



ANT.: Fiscalización del cumplimiento del Dictamen N° 992 de la H. Comisión Preventiva Central, modificado por la Resolución N° 18/2006 del H. Tribunal de la Libre Competencia. Rol N° 853-07 FNE.

MAT.: Informe de Archivo.

Santiago, 30 AGO 2011

A : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

Sugerimos a usted disponer el archivo de la investigación del Antecedente, en virtud de los siguientes fundamentos:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de noviembre de 1996, la H. Comisión Preventiva Central (la "**Comisión Preventiva**") emitió el Dictamen N° 992 (el "**Dictamen**"), a raíz de una consulta formulada ante dicha comisión antimonopolio por la Comisión Nacional de Energía ("**CNE**"). La finalidad de dicha consulta fue, en su oportunidad, solicitar a la Comisión Preventiva que emitiera su pronunciamiento respecto de *"si afectaría la libre competencia en el mercado de la generación eléctrica, la eventual concesión por parte de la Dirección General de Aguas de nuevos derechos de aprovechamiento solicitados por la empresa Endesa S.A. [...]".*
2. Al efecto, la CNE hizo referencia en su solicitud a una serie de antecedentes que darían cuenta de la elevada concentración de los derechos de agua en poder de Endesa S.A., la cual a su juicio se vería incrementada si las solicitudes de derechos de aprovechamiento de agua pendientes eran resueltas en forma favorable hacia la empresa requirente. Asimismo, la Fiscalía Nacional Económica, a solicitud de la Comisión

Preventiva, emitió un informe en dicho procedimiento en el cual acompañó antecedentes que aseveraban lo indicado por la CNE en su presentación, corroborando el alto grado de concentración existente a dicha época en el mercado de las aguas.

3. Resolviendo las consulta formulada por la CNE, la Comisión Preventiva emitió el Dictamen señalado, el cual estableció, en su numeral N° 16.4., lo siguiente:

*“Que esta comisión, en ejercicio de las atribuciones de carácter preventivo que le otorga el citado cuerpo legal, recomienda a la Dirección General de Aguas que, en general, **se abstenga de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas, mientras no esté en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario, según corresponda, que asegure un adecuado uso de las aguas**, a menos que se trate de **proyectos específicos de interés general** que así lo justifiquen”.*

4. Posteriormente, con fecha 2 de diciembre de 2005, la Comisión Nacional de Energía (“CNE”), solicitó al H. Tribunal de la Libre Competencia (“TDLC”) eliminar o, en su caso, modificar, la recomendación transcrita del Dictamen singularizado. Lo anterior, en virtud de las siguientes razones:
 - a) Dado que en julio de 2005 fue publicada la Ley N° 20.017, que modificó el Código de Aguas, en opinión de la CNE, se habría cumplido la condición que impuso la Comisión Preventiva para la permanencia en vigor de la recomendación contenida en el número 16.4. del Dictamen. En su oportunidad, la CNE señaló que con dicha reforma se buscó permitir un acceso competitivo y transparente al mercado de las aguas, favoreciendo la libre competencia y disminuyendo las barreras de entrada a la generación hidroeléctrica¹; y
 - b) A partir de la dictación del Dictamen y hasta la dictación de la Ley N° 20.017, aun cuando el Dictamen no estableció la necesidad de consultar específicamente a la CNE respecto del carácter de interés general de un determinado proyecto asociado a solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, de todas formas la Dirección General de Aguas (“DGA”) consultaba a la CNE para que evacuara un informe respecto de las mencionadas solicitudes ante

¹ Que, en lo que interesa a la materia de autos, se estableció con esta reforma legal una **patente anual y progresiva por el no uso del derecho de aprovechamiento de aguas** (artículos 129 bis 4 a 129 bis 21, del Código de Aguas). Con ello se habría buscado desincentivar las solicitudes de derechos de aguas con fines especulativos o con el objeto de imponer barreras a la entrada por la vía de impedir el acceso a este insumo esencial.

dicha repartición, para que fuera esa Comisión la que definiera si éstos debían ser considerados como de interés general. Hasta la fecha de la solicitud, la CNE había debido emitir pronunciamiento en más de un centenar de casos.

5. Con respecto a la solicitud de la CNE, con fecha 16 de noviembre de 2006, el TDLC emitió la Resolución N° 18 (la “**Resolución**”), en la cual dicho tribunal efectuó una evaluación de si se habían alterado o no las circunstancias de hecho, económicas y jurídicas que llevaron a la Comisión Preventiva a la emisión del Dictamen, y de esa forma, determinar la procedencia o no de la solicitud de la CNE.
6. En dicho contexto, el TDLC señaló que no existía mayor variación de las condiciones económicas respecto de aquellas imperantes a la época de la dictación del Dictamen, y procedió a analizar los siguientes aspectos del mercado: i) pago de patente por no uso del recurso hídrico en la Región de Aysén; ii) posibilidades de elusión de la carga pecuniaria impuesta por el pago de la patente por no uso; iii) vinculación de caudales solicitados a un proyecto hidroeléctrico determinado; iv) remate en caso de que existan 2 o más solicitudes de derechos con una misma fuente; y v) la facultad de la DGA para limitar o denegar solicitudes por razones de bien público:

*“Que en relación a la concentración observable en materia de derechos de aguas... **ENDESA y sus empresas relacionadas aún poseen una alta participación en los derechos de aprovechamiento de aguas aptos para la hidroelectricidad**, tanto constituidos como en tramitación, lo que implica que en este punto no ha habido una variación significativa de las circunstancias que tuvo en cuenta la H. Comisión Preventiva Central para dictar la recomendación cuya modificación se ha solicitado en autos...”².*

² “...a nivel nacional, según lo informado por la DGA a fojas 215, es posible deducir que ENDESA cuenta actualmente con el 55% de los derechos constituidos aptos para hidroelectricidad, y el 10% de los derechos pendientes de asignación. Por su parte, en la XI Región, ENDESA es titular del 98% de los derechos constituidos aptos para hidroelectricidad, y del 16% de los derechos pendientes de asignación. Del mismo modo, ENDESA informó (a fojas 358) que, a nivel nacional, cuenta en la actualidad con el 54% de los derechos constituidos aptos para hidroelectricidad, y con el 3,6% de los derechos pendientes de asignación, mientras que en la XI Región tiene el 77% de los derechos constituidos aptos para hidroelectricidad, considerando los transferidos a la empresa relacionada Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., y el 10% de los derechos pendientes de asignación. Todos estos porcentajes no consideran los derechos concedidos y los solicitados por otras empresas directa o indirectamente relacionadas con ENDESA, por lo que corresponden al límite inferior del rango de caudales sobre los que dicha empresa tendría control, directa o indirectamente, en la actualidad...”

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

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

ii) “...en segundo término, la condición señalada en el artículo 129 bis 9 del mismo Código³, que **exime del pago de la patente** cuando existan obras de captación y, en su caso, de restitución, o que hubieran estado sujetos a turno o reparto proporcional por decisión de la organización de usuarios correspondiente, posibilitaría, a juicio de este Tribunal y, como se afirma en el informe de fojas 253, la elusión de la carga pecuniaria diseñada para incentivar su asignación eficiente. En consecuencia, la patente establecida por la Ley N° 20.017 tampoco altera significativamente las circunstancias existentes al tiempo de emitirse el Dictamen N° 992...”

iii) “Que, en tercer lugar, el requisito de **vincular los caudales solicitados a un proyecto determinado**, establecido en el artículo 140 N° 6 del Código de Aguas vigente, no constituye tampoco en los hechos, en opinión de estos sentenciadores, una circunstancia que altere los fundamentos del citado Dictamen N° 992 toda vez que, respecto de esta disposición, el problema de competencia radica en la postergación estratégica de posibles proyectos, por lo que la sola declaración del solicitante respecto al destino de las aguas no resuelve la incertidumbre sobre la oportunidad de su uso en el tiempo. Por el contrario, en el sector de generación eléctrica el anuncio de un proyecto futuro podría ser un disuasivo relevante a la entrada de nuevos competidores.”

iv) “...respecto del **mecanismo de asignación vía remate** que opera cuando existen dos o más solicitudes en una misma fuente (...), es relevante indicar que, respecto de derechos sobre aguas superficiales, el artículo 144 del Código de Aguas permite participar en estos remates no sólo a los solicitantes, sino también a cualquier otro interesado, sin necesidad de vincularlos a un determinado uso o proyecto. Este mecanismo de remate incidirá en una asignación más eficiente del recurso sólo si es efectuado de manera transparente y garantizando la igualdad de oportunidades de los participantes. Sin embargo, las características de los remates no son suficientes, a juicio de este Tribunal, para impedir que la empresa dominante utilice este mecanismo para mantener o incrementar su posición de dominio en el mercado relevante.”

v) “...respecto de las **facultades de la Dirección General de Aguas para limitar o denegar solicitudes por razones de bien público**, incorporadas en el artículo 147 bis del Código de Aguas vigente, éstas se refieren a casos en los que no procede el mecanismo de remate establecido en el artículo 142 y el caudal solicitado no corresponde con el necesario para el destino que el

³ Patentes por no uso del recurso hídrico.

solicitante ha declarado, por lo que no es posible considerar que dentro de este bien público necesariamente deba subsumirse la defensa de la libre competencia, materia que por lo demás no es propia de dicho organismo administrativo”

Conclusión: “...este Tribunal concluye que no existe un cambio sustantivo de las circunstancias de hecho tenidas en cuenta por la H. Comisión Preventiva Central para emitir la recomendación que se consulta, por lo que no se dan en la actualidad las condiciones para eliminar completamente lo dispuesto por el Dictamen N° 992 citado.”

7. De conformidad con lo expuesto, asimismo, el TDLC estableció en la Resolución diversas obligaciones de información y transparencia de cargo de la DGA, con respecto a la Fiscalía Nacional Económica. Dichas medidas tuvieron como fundamento, según lo expuesto por el TDLC en su fallo, en la búsqueda de una mayor operatividad para las autoridades sectoriales, dejando a los órganos antimonopolios ejercer la labor que le es propia. En efecto, el TDLC estableció lo siguiente:

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

8. En efecto, el TDLC dispuso las siguientes obligaciones a la DGA con respecto a este Servicio:

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

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

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

9. En consecuencia, con fecha 26 de diciembre de 2006, y en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 39 d) del Decreto Ley N° 211, esto es,

el velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el TDLC o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere la norma citada, la Fiscalía inició la fiscalización del cumplimiento de la Resolución, bajo el Rol N° 853-07 FNE.

II. MERCADO RELEVANTE

10. La Fiscalía Nacional Económica entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado⁴.

11. Los bienes involucrados en la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de la DGA en virtud de las disposiciones de la Resolución ya singularizadas, dice relación con los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, aptos para generación hidroeléctrica. En este contexto, y debido a que los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos son para estos efectos utilizados como un bien intermedio en la producción de energía eléctrica, el principal mercado relevante afectado por los riesgos identificados por el TDLC en la Resolución, corresponde al de energía eléctrica y potencia generada y transada en el Sistema Interconectado Central (“**SIC**”)⁵, cuya fuente es la energía hidráulica, generada a partir de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos.

12. En este contexto, el artículo 14 del Código de Aguas establece que se entiende por derechos de aprovechamiento de aguas *no consuntivo*:

“Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho. La extracción o restitución de las

⁴ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006.

⁵ Este sistema abarca el territorio nacional, desde Taltal hasta la isla de Chiloé. Está compuesto por un parque generador 44% térmico y 56% hidráulico. Abastece una potencia máxima de, aproximadamente, 5,900 MW y tiene una potencia instalada de 8,300 MW. Alimenta el 93% de la población de Chile.

aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades”.

13. Asimismo, la norma citada entiende por derecho de aprovechamiento de agua *consuntivo*, como aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad⁶. Cabe señalar que tanto los derechos de aprovechamiento consuntivos como no consuntivos son aptos para la generación de energía hidroeléctrica, sin embargo, dado que la producción de dicha energía no requiere, necesariamente, del consumo del agua utilizada, se tiene que por regla general, los derechos de aprovechamiento que se otorgan con dicha finalidad sean del tipo no consuntivo.
14. En este contexto, debe tenerse presente que la energía hidráulica es la principal tecnología utilizada por el SIC, para la producción de energía eléctrica⁷. El SIC corresponde a un sistema de transmisión troncal que permite transportar electricidad desde las centrales generadoras y hacia los centros de consumo, de manera directa o a través de sistemas de subtransmisión. En dicho sistema, en total, hay 11845 MW, en el cual la hidroelectricidad (embalses y centrales de pasada) representa un 44,1% de la capacidad instalada en dicho sistema a diciembre de 2010.
15. En el cuadro a continuación se señala la composición del SIC en cuanto al segmento de generación eléctrica con fuente hidráulica. Conforme se muestra, las mayores empresas de generación del SIC son Endesa, Colbún y AES Gener, las que concentran el 96,1% del segmento de generación de energía hidroeléctrica inyectada al SIC, con un índice Herfindhal Hirschmann (HHI) de 5.342 puntos, cifra considerada como muy concentrada por la Guía Interna de Operaciones de Concentración Horizontal de la FNE.

⁶ Artículo 13 Código de Aguas.

⁷ Otras fuentes para la generación de energía eléctrica presentes en el SIC son la energía térmica (carbón y gas), eólica y biomasa.

Cuadro N° 1
(Cifras a diciembre de 2010)

EMPRESA	CAPACIDAD	%
ENDESA	3562,8	66,7%
COLBUN	1276,8	23,9%
AES GENER	293,5	5,5%
CGE	126,5	2,4%
OTROS	69,6	1,3%
PACIFIC HYDRO CHILE	12,5	0,2%
TOTAL	5342	100,0%
HHI		5057,3

Fuente: www.cne.cl

16.Sin embargo, la generación de energía no solo se realiza con fuente hidráulica, sino también mediante el uso de combustibles fósiles y por medio de energías renovables no convencionales (ERNC). En este escenario, se tiene que con la incorporación de otras fuentes de energía⁸, se exhibe un índice de Herfindahl Hirschmann (HHI) de 2.842,8, lo que a pesar de ser inferior al escenario de generación eléctrica con fuente hidráulica, del mismo modo se muestra un nivel altamente concentrado. En efecto, las tres principales empresas generadoras, Endesa, Colbún y AES Gener, concentran un 84,3% de la capacidad instalada de todo el SIC.

Cuadro N° 2

EMPRESA	CAPACIDAD	%
ENDESA	5199,5	43,9%
COLBUN	2540,8	21,5%
AES GENER	2233,1	18,9%
ENLASA	258,3	2,2%
ARAUCO	201,4	1,7%
CAMPANARIO	163,3	1,4%
CGE	126,5	1,1%
OTROS	1122,1	9,5%
TOTAL	11845	100,0%
HHI		2842,8

Fuente: www.cne.cl

17.Por tanto, es preciso determinar qué nivel de concentración existe en el mercado de las aguas, como insumo esencial para el acceso al segmento de generación de hidroelectricidad, lo cual se traduce en la necesidad de que esta Fiscalía pueda acceder, de manera directa y fehaciente, a la

⁸ Información de la CNE a diciembre de 2010.

información relativa a la titularidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, así como a sus transferencias y transmisiones.

18. En este contexto, debe considerarse que el dominio de los derechos de agua se rige, según el artículo 121 del Código de Aguas, por el régimen de propiedad inscrita establecido en el Código Civil, el cual consiste, en síntesis, en que la propiedad de un derecho de aguas sólo se adquiere, se transfiere o transmite mediante la inscripción de dicho derecho en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.
19. Sin perjuicio de ello, la DGA es la encargada, por mandato legal, de elaborar un Catastro Público de los derechos de aprovechamiento de aguas, sobre la base de la información que ésta posea respecto de las solicitudes de dichos derechos, como la que al efecto le provean los Notarios y Conservadores de Bienes Raíces, respecto de las transmisiones y/o transferencias de los mismos, según consta en el artículo N° 122 del Código de Aguas⁹. Dicho Catastro se debe efectuar con fines de generar un mercado de aguas transparente para efectos de que los mismos puedan ser transados de manera informada en el mercado. Sobre la base del acceso a dicha información por parte de este Servicio, es posible fiscalizar los niveles de concentración existentes en el mercado de las aguas.
20. Debe tenerse presente que el incumplimiento de la obligación de Notarios y Conservadores de entregar la información señalada a la DGA, está sujeta a

⁹ Art. 122. La Dirección General de Aguas deberá llevar un **Catastro Público de Aguas**, en el que constará toda la información que tenga relación con ellas. En dicho catastro, que estará constituido por los archivos, registros e inventarios que el reglamento establezca, se consignarán todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos. En especial, en el Catastro Público de Aguas existirá un Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, el cual deberá ser mantenido al día, utilizando entre otras fuentes, la información que emane de escrituras públicas y de inscripciones que se practiquen en los Registros de los Conservadores de Bienes Raíces. Para los efectos señalados en el inciso anterior, **los Notarios y Conservadores de Bienes Raíces deberán enviar a la Dirección General de Aguas, por carta certificada, copias autorizadas de las escrituras públicas, inscripciones y demás actos que se relacionen con las transferencias y transmisiones del dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas y organizaciones de usuarios de agua**, dentro de los 30 días siguientes a la fecha del acto que se realice ante ellos. Estarán, asimismo, obligados a enviar a este Servicio la información que en forma específica solicite el Director General de Aguas, en la forma y plazo que él determine, debiendo asumir dicho Servicio, en este caso, los costos involucrados. El incumplimiento de esta obligación por parte de Notarios y Conservadores será sancionado según lo previsto en el artículo 440 del Código Orgánico de Tribunales.

diversas sanciones contempladas en el artículo 440 del Código Orgánico de Tribunales, el cual contempla, entre otras, la amonestación verbal, escrita o suspensión del cargo.

III. NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LA DGA EN VIRTUD DEL DICTAMEN Y LA RESOLUCIÓN

21. En aplicación de la facultad de la FNE contemplada en el artículo 39 letra d) del Decreto Ley N° 211, esto es, la de velar por el cumplimiento de fallos, resoluciones y sentencias del TDLC y/o de sus antecesores, la Fiscalía ha efectuado diversas diligencias destinadas a que la DGA cumpla con las medidas establecidas en la Resolución, con ocasión de lo cual, este Servicio inició la Fiscalización Rol N° 853-07 FNE.
22. Hasta la fecha, cabe señalar que la DGA ha enviado, solo a requerimiento de esta Fiscalía y de manera no sistemática, los datos correspondientes a las solicitudes, sean nuevas o actualmente en tramitación, de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica presentadas hasta marzo de 2010.
23. Respecto de la obligación de publicación establecida para la DGA en la Resolución, dicho organismo ha publicado en la sección “Catastro Público de Aguas”, de su sitio web institucional www.dga.cl, una sección denominada “Registro Público de Solicitudes” en la cual es posible obtener el detalle de nuevas solicitudes de derechos ingresadas en ese servicio. Según lo informado por la DGA¹⁰, esta información comprende el período entre 1999 a marzo del 2010, y se actualiza mensualmente durante los primeros cinco días hábiles de cada mes. Sin embargo, de la revisión de la información contenida en dicho portal, es posible señalar que la mayor parte de ésta se encuentra desactualizada e incompleta, sólo señalando el nombre del peticionario y la fecha de ingreso de la solicitud a la DGA¹¹.

¹⁰ Mediante Ord. DGA N°409, del 8 de julio del 2009, y Ord. DGA N°246, de fecha 26 de abril del 2010.

¹¹ No se contiene información relevante como tipo de derecho, naturaleza de las aguas y ejercicio del derecho, entre otros.

24. Adicionalmente, en el mismo portal existe información respecto del detalle de nuevos derechos otorgados (Sección “Registro Público Derechos Aprovechamiento de Aguas”, opción “Derechos de Aprovechamiento de Aguas Superficiales Constituidos”). Según indica la DGA¹², la información de derechos constituidos comprende el período 1990 – 2010 y se actualiza mensualmente los primeros diez días hábiles de cada mes. En efecto, la información es descargable en formato Excel y en períodos anuales.
25. No obstante lo anterior, es menester señalar que la DGA no ha dado cumplimiento cabal a lo establecido en la Resolución, específicamente en lo relativo al párrafo 16.4.1 del Dictamen, ya que no ha informado a esta Fiscalía, ni tampoco ha publicado en su sitio web institucional, la totalidad de transferencias y transmisiones de dominio de derechos de aprovechamiento de aguas que se practiquen en los Registros de los Notarios y Conservadores.
26. Si bien esta información debe ser remitida a la DGA dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de cada transferencia, cabe destacar que la DGA ha manifestado a esta Fiscalía¹³, su imposibilidad de cumplir a cabalidad con lo establecido en el Dictamen y en la Resolución, en lo relativo a transferencias y transmisiones del dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas que se practiquen en los Registros de los Conservadores de Bienes Raíces. Lo anterior, se debería, según ha expuesto dicho servicio, a que la información ha sido remitida a la DGA en forma desordenada y poco sistemática y por un número menor de Notarios y Conservadores del país. Por este motivo, la DGA informó, en su oportunidad, haber oficiado a dichas instituciones con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 122 del Código de Aguas.
27. Asimismo, debe tenerse presente la DGA informó a este servicio¹⁴ que del mismo modo, había procedido a oficiar al TDLC, con el objeto que se modifique lo establecido en Dictamen, modificado por la Resolución, en

¹² Mediante Ord. DGA N°246 del 26 de Abril del 2010.

¹³ Mediante ORD. DGA N° 409 de 8 de julio de 2009.

¹⁴ Ídem.

atención a que la información de los Conservadores disponible en la DGA es de carácter parcial.

28. En este contexto, esta Fiscalía le ha solicitado a la DGA, en múltiples ocasiones, que acompañe tanto los oficios enviados a los Notarios y Conservadores como el remitido al TDLC, según lo informado por dicho servicio. Sin embargo, la DGA no ha dado respuesta alguna a dichos requerimientos. A este respecto, a continuación se señalan en detalle todas las diligencias de fiscalización, las respuestas de la DGA en cumplimiento del fallo y/o las infracciones de dicha dirección general a las obligaciones de información establecidas en la Resolución, desde el pronunciamiento del TDLC a esta fecha:

(1) Enero de 2007:

- Solicitud de información a las empresas ENDESA, COLBÚN y AES GENER. En dicha comunicación, se les consulta sobre derechos de aprovechamiento de agua de los que son titulares, su uso efectivo, cuales son los derechos de agua en trámite de otorgamiento y su disposición al pago de patentes por no uso de los derechos de aprovechamiento de agua.
- Solicitud de información a la DGA, respecto a las empresas generadoras oficiadas. Se le consulta respecto de los derechos de aprovechamiento de agua: su uso, aquellos que se encuentran en trámite, disposición de los titulares a pago de patentes por no uso de los derechos, derechos otorgados a partir de modificación al Código de Aguas, número de remates, estado del Catastro Público de Aguas, y las empresas que deben proceder al pago de patentes de derechos de aprovechamiento de agua por el no uso del recurso hídrico.

(2) Abril de 2007: La DGA da respuesta a la información requerida.

(3) Junio de 2007:

- Mediante ORD. N° 641, de 6 de junio de 2007, la FNE pide antecedentes a la DGA para que informe cómo ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TDLC en la Resolución.

- Mediante ORD. N° 723 de 28 de junio de 2007, ante el silencio de la DGA, la FNE reitera la solicitud de información.
- (4) Julio de 2007: La DGA responde la solicitud de la FNE, señalando que tiene disposición a cooperar, indicando que las solicitudes en trámite de derechos de aprovechamiento de aguas se encuentran en el sitio web de ese servicio, junto a las adquisiciones de dichos derechos que han sido informadas por los Conservadores de Bienes Raíces.
- (5) Octubre de 2007: La DGA informa a la FNE las solicitudes de derechos de aprovechamiento de agua ingresadas desde diciembre de 2006 a septiembre de 2007. No informa nada respecto de las adquisiciones de los derechos.
- (6) Enero de 2008: La DGA informa a la FNE las solicitudes de derechos de aprovechamiento de agua ingresadas desde octubre a diciembre de 2007. No informa nada respecto de las adquisiciones de los derechos.
- (7) Marzo de 2008: La DGA informa a la FNE las solicitudes de derechos de aprovechamiento de agua ingresadas desde enero a marzo de 2008. No informa nada respecto de las adquisiciones de los derechos.
- (8) Septiembre de 2008: La FNE solicita antecedentes a la DGA, mediante ORD. N° 1161, de fecha 26 de septiembre de 2008, a fin de que cumpla íntegramente con las obligaciones de información establecidas en la Resolución.
- (9) Octubre de 2008: La DGA informa a la FNE las solicitudes de derechos de aprovechamiento de agua ingresadas desde abril a septiembre de 2008. No informa nada respecto de las adquisiciones de los derechos.
- (10) Marzo de 2009: Mediante ORD. N° 175 de fecha 17 de marzo de 2009, la FNE vuelve a solicitar a la DGA los antecedentes respecto a cómo dicho servicio ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TDLC.
- (11) Abril de 2009:
- Mediante ORD. N° 420 de fecha 23 de abril de 2009, la FNE pide antecedentes actualizados a las empresas ENDESA, COLBÚN y AES GENER, respecto de los derechos de aprovechamiento de agua de los que éstas son titulares y su uso, así como los derechos de aprovechamiento de aguas en trámite y su disposición al pago

de patentes por no uso, esto es, la misma información solicitada al inicio de la fiscalización; y

- La FNE solicita antecedentes a la DGA respecto de cómo ésta ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TDLC. Asimismo, se recomienda requerir la modificación de la Resolución N° 18/2006 del TDLC,

“dado que, de lo contrario, en las actuales circunstancias, la Fiscalía Nacional Económica, en ejercicio de su obligación de velar por el cumplimiento de las decisiones del citado Tribunal, deberá ante él realizar las acciones pertinentes.”

(12) Mayo de 2009: Mediante ORD. N° 293 de 18 de mayo de 2009, la DGA informa a la FNE las solicitudes de derechos de aprovechamiento de agua ingresadas desde octubre a diciembre de 2008. No informa nada respecto de las adquisiciones de los derechos.

(13) Julio de 2009:

- Mediante ORD. DGA N° 409, de 8 de julio de 2009, la DGA da respuesta al requerimiento de información solicitado por FNE en abril de 2009, señalando lo siguiente:

*“en la actualidad no ha sido posible cumplir a cabalidad lo establecido en el Dictamen, en lo relativo a transferencias y transmisiones del dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas que se practiquen en los Registros de los Conservadores de Bienes Raíces, información que debe ser remitida a esta Dirección General dentro de los 30 días siguientes a la fecha del acto que se realice por parte de Notarios y Conservadores de Bienes Raíces (CBR), puesto que dicha información ha sido remitida a la DGA en forma **desordenada y poco sistemática** y por un número menor de Notarios y Conservadores del país. **Por esta razón, la DGA ha decidido oficiar a dichas instituciones con el objeto que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Aguas**”.*

- En dicha presentación, asimismo, la DGA informa lo siguiente:

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

(14) Marzo de 2010: Mediante ORD. N° 754, de fecha 25 de marzo de 2010, la FNE solicita los siguientes antecedentes a la DGA: i) respecto a cómo dicho servicio ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TDLC

en la Resolución; ii) respecto al estado de tramitación de la solicitud al TDLC de modificación del Dictamen y Resolución, según lo informado por la DGA en su presentación de julio de 2009; y iii) porcentaje de adquisiciones de derechos de aprovechamiento de aguas que dicho servicio ha logrado sistematizar e informar, a fin de cumplir con lo ordenado por la Resolución.

(15) Abril de 2010:

- Mediante ORD. DGA N° 246, de 26 de abril de 2010, la DGA informó a esta Fiscalía, las solicitudes de derechos de aprovechamiento de agua ingresadas, sus respectivas publicaciones, los derechos de agua transferidos y aquellos que también se encuentran publicados.
- En dicha presentación, la DGA hace presente que, en la actualidad, no ha sido posible cumplir con el Dictamen, debido a que la información remitida por los Notarios y Conservadores se efectúa en formatos aleatorios y poco sistemáticos, y por un número menor de Notarios y Conservadores del país, requiriendo esfuerzos institucionales para realizar su procesamiento y publicación en el sitio web de la DGA.
- Asimismo, señala que durante el año 2008 la DGA contrató con financiamiento propio, un trabajo de consultoría externa que permitió sistematizar la información remitida por algunos Conservadores de Bienes Raíces del país, información que se habilitó oportunamente en el sitio web institucional.
- Por último, la DGA informa que se ha determinado que, a contar de dicha fecha, se remitirá directamente esta información a la Fiscalía por parte del Centro de Información de Recursos Hídricos en forma trimestral.

(16) Mayo de 2010: Mediante ORD. N° 902 de 14 de mayo de 2010, la FNE solicita a la DGA antecedentes respecto de cómo ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TDLC en la Resolución, en particular, las adquisiciones de derechos de aprovechamiento de aguas. Asimismo, solicita el envío del oficio enviado al TDLC solicitando la modificación

del Dictamen y de la Resolución, según lo informado por la DGA en julio de 2009.

- (17) Marzo de 2011: Sin haber obtenido respuesta alguna de la solicitud anterior, mediante ORD. N° 463, de 25 de marzo de 2011, la FNE solicita nuevamente a la DGA los siguientes antecedentes: i) solicitudes y adquisiciones de derechos de aprovechamiento de aguas en el período comprendido entre abril de 2010 y febrero de 2011; ii) porcentaje de adquisiciones de derechos de aprovechamiento de aguas que la DGA ha logrado sistematizar e informar; y iii) publicación del Catastro Público de Aguas en el nuevo sitio web implementado por el servicio.
- (18) Mayo de 2011: Ante el silencio de la DGA, mediante ORD. N° 707 de 19 de mayo de 2011, la FNE reitera solicitud de información anterior.

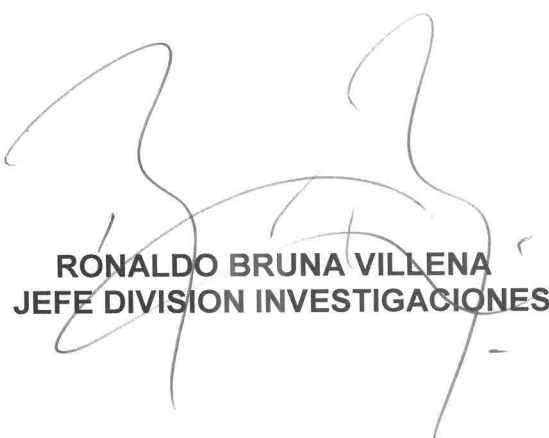
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

29. Según lo expuesto, de las obligaciones establecidas en el Dictamen, modificado por la Resolución, la DGA sólo ha cumplido, hasta abril de 2010, con la obligación de informar las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas. Debe tenerse presente que la DGA nunca ha informado las adquisiciones de dichos derechos (transmisiones o transferencias), e incluso, desde abril de 2010 a esta fecha, ni siquiera ha informado las solicitudes de los mismos, incumpliendo totalmente con lo preceptuado en la Resolución.
30. Lo anterior, sin perjuicio de que la DGA ha explicitado a este Servicio los motivos de su incumplimiento, esto es, el envío de información poco sistematizada e incompleta por parte de los Conservadores de Bienes Raíces y Notarios, o en su defecto, el incumplimiento absoluto de dichas entidades en cuanto a su obligación de informar a la DGA las transferencias y transmisiones de derechos de aprovechamiento de aguas, de conformidad con la obligación que les asiste en virtud de lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Aguas.

31. En consecuencia, conforme lo expuesto en este informe, la DGA ha incumplido con ambas obligaciones contempladas en la Resolución, y por ende, correspondería en la especie iniciar una investigación para determinar la magnitud del incumplimiento de la DGA, y los potenciales efectos anticompetitivos que dicha infracción podría ocasionar en el mercado de las aguas.

Por lo expuesto, se recomienda al Sr. Fiscal, salvo mejor parecer, instruir el archivo de la fiscalización.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISION INVESTIGACIONES