al tiempo permitido para utilizar los recursos hídricos. No obstante lo anterior, es posible que un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio discontinuo o alternado sea equivalente a un derecho de ejercicio continuo, y que, por ello, sean considerados sustitutos por sus usuarios⁷⁰.
56. En cuanto al ámbito geográfico, la explotación de derechos de aguas subterráneas ocurre en un punto geográfico específico, en el cual se encuentra

⁶⁷ Según información aportada en declaración de fecha 24 de mayo de 2019.

⁶⁸ Véase en el mismo sentido: H. Tribunal. Informe N°13/2018 de 11 de enero de 2018, dictado en autos rol NC N°436-17, p.10 y siguientes.

⁶⁹ Por otro lado, los derechos de aprovechamiento de aguas eventuales sólo permiten el uso de los recursos hídricos después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente, por lo que la posibilidad de que éstos sean efectivamente usados es muy limitada. En virtud de lo anterior, dichos derechos no son a juicio de esta Fiscalía sustitutos de los derechos de ejercicio permanente. Véase en este sentido: *Ibid.*, p.10 y siguientes.

⁷⁰ Véase en el mismo sentido: *Ibid.*, p.10 y siguientes.

ubicado el pozo que permite acceder al recurso⁷¹. Para efectos del análisis de la Solicitud, es importante considerar que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de los miembros de la Comunidad se ejercen en un lugar ubicado dentro del Sector 2, siendo posible que la DGA autorice el cambio del punto de captación dentro del mismo sector⁷².

57. Considerando lo anterior, el mercado del producto y geográfico relevante para esta Fiscalía corresponde al mercado de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales, de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alternado, cuya localización geográfica corresponda a algún punto del Sector 2 de la cuenca del río Copiapó.

IV.2. Mercados Conexos Aguas Abajo

58. En consideración de las características del Sector 2, los mercados conexos *aguas abajo* corresponden a las distintas industrias que utilizan de forma intensiva el agua, de tal forma que han decidido solicitar o adquirir derechos de aprovechamiento en dicho sector. De acuerdo a la composición de las actividades económicas de los comuneros descrita en la Tabla N°2 *supra*, las industrias que se deberían considerar en el mercado *aguas abajo* corresponden a las industrias agrícola, minera y sanitaria.

V. Análisis del Mercado Relevante

59. La presente sección procede a analizar la información recabada en la Investigación para verificar si existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

⁷¹ En ese sentido, si una persona quiere utilizar el recurso en un lugar en particular tiene tres opciones para hacerse de la misma: **(i)** comprar o arrendar un derecho a una distancia próxima de su uso productivo; **(ii)** comprar un derecho y luego pedir el cambio del punto de extracción ante la DGA; y, **(iii)** invertir en un método de transporte que permita llevar el agua extraída desde un punto a otro. Las posibilidades concretas de usar cada una de estas opciones varían de acuerdo a las características productivas y recursos con que cuente cada comunero, pues realizar inversiones en transporte de agua puede tener costos significativos.

⁷² Véase en el mismo sentido: H. Tribunal. Informe N°13/2018 de 11 de enero de 2018, dictado en autos rol NC N°436-17, p.11 y siguientes.

V.1. Distribución de los Derechos en el Mercado Relevante

60. Para caracterizar las participaciones en el mercado *aguas arriba*, se solicitó información a la CAS 2, a la DGA y a la Junta de Vigilancia del Río Copiapó⁷³. Debido a que la información de los derechos superficiales entregada por la Junta de Vigilancia del Río Copiapó no especificaba con precisión las zonas geográficas en que pueden ejercerse los derechos de sus miembros, ni tampoco las actividades económicas de los titulares de los derechos⁷⁴, no fue posible para esta Fiscalía determinar cuál o cuáles de estos derechos superficiales estarían ubicados en el Sector 2. Del mismo modo, la información aportada por la DGA, no permite a esta FNE identificar los derechos superficiales asignados en la zona geográfica del Sector 2.
61. En efecto, tal como este H. Tribunal ha podido constatar en el pasado⁷⁵, la definición geográfica correspondiente a los sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común del río Copiapó, como lo es el Sector 2, no se condice con la categorización de *subcuencas* y *subsubcuencas* que realiza la DGA en sus registros respecto a los derechos superficiales. Por lo tanto, el análisis respecto a las participaciones en el mercado *aguas arriba* solamente considera los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas constituidos en el Sector 2, que corresponden precisamente a los derechos consuntivos y permanentes de que son titulares los miembros de la Comunidad.
62. Pese a lo anterior, la dificultad de identificar los derechos superficiales constituidos en el Sector 2 no debiera alterar en gran medida el presente análisis, debido a que el caudal total de los derechos de aguas superficiales

⁷³ La Junta de Vigilancia del Río Copiapó y sus afluentes es una organización de regantes con personalidad jurídica, cuyo objeto es administrar y distribuir las aguas superficiales a que tienen derecho sus miembros en el río Copiapó y sus afluentes, así como explotar y conservar las obras de aprovechamiento común. Para más información, véase: <http://jvcr.cl/> [Fecha de consulta: 8 de julio de 2019].

⁷⁴ Respuesta de la Junta de Vigilancia del Río Copiapó al Oficio Ord. N°1165-19 FNE. La Junta menciona que solo necesitan manejar el nombre del titular y la cantidad de agua que poseen registradas, y que no es obligación de ellos mantener información precisa sobre los derechos otorgados con respecto a la ubicación del derecho ni a los usos de los mismos.

⁷⁵ Véase, H. Tribunal. Informe N°13/2018 de 11 de enero de 2018, dictado en autos rol NC N°436-17, p.11.

no tiene una gran relevancia, si se compara con el caudal total de derechos subterráneos constituidos en el río Copiapó⁷⁶. En efecto, en la cuenca del río Copiapó se han entregado derechos de aguas subterráneas por 21.248 l/s, mientras que los de aguas superficiales corresponden a 2.652 l/s, lo que representa tan solo un 11,1% del total del caudal asignado en derechos⁷⁷.

63. Por lo tanto, a juicio de esta FNE, aun cuando en este caso no sea posible conocer el caudal asociado a derechos de aguas superficiales entregados en el Sector 2, la proporción entre derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales que existe en la cuenca del río Copiapó, es un indicio de que los derechos de aguas superficiales no debiesen modificar significativamente el análisis del mercado relevante⁷⁸.
64. Dicho lo anterior, corresponde evaluar si alguno de los miembros de la CAS 2 cuenta con una posición dominante en el mercado *aguas arriba*, y si, en consecuencia, hay riesgos de abusos unilaterales. A continuación, se analiza (i) la participación de mercado de los comuneros con respecto al caudal que pueden explotar en la CAS 2; y, (ii) los índices de concentración en este mercado.
65. La Tabla N°6 muestra el caudal que cada miembro de la Comunidad poseería y la participación que les correspondería, con respecto al total del caudal asignado en el Sector 2:

Tabla N°6 Participación de los comuneros en la CAS 2 con respecto al caudal

Titular de Derechos	Caudal (l/s)	Participación
SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	732,00	21,91%
AGRÍCOLA UAC LTDA.	528,50	15,82%
FRUTÍCOLA Y EXPORTADORA ATACAMA LTDA.	272,50	8,16%
CORPBANCA	216,00	6,47%
SOCIEDAD FRUTÍCOLA RÍO BLANCO SPA	146,62	4,39%
AGRÍCOLA EL CERRILLO DE APALTA LTDA.	128,00	3,83%
AGRÍCOLA TRES SOLES S.A. (3 SOLES S.A.)	125,00	3,74%

⁷⁶ Ibid., p.12.

⁷⁷ DGA. Atlas del Agua. Chile 2016, pp.112-113.

⁷⁸ Véase: H. Tribunal. Informe N°13/2018 de 11 de enero de 2018, dictado en autos rol NC N°436-17, p.12

AGRÍCOLA UNI-AGRI COPIAPÓ SPA	122,00	3,65%
FRUTERA EUROAMÉRICA S.A.	91,00	2,72%
SOCIEDAD AGRÍCOLA SANTA ROSA LTDA.	90,00	2,69%
AGRÍCOLA JDF LTDA.	75,00	2,25%
COMPAÑÍA AGRÍCOLA GANADERA HORNITO S.A.	70,00	2,10%
OTROS (25 TITULARES)	743,88	22,27%
TOTAL	3340,50	100%

Fuente: Elaboración propia, en base a respuesta de la CAS 2 a Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

66. Del análisis de la Tabla N°6 es posible constatar que, en la actualidad, no existiría ningún comunero de la CAS 2 que tenga participación relevante en el caudal asignado. De hecho, el miembro con la mayor participación correspondería a SCM Minera Lumina Copper Chile, empresa de la industria minera, a la que le correspondería el 21,91% del caudal total asignado.
67. Al analizar diferentes índices de concentración en el mercado, se puede observar que: **(i)** la suma de la participación de los tres comuneros con mayor caudal de extracción sería de un 45,89%; **(ii)** la suma de los cinco comuneros con mayor caudal sería de 56,75%; y, **(iii)** el índice HHI en el Sector 2 sería de 948.
68. En conformidad a lo anterior, dado que ningún titular alcanzaría un porcentaje superior al 22% del caudal asignado y, que el índice HHI sería sustancialmente inferior al umbral de 1500 identificado por esta FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración⁷⁹, es posible concluir que este mercado no correspondería a uno concentrado. Adicionalmente, si se considera que las aguas superficiales también son parte del mismo mercado relevante, los índices de concentración señalados podrían ser incluso menores.
69. Finalmente, en cuanto a las actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento de aguas para sus procesos productivos, cabe indicar que

⁷⁹ FNE. Guía para el análisis de operaciones de concentración, octubre de 2012, pp.13. Disponible en el sitio web de la FNE: <https://bit.ly/2n6VgdQ> [Fecha de consulta: 8 de julio de 2019].

esta FNE ha identificado actividades productivas relevantes entre los miembros de la CAS 2, principalmente agricultura, minería y sanitaria, donde el acceso al agua constituye una condición necesaria para su funcionamiento.

70. Al respecto, corresponde hacer presente que, dados los bajos índices de concentración del mercado *aguas arriba*, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos. Ello es especialmente cierto si se considera que, a diferencia de la definición del mercado relevante *aguas arriba* circunscrito al Sector 2, los mercados conexos *aguas abajo* corresponderían a mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un sector o cuenca determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos.

V.2. Transferencia de Derechos en el Mercado *Aguas Arriba*

71. Junto al análisis relativo a las cuotas de mercado y los índices de concentración del mercado *aguas arriba*, corresponde analizar la liquidez de dicho mercado, esto es, la cantidad de transferencias de derechos que se efectúan en el mercado secundario. Dado que el Sector 2 es parte de la zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, actualmente, la única forma de acceder a derechos de aguas subterráneas en dicho sector es adquiriéndolos de otro titular⁸⁰.
72. La siguiente tabla muestra el detalle de todas las transferencias realizadas en el Sector 2 desde el 2008 hasta la actualidad⁸¹:

⁸⁰ Las otras dos formas legales de constitución de estos derechos es vía sentencia judicial y por decreto presidencial. Dada su excepcionalidad, estas vías son excluidas del presente análisis.

⁸¹ En la respuesta de la CAS 2 a Oficio Ord. N°1109-19 FNE, se entregó información sobre todos los cambios de titularidad de derechos que corresponden a adjudicaciones, permutaciones, transacciones, transferencias y transmisiones. Para fines de este análisis, fueron excluidos: **(i)** los cambios de titularidad por adjudicación, relacionados con procesos de partición de una herencia, remate o liquidación de una sociedad; **(ii)** por permutación de bienes determinados; **(iii)** por transacciones para poner término a juicios pendientes entre las partes; y, **(iv)** por transmisión por

**Tabla N°7 Transferencias de derechos de aprovechamiento de aguas en la CAS 2
desde 2008 a la actualidad**

Año	Vendedor	Comprador	Caudal (l/s)
2008	AGRÍCOLA DOÑA BERTA LTDA.	MINERA LUMINA COPPER CHILE S.A.	100
2008	SOCIEDAD AGRÍCOLA ALTO COPIAPÓ LTDA.	AUSTRAL FRUIT S.A.	25
2008	ALBERTO PESENTI OVIEDO	MINERA LUMINA COPPER CHILE S.A.	20
2008	JUAN PABLO PESENTI ROJAS	MINERA LUMINA COPPER CHILE S.A.	19
2008	JAIME ROLANDO PESENTI OVIEDO	MINERA LUMINA COPPER CHILE S.A.	20
2008	JUAN ÁNGEL PESENTI OVIEDO	MINERA LUMINA COPPER CHILE S.A.	21
2008	AGRÍCOLA NILAHUE DEL NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	25
2008	AGRÍCOLA UAC LTDA.	FRUTÍCOLA Y EXPORTADORA ATACAMA LTDA.	57,5
2008	PEDRO JOSÉ COMPAS RIVERA	INVERSIONES E INMOBILIARIA COYANCURA LTDA.	6,62
2008	PEDRO JOSÉ COMPAS RIVERA	INVERSIONES E INMOBILIARIA COYANCURA LTDA.	11,76
2008	AUSTRAL FRUIT S.A.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	25
2008	PEDRO COMPAS RIVERA	INVERSIONES E INMOBILIARIA COYANCURA LTDA.	10
2009	PAOLA ROXANA GROSSI RIVERA, ANABELLA PATRIZIA GROSSI RIVERA, MARCELLO ALESSANDRO GROSSI RIVERA, ELISEO ALFREDO GROSSI GUAITA	INVERSIONES SAN GENARO S.A. (MARCELLO ALESSANDRO GROSSI RIVERA)	20
2009	INVERSIONES SAN GENARO S.A. (MARCELLO ALESSANDRO GROSSI RIVERA)	BANTATTERSALL FACTORING S.A.	20
2009	NIDIA EMA GROSSI GUAITA	INMOBILIARIA E INVERSIONES LOS TULIPEROS S.A.	20
2009	AGRÍCOLA E INMOBILIARIA AGUAS DE LOMBARDÍA LTDA.	SOCIEDAD AGRÍCOLA EL FUERTE Y COMPAÑÍA LTDA.	8
2010	INMOBILIARIA E INVERSIONES LOS TULIPEROS S.A.	MARÍA SOLEDAD CASAS DEL VALLE Y PINO LTDA.	20
2010	AGRÍCOLA NILAHUE DEL NORTE LTDA.	FUNDO CASA ROSADA S.A.	35
2010	DAVID PORFIRIO DÍAZ IBACETA	FRUTÍCOLA Y EXPORTADORA ATACAMA LTDA.	25
2011	BANTATTERSALL FACTORING S.A.	ROCKDRILLING S.A.	2
2011	EXPORTADORA UNIFRUTTI TRADERS LTDA.	CORPBANCA	20
2011	SOCIEDAD AGRÍCOLA UNI-AGRI COPIAPÓ LTDA.	CORPBANCA	20
2011	SOCIEDAD AGRÍCOLA UNI-AGRI COPIAPÓ LTDA.	CORPBANCA	100
2011	SOCIEDAD AGRÍCOLA UNI-AGRI COPIAPÓ LTDA.	CORPBANCA	76
2011	EXPORTADORA UNIFRUTTI TRADERS LTDA.	CORPBANCA	40
2011	SOCIEDAD AGRÍCOLA UNI-AGRI COPIAPÓ LTDA.	CORPBANCA	60
2012	AUSTRAL FRUIT S.A.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	2
2013	INVERSIONES SAN GENARO S.A. (MARCELLO ALESSANDRO GROSSI RIVERA)	JAIME Y ROBINSON PESENTI RECABARREN	18
2013	AMIGOS DEL NORTE S.A.	FUNDO CASA ROSADA S.A.	35
2013	SOCIEDAD AGRÍCOLA AMOLANAS LTDA.	AGRÍCOLA NORTE VERDE LTDA.	10
2013	SOCIEDAD AGRÍCOLA AMOLANAS LTDA.	AGRÍCOLA NORTE VERDE LTDA.	10
2013	AGRÍCOLA NORTE VERDE LTDA.	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	22
2013	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	98
2013	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	2
2013	JAIME PROHENS ESPINOSA	AGRÍCOLA JDF LTDA.	5
2013	JAIME PROHENS ESPINOSA	AGRÍCOLA JDF LTDA.	70
2013	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	10
2013	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	10
2013	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	10

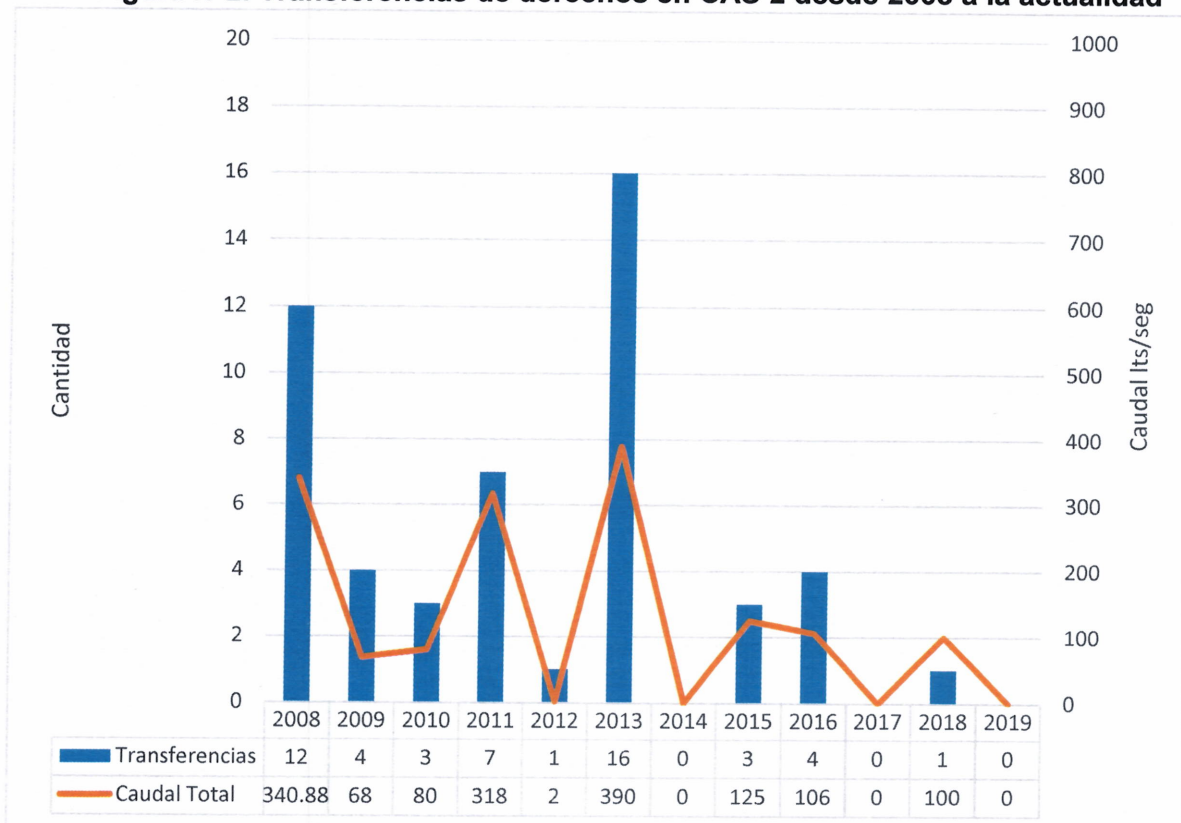
causa de muerte, que en el periodo estudiado corresponden a 14, 1, 1 y 2 cambios de titularidad, respectivamente.

2013	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	10
2013	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	22
2013	INVERSIONES VERDE NORTE LTDA.	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	18
2013	FERNANDO PROHENS ESPINOSA	SOCIEDAD AGRÍCOLA LAS JUNTAS S.A.	40
2015	FRUTÍCOLA RÍO COPIAPÓ LTDA.	NUEVA FRUTÍCOLA RÍO COPIAPÓ DOS	20
2015	JAIME Y ROBINSON PESENTI RECARREN	SCM MINERA LUMINA COPPER CHILE	5
2015	FRUTÍCOLA RÍO COPIAPÓ LTDA.	NUEVA FRUTÍCOLA RÍO COPIAPÓ DOS	100
2016	JAIME PROHENS ESPINOSA	FRUTERA EUROAMÉRICA S.A.	55
2016	JAIME PROHENS ESPINOSA	FRUTERA EUROAMÉRICA S.A.	36
2016	PATRICIO GUSTAVO PÉREZ SCHMEISSER	FUNDO CASA ROSADA LTDA.	10
2016	PATRICIO GUSTAVO PÉREZ SCHMEISSER	FUNDO CASA ROSADA LTDA.	5
2018	CORPBANCA	AGRÍCOLA UNI-AGRI COPIAPÓ SPA	100

Fuente: Elaboración propia en base a respuesta de la CAS 2 a Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

73. La siguiente figura permite observar la cantidad de transferencias que se produce por año, como también el caudal total que éstas representan:

Figura N°2: Transferencias de derechos en CAS 2 desde 2008 a la actualidad



Fuente: Elaboración propia en base a respuesta de la CAS 2 a Oficio Ord. N°1109-19 FNE.

74. Según es posible constatar de lo anterior, en los años 2008 y 2013 se ejecutaron la mayor cantidad de transferencias de derechos de aguas. Sin

embargo, a partir del año 2014 y hasta la actualidad, se presenta un bajo número de éstas. Con respecto al promedio de transferencias y caudal total, este es de 4,25 transferencias y 127,49 l/s al año, pero, al considerar solamente las transferencias que ocurrieron a partir del año 2014, el promedio disminuye considerablemente a 1,33 y 55,17 l/s al año. Por lo tanto, debido a la baja cantidad de caudal transado y la baja frecuencia de ocurrencia de estas transacciones, es posible constatar que actualmente existe un mercado poco líquido⁸².

75. La baja frecuencia de transacciones en el mercado secundario puede tener un efecto significativo en el precio de los derechos. La dificultad de encontrar un comprador (o vendedor) puede llevar a un interesado “apurado” a aceptar un precio significativamente menor (o mayor) al valor que podría obtener uno que cuente con más tiempo.
76. Finalmente, cabe señalar que una alternativa que permite explicar la falta de liquidez del mercado, es que existan muchos compradores potenciales, pero que los titulares de derecho sean los que más los valoran, y que, por tanto, no sea posible realizar más transacciones mutuamente beneficiosas. No obstante, el hecho de que existan en la actualidad comuneros afectados al pago de patente por no uso, es un indicador de que no existe un mercado particularmente activo, pues, de lo contrario, se llegaría a acuerdos -como el arriendo de los derechos-, que permitirían mitigar dicho gravamen.

VI. Análisis de la Solicitud

77. En opinión de esta Fiscalía, no es clara la relación entre el espíritu de la ley que introdujo el pago de patente por no uso de los derechos, y la disposición del artículo 129 bis 9 que contempla como causal de eximición para el pago de la patente que se solicite al H. Tribunal que constate la inexistencia de

⁸² Si bien en los años 2008 y 2013 se realizaron varias transferencias, la mayoría de éstas consisten en transacciones hechas por SCM Minera Lumina Copper. En específico, en el año 2008, 7 de las 12 transferencias fueron realizadas por dicha compañía, mientras que, en el año 2013, 8 de las 16 transacciones fueron celebradas por aquella empresa.

hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el Sector 2. En efecto, el objetivo de la patente es precisamente evitar el acaparamiento y la especulación por parte de los titulares de derechos de aprovechamiento, de modo que, si dicha herramienta resulta exitosa, no deberían existir contingencias de libre competencia.

78. Teniendo presente lo anterior, a continuación se presentan los principales argumentos a considerar para evaluar la petición efectuada por las Solicitantes.
79. En primer lugar, cabe indicar que, conforme al análisis expuesto en la sección V de este informe, que se basa en la información que esta Fiscalía pudo recabar en la Investigación, no se apreciarían, en principio, hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el Sector 2, dada la baja participación que tendría cada miembro en el total del caudal asignado a la Comunidad, como también a que el índice HHI muestra que existiría una baja concentración de derechos en la CAS 2. Por lo demás, esta Fiscalía no ha recibido denuncias ni se han iniciado investigaciones sobre estas materias respecto del Sector 2.
80. Sin embargo, lo anterior puede estar relacionado, precisamente, con la existencia de la patente por no uso de aguas. En efecto, de acogerse la Solicitud, el problema de la especulación y acaparamiento podría producirse y/o incrementarse en caso de existir. Según se pudo constatar en la Investigación, el pago de patente se identifica como el único mecanismo existente para prevenir el acaparamiento de derechos por parte de los miembros de la Comunidad⁸³.
81. Asimismo, y contrariamente a lo sostenido por las Solicitantes⁸⁴, el mercado de transferencias de derechos en el Sector 2 es poco líquido. Si bien lo anterior

⁸³ De acuerdo a información aportada en declaración de fecha 22 de mayo de 2019.

⁸⁴ Véase: Solicitantes. Solicitud presentada en autos caratulados "Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro-La Puerta y otros de informe del artículo 129 bis del Código de Aguas", Rol NC N°455-2019, pp.11 y 12.

podría significar que los miembros de la Comunidad son los que más valoran los derechos en la actualidad, el hecho de que existan comuneros afectos al pago de patente por no uso constituye un indicador de que no existiría una asignación eficiente de los derechos, pues, de lo contrario, dichos comuneros celebrarían transacciones sobre éstos, lo que les permitiría mitigar dicho gravamen. Del mismo modo, se debe tener presente que uno de los objetivos de la patente es precisamente incentivar que personas con proyectos poco rentables los vendan a personas con proyectos socialmente eficientes, por lo que, de no aplicarse la patente por no uso, se permitiría el desarrollo de proyectos menos atractivos. En opinión de esta FNE, la eximición en el pago de patentes por no uso podría implicar una asignación todavía más ineficiente de estos derechos.

82. Conforme a lo anterior, a juicio de esta FNE, la exención de la patente por no uso aumenta los incentivos a que se realicen proyectos ineficientes, la especulación de su valor y el acaparamiento por parte de los titulares de derechos, lo que podría reducir la frecuencia de las transacciones y aumentar asimismo el precio de los derechos.
83. Respecto a la situación de escasez que existiría en el Sector 2, esta Fiscalía considera que la eximición del pago de patente por no uso no constituye una solución efectiva ante el problema de escasez hídrica o de sobre-otorgamiento de derechos de aprovechamiento en el acuífero en cuestión. Ello pues, si efectivamente no existe agua que permita usar los derechos o existe un caudal otorgado de derechos que exceda el caudal disponible en el río Copiapó, tanto la Comunidad y sus miembros, como la DGA, cuentan con herramientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas⁸⁵⁻⁸⁶ y/o para

⁸⁵ En efecto, conforme establece el artículo 62 del Código de Aguas, si la explotación de aguas subterráneas afecta la sustentabilidad de un acuífero, la DGA puede, a petición de uno o más afectados, decretar la reducción temporal de derechos de aprovechamiento, a prorrata de dichos derechos.

⁸⁶ El artículo 38 del Reglamento de Aguas Subterráneas establece que el directorio de la Comunidad puede y debe distribuir las aguas del sector hidrogeológico de aprovechamiento común entre los comuneros a prorrata de sus derechos, y, asimismo, regular la explotación de dicho sector, haciendo evaluaciones en forma permanente y oportuna para prevenir efectos asociados a la sobreexplotación de sus aguas.

recargar artificialmente el acuífero⁸⁷. En el mismo sentido, cabe señalar que, dentro de las causales de exención para el pago de patente, el artículo 129 bis 9, inciso 3° del Código de Aguas establece que estarán exentos aquellos derechos de aprovechamiento que, por decisión de la Comunidad, hubieran estado sujetos a reparto proporcional entre sus miembros, lo que permitiría eximir del pago de patente y, además, resguardar la conservación del acuífero, hecho que tampoco se ha verificado en el presente caso.

84. En virtud de lo indicado, si bien de la información disponible, no se apreciarían, en principio, hechos, actos o convenciones que atenten contra la libre competencia en el Sector 2, la eliminación de la patente por no uso podría modificar esta circunstancia en el futuro, pues se aumentarían los incentivos para la especulación del valor de los derechos y su acaparamiento, así como los incentivos para realizar proyectos socialmente ineficientes. Además, la eximición en el pago de patente no soluciona el problema de escasez hídrica que existiría en el acuífero, pues para ello deben utilizarse otras herramientas legales que contempla nuestro ordenamiento, y que han sido indicadas *supra*.
85. Al mismo tiempo, dada la baja capacidad de fiscalización de la DGA y la improbabilidad de que pueda someterse al conocimiento del H. Tribunal la revisión de la eximición del pago de patente ante un cambio en las circunstancias en el Sector 2 -y siendo posible que ello efectivamente ocurra, por lo indicado en el párrafo precedente-, esta FNE estima riesgoso para la libre competencia que se acoja la Solicitud.
86. En cualquier caso, si el H. Tribunal decidiese acoger la Solicitud, dadas las dificultades prácticas para dejar sin efecto este tipo de medidas ante un cambio

⁸⁷ La recarga artificial de acuíferos se refiere a métodos dirigidos a aumentar los recursos de una fuente subterránea, a través de una intervención directa en sus procesos de recarga. Como un resguardo del aspecto cuantitativo de las fuentes subterráneas, se reconoce una legitimación activa general para efectuar este tipo de obras, debiendo para ello contar con autorización previa de la DGA. De este modo, se entrega a los particulares la responsabilidad de mantener el equilibrio de los acuíferos sin recarga natural. Véase: Rivera Bravo, Daniela. Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas. Revista *Ius et Praxis*, Año 21, N°2, 2015, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p.252.

en las circunstancias competitivas del mercado⁸⁸, esta Fiscalía estima razonable que se fije un plazo para la exención del pago de patente. De este modo, si la CAS 2 quisiera renovar este beneficio, será factible para el H. Tribunal verificar si, con el cese temporal del pago de patente, han variado las circunstancias de concentración de los derechos de aprovechamiento, acaparamiento y/o especulación por parte de los miembros de la Comunidad.

POR TANTO,

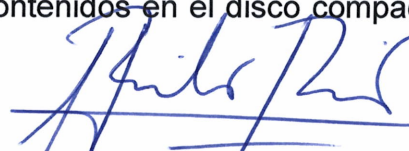
SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y tener por aportados antecedentes a la Solicitud de autos.

PRIMER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N°16/2017 de ese H. Tribunal, sírvase S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá a la Sra. Secretaria, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

SEGUNDO OTROSÍ: Por este acto, vengo en acompañar documentos que componen parte del Expediente de Investigación Rol N°2551-19 FNE. Para efectos de orden, los documentos se acompañan en un dispositivo electrónico, que contiene:

- i. Oficio Ord. N°1113, de 22 de mayo de 2019, de la FNE.
- ii. Oficio DL. N°170, de 7 de junio de 2019, de la DGA.
- iii. Anexos N°2 a N°10 y N°12 del Oficio DL. N°170, de 7 de junio de 2019, de la DGA.

Solicito tener por acompañados los documentos contenidos en el disco compacto adjunto con citación.



⁸⁸ Si bien el Código de Aguas otorga al H. Tribunal la facultad de reinstaurar la patente en caso de constatarse, a *posteriori*, actos contrarios a la libre competencia, esta Fiscalía estima que dicho proceso es, en la práctica, difícil de implementar debido a que, al día de hoy, la DGA no cuenta con información actualizada respecto de la titularidad y concentración de los derechos de la Comunidad, ni respecto al mercado secundario de derechos de aprovechamiento del Sector 2.