

**ANT.:** Denuncia de Asociación de Canalistas del Canal Zañartu contra Colbún por eventuales conductas anticompetitivas. Rol N° 2249-13 FNE.

**MAT.:** Minuta de archivo.

**Santiago, 24 FEB 2014**

**A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)**  
**DE : JEFE DE UNIDAD. DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES**

Por medio de la presente minuta, esta División informa al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la presentación del Antecedente, recomendando su archivo, sin instruir investigación, en virtud de los fundamentos que se exponen a continuación:

## **I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 13 de septiembre de 2013 se recibió una denuncia por parte de la Asociación de Canalistas del Canal Zañartu ("**ACCZ**")<sup>1</sup> en contra de Colbún S.A. ("**Colbún**") por eventuales conductas predatorias que atentarían contra el DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973 (en adelante, "**DL 211**"), consistentes en el ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas con el propósito de impedir la entrada y el funcionamiento

---

<sup>1</sup> Organización de usuarios de derechos de agua cuya constitución data del año 1952. Como señala la denuncia, su personalidad jurídica y autorización fue concedida mediante DS del MOP N° 1922 de fecha 29 de Agosto de 1952. Los derechos de que es titular fueron otorgados a partir del año 1868 a don Manuel Aristides Zañartu. Su sucesor, don Enrique Zañartu Prieto, los inscribió el año 1930, a fs. 10 N° 9 del Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Yumbel.

de la Central Hidroeléctrica Trupán, proyecto en el cual la ACCZ tiene participación mayoritaria<sup>2</sup>.

2. La ACCZ es una organización de usuarios de derechos de agua (con un total de 64.950 litros por segundo), en distintos cauces de la cuenca del Río Laja en la Región del Biobío<sup>3</sup>.
3. Los miembros de la ACCZ suscribieron en diciembre del año 2006 un acuerdo de actuación conjunta con el grupo italiano Idroenergía **para desarrollar el proyecto Central Hidroeléctrica de pasada Trupán**, con una potencia máxima instalada de alrededor 30 MW de capacidad, ubicado en la comuna de Tucapel, Provincia y Región del Biobío.
4. El proyecto ha sido calificado de manera favorable por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Biobío, mediante Resolución Exenta N° 286 de 1 de Octubre de 2007, confirmada por la Excma. Corte Suprema con fecha 30 de junio del año 2008 en causa Rol N° 2212-2008.
5. La denuncia señala<sup>4</sup> que **Colbún habría desplegado una serie de acciones judiciales y administrativas tendientes a impedir a la ACCZ el ingreso al mercado de generación eléctrica**, levantando barreras artificiales a la entrada a un nuevo competidor, cuya presencia solo imprimiría – señalan - dinamismo y competencia a un mercado altamente concentrado<sup>5</sup>.

## II. MERCADO RELEVANTE

6. La FNE define el mercado relevante como aquel de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende,

---

<sup>2</sup> Denuncia p 2 y ss.

<sup>3</sup> De acuerdo a información presentada en la denuncia Rol 2249-13 FNE.

<sup>4</sup> Denuncia p 6 y ss.

<sup>5</sup> Véase párrafos 9 y ss.

y en una dimensión temporal, tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado<sup>6</sup>.

7. La FNE entiende que conforman un mismo mercado relevante el producto o grupo de productos que sus consumidores consideren sustitutos suficientemente próximos<sup>7</sup>.
8. De dicha forma, el mercado relevante del producto, para efectos de esta denuncia, consiste en los servicios de generación eléctrica. En lo que se refiere al mercado relevante geográfico, dado que el proyecto en cuestión busca proveer de los servicios de generación eléctrica al Sistema Interconectado Central ("SIC"), este estaría determinado por su zona de cobertura, esto es, desde Tal-Tal hasta Chiloé<sup>8</sup>.
9. Resulta importante, para efectos de caracterizar el mercado relevante, el tener presente, al menos generalmente, algunas características adicionales de la cuenca del Río Laja en lo que a provisión de servicios de generación eléctrica importa y, en especial, a la situación de Colbún en dicho sentido. En efecto, Colbún cuenta con dos centrales hidroeléctricas que participan del SIC en esa zona: la central hidroeléctrica Rucúe y la central hidroeléctrica Quilleco.
10. La Central Hidroeléctrica Rucúe es una central hidroeléctrica de pasada, con una potencia nominal de 170 MW, que utiliza las aguas de los ríos Laja y Rucúe y una línea de transmisión de energía eléctrica de 54 km en 220 kV hasta alcanzar el SIC, en la subestación Charrúa. Utiliza caudales de hasta 120 m<sup>3</sup>/s en el río Laja y de hasta 10 m<sup>3</sup>/s en el río Rucúe.
11. Por su lado, la Central Hidroeléctrica Quilleco también está ubicada en la comuna de Quilleco, tiene características de central hidroeléctrica de

---

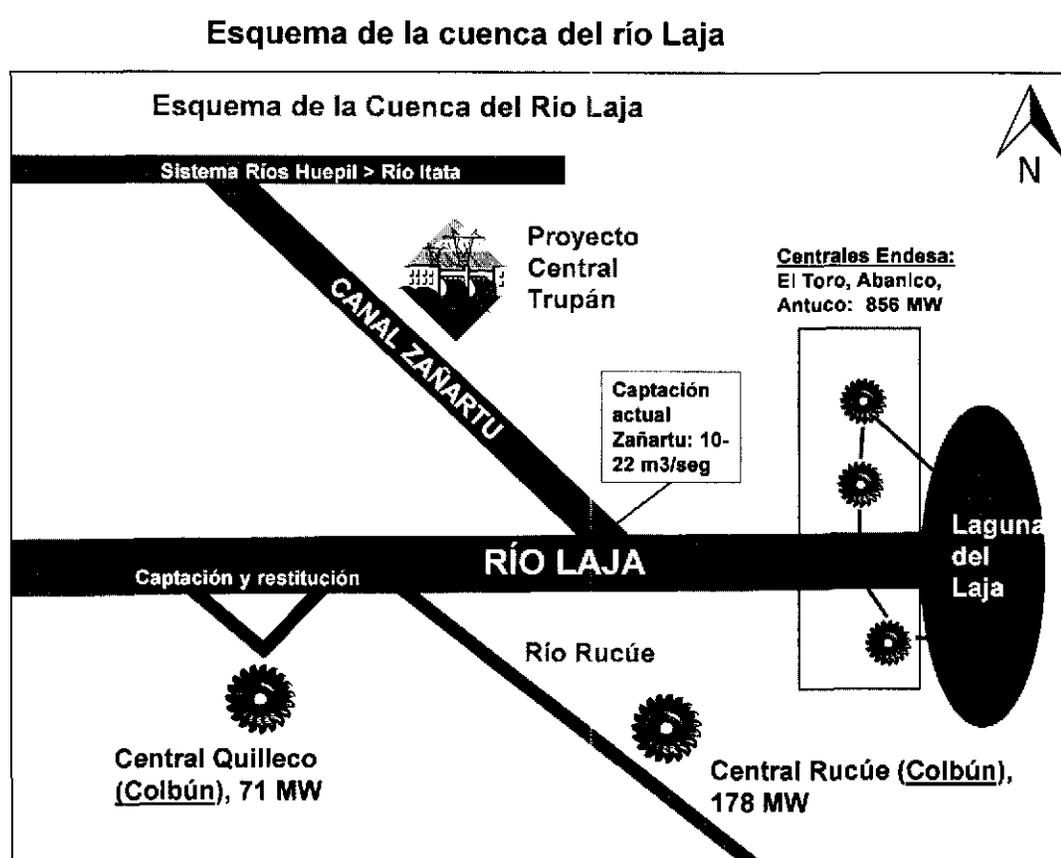
<sup>6</sup> FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. Octubre 2012, p 10.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p 11.

<sup>8</sup> El Sistema Interconectado Central (SIC) tiene una potencia instalada de 12.147,1 MW con una generación anual en torno a los 43.254,8 GWh. La demanda máxima corresponde a 6.482,1 MW para una Cobertura que abarca las Regiones II a X, Región XIV y Región Metropolitana satisfaciendo los requerimientos de energía del 92,23% de la población. Al respecto véase, <http://generadoras.cl/category/documentos/> [última visita 10 de enero de 2014].

pasada desarrollada en serie hidráulica a continuación de la central hidroeléctrica Rucúe. Utiliza un caudal de 130 m<sup>3</sup>/s, los que son captados desde el canal de evacuación de la central Rucúe. Dispone de dos unidades generadoras, cada una compuesta por una turbina tipo Francis de eje vertical de 33,6 MW y su potencia nominal es de 70 MW y potencia máxima de 71 MW<sup>9</sup>.

12. Todo lo anterior se puede apreciar en el esquema siguiente de la cuenca del río Laja:



Fuente: Elaboración propia.

<sup>9</sup> De acuerdo a información de proporcionada en la misma denuncia, p 5 y de acuerdo a la ficha del proyecto para evaluación medioambiental, disponible en [http://www.e-seia.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id\\_expediente=1782](http://www.e-seia.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=1782) [última visita, 9 de enero de 2014]. De igual modo se consultó el portal electrónico de Colbún donde se indica las características de la central. Ver, <http://www.colbun.cl/centrales-y-proyectos/centrales/cuenca-del-laja/central-quilleco/> [última visita, 8 de enero de 2014].

### III. ANÁLISIS DE LOS HECHOS DENUNCIADOS.

13. Definido el mercado relevante, pertinente resulta entrar de lleno en el análisis de los hechos específicos que fundamentan la denuncia. El presupuesto central de la misma es que existirían **10 acciones de distinta naturaleza jurídica interpuestas en distintas sedes (tanto en sede administrativa como jurisdiccional)** que serían la explicitud de una voluntad para impedir que la central Trupán entre en funcionamiento. Los denunciantes agregan que este despliegue de acciones tendría como principal protagonista a Colbún. El fundamento de ilicitud es uno solo, señalan los denunciantes: erigir una barrera artificial a la entrada de un potencial competidor<sup>10</sup>.
14. En derecho comparado, esta figura de ilícito de libre competencia ha sido tratada bajo la denominación de “litigación fraudulenta”, o “*sham litigation*”, esto es, el uso (y, en rigor, el abuso) de acciones judiciales o administrativas por parte de un agente en contra de competidores con el objeto de alcanzar o mantener una posición de dominio en un mercado determinado.
15. Pues bien, de acuerdo a lo señalado en la denuncia, luego de que el proyecto fuera calificado favorablemente por la Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Región del Biobío, la Junta de Vigilancia del Río Diguillín y sus Afluentes (“JVRD”) **interpuso ante dicha entidad una denuncia** en contra de la ACCZ por una supuesta infracción a la Resolución de Calificación Ambiental N° 286, que aprobó el proyecto. Esta denuncia fue desestimada por la COREMA al no acreditarse los hechos denunciados<sup>11</sup>.
16. Una vez aprobado el proyecto, la ACCZ presentó ante la Dirección General de Aguas (“DGA”) de la Región del Biobío una solicitud de autorización de construcción de obra hidráulica. En el marco de la tramitación de dicha solicitud, Colbún presentó un **recurso de oposición**,

---

<sup>10</sup> Denuncia, p 13 y ss.

<sup>11</sup> Denuncia, p 6 y ss.

con fecha 30 de agosto de 2007, argumentando el perjuicio que la aprobación de aquella solicitud le irrogaría, al ser titular de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos de ejercicio eventual y discontinuo, frente a los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente y continuo de que dispondría la ACCZ en caso de aprobarse por la DGA dicha solicitud<sup>12</sup>.

17. En noviembre de 2007, la Asociación de Canalistas del Laja ("ACL") y algunas personas naturales, entre ellos, el Alcalde de la ciudad de Los Ángeles, interpusieron **dos recursos de protección** en contra de la COREMA octava Región del Biobío, con motivo de la dictación de la Resolución que calificó favorablemente el proyecto. Estos recursos fueron rechazados por la Corte de Apelaciones de Concepción, lo que posteriormente confirmaría la Corte Suprema el año 2008<sup>13</sup>.
18. Dentro del procedimiento de perfeccionamiento de derechos de aguas iniciado por la ACCZ ante el 22° Juzgado Civil de Santiago, Colbún solicitó, en abril de 2008, la **nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento**, petición que fue rechazada<sup>14</sup>.
19. Posteriormente, se interpuso por JVRD, junto a una serie de Comunidades de Aguas de los ríos Laja e Itata, a la que posteriormente se hizo parte también la ACL, una **demanda de pérdida o no subsistencia de los derechos de aprovechamiento** de aguas de la ACCZ, con fecha 19 de junio de 2008, ante el Juzgado de Letras de Yumbel<sup>15</sup>.
20. Con fecha 16 de octubre de 2009, la JVRD **interpone una nueva denuncia** en contra de la ACCZ, ante la DGA, por haber supuestamente

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> Estos recursos fueron rechazados por la ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, mediante sentencia dictada con fecha 6 de mayo del año 2008, en causa rol N° 591 -2007 y acumulado a causa rol N° 683-2007, la cual fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 30 de junio del año 2008, causa Rol N° 2712-2008.

<sup>14</sup> Denuncia, p 8 y ss.

<sup>15</sup> Causa seguida ante el Juzgado de Letras de Yumbel, bajo el Rol 105-2008. La I. Corte de Apelaciones de Concepción anuló todo lo obrado y los actores retiraron de su demanda. Denuncia p. 9 y ss.

realizado faenas en cauces naturales sin contar con los permisos legales. El procedimiento administrativo dio lugar a uno de carácter judicial, seguido ante el Juez de Letras de la comuna de Yungay<sup>16</sup>.

21. Nuevamente la JVRD interpone una denuncia en contra de la ACCZ, ante la Corporación Nacional Forestal Biobío, por haber supuestamente incurrido la Asociación en una tala no autorizada de bosque nativo. Esta denuncia dio lugar a la causa seguida ante el Juez de Policía Local de las comunas de Tucapel y Huepil<sup>17</sup>.
22. El día 20 de abril de 2011 Colbún presentó ante la DGA de la Región del Biobío una **solicitud de constitución de aprovechamiento de aguas no consuntivo, de ejercicio permanente y continuo** sobre aguas superficiales del Río Laja, en la provincia del Biobío, por un caudal promedio de 25,1 m<sup>3</sup>/s por segundo.
23. En seguida, el día 26 de mayo de 2011, **Colbún interpuso una denuncia ante la DGA** de la región del Biobío, en contra de la ACCZ por haber infringido la Resolución N° 371 de la DGA.
24. Con fecha 20 de octubre de 2011, la JVRD, junto con la ACL, interpusieron ante el Juzgado de Letras de Yungay una demanda de pérdida o insubsistencia parcial de derechos de agua administrados por la ACCZ. Esta causa se encuentra actualmente en tramitación<sup>18</sup>.
25. En fin, ya en el año 2012, Colbún presenta una denuncia ante la DGA de la región del Biobío, en contra de la ACCZ por supuesto incumplimiento de la Resolución Exenta N° 542. Como explícitamente señala dicha denuncia,

---

<sup>16</sup> Causa rol N° 34.604-2008, donde la Junta de Vigilancia del Río Diguillín y sus Afluentes se hizo parte como tercero coadyuvante. La pretensión se funda en la sospecha de que se están realizando los trabajos iniciales tendientes a la construcción de la Central Hidroeléctrica de Pasada Trupán.

<sup>17</sup> Esta denuncia dio lugar a la causa Rol N° 7.427-2010, seguida ante el Juez de Policía Local de las comunas de Tucapel y Huepil, la que también terminó favorablemente a la Asociación, mediante sentencia de fecha 30 de junio de 2010.

<sup>18</sup> De conformidad a la denuncia, la petición subsidiaria de caducidad de los mismos persigue despojar a la ACCZ de mercedes de aguas de que es titular (Rol C-36.537-2011).

esta actuación no se dirige de manera directa en contra del proyecto hidroeléctrico Trupán<sup>19</sup>.

26. La pregunta pertinente a este respecto es, en consecuencia, si el conjunto de acciones dirigidas de una u otra manera contra el proyecto Trupán puede interpretarse como el ejercicio de litigación fraudulenta y por tanto, ser contrario al DL 211 o si, en cambio, dichas acciones responden a un ejercicio legítimo, en términos amplios, de derechos por parte de Colbún. Para poder responder correctamente lo anterior, se hace necesario considerar los criterios que la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") y de la Excm. Corte Suprema referida a acciones de "*sham litigation*"<sup>20</sup>, ha desarrollado para el tratamiento de esta figura.
27. Como se dijera, la figura de la litigación fraudulenta o "*sham litigation*"<sup>21</sup> ha sido considerada una conducta unilateral de abuso de posición de dominio

<sup>19</sup> Denuncia, p 10. Efectivamente, señala la denuncia ante la FNE que "A este respecto, hay que tener presente que, si bien esta denuncia no ataca directamente el proyecto hidroeléctrico, contribuye al sostenido hostigamiento ejercido por parte de la denunciante hacia mi representada".

<sup>20</sup> Como señalan unos autores, "*[s]ham litigation refers to the predatory use of adjudicative procedures to achieve anticompetitive goals. It is a typical case of non-price predation: the predator uses legal processes to impose expenses and delay, at little cost to itself. In the United States, an exception to Noerr-Pennington immunity exists where one uses the governmental process, rather than its outcome, as a sham to cover anticompetitive conduct. In Europe, sham acts may constitute an abuse of a dominant position, contrary to article 82 EC. (...) Establishing the genuine motive of the plaintiff, therefore, has been the central issue to much of the case law on sham litigation in Europe and in the United States*". En Ioannis Lianos y Jun Zhou. *Optimal Test for Strategic Antitrust Sham Litigation -a mechanism design approach* January 31, 2007. *paper* presentado en el Centre for Law and Economics, de la Universidad de Amsterdam, 2007, p. 1-22. [énfasis añadido]. El *abstract* de la presentación del *paper* se encuentra disponible en <http://www.cms.uva.nl/acle/object.cfm/objectid=66A43951-1DFD-40689DFF365B13745475/download=true> [última visita, 6 de enero de 2014].

<sup>21</sup> Para la elaboración de la hipótesis de tratamiento del caso se tuvo en cuenta, a nivel de la literatura, lo siguiente: Klein, Crhistopher C. *The Economics of Sham Litigation. Theory, Cases and Policy*. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission. 1986. Además, Barros, Enrique, "Tratado de Responsabilidad Extracontractual" Ed. Jurídica 2006. George G. Gordon, Dechert LLP David F. Sorensen, Berger & Montague, P.C. Lore A.A *Primer On Sham Litigation Claims The Ins and Outs of Sham Litigation Claims* American Bar Association, Section of Antitrust Law George Washington University School of Law, Competition Law Center.; Ioannis Lianos y Jun Zhou. *Optimal Test for Strategic Antitrust Sham Litigation -a mechanism design approach* January 31, 2007; Carolina Nardelia Ortiz Espinoza David Sperber. *Análisis comparado del uso de recursos judiciales y administrativos con la finalidad de impedir la entrada de un nuevo competidor en el mercado relevante con base a un derecho de patente*, Tesis de grado como requisito para la obtención de título de abogada Quito, octubre de 2012 USF; Christopher C. Klein. *Anticompetitive Litigation and Antitrust Liability* Department of Economics and Finance Working Paper Series: August 2007. Para el caso chileno, la literatura es escasa. Al respecto, véase, Vicente Maximiliano Manríquez González. *Ejercicio Abusivo del Derecho de Acción y de Petición, y sus efectos en Materia de Libre Competencia*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Profesor Guía: Francisco

de carácter exclusorio o predatorio. El presupuesto aquí es que un actor dominante puede abusar de su posición de dominio mediante el ejercicio abusivo de acciones con el único fin de excluir a un competidor<sup>22</sup> o evitar su ingreso al mercado.

28. En el contexto nacional, el criterio que la jurisprudencia del TDLC ha desarrollado es particularmente riguroso, siendo extremadamente difícil determinar que el ejercicio de varias acciones en el contexto de un mercado por un actor, incluso con clara posición de dominio, pueda ser considerado como abusiva en los términos del DL 211.
29. El TDLC ha conocido **seis casos** en que se ha alegado la ejecución de esta conducta, con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, acogiendo una demanda o requerimiento en sólo una ocasión<sup>23</sup>.
30. En términos generales, el test para determinar si es que el uso de las acciones fue abusivo requiere que el demandante acredite **que las acciones fueron deducidas con la finalidad exclusiva o inequívoca de restringir, entorpecer o retrasar la entrada de un competidor**. El TDLC ha exigido además, como elemento central para determinar el abuso en el único caso en que acogió una demanda por "*sham litigation*", el que se

---

Agüero Vargas, Santiago, Chile 2011, Universidad de Chile Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Económico; María Fernanda Juppet Ewing. *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos Comentario 1* Revista Actualidad Jurídica N° 18 - Julio 2008 Universidad del Desarrollo 593.

<sup>22</sup> En el ámbito de las conductas predatorias, el ejercicio abusivo de las acciones queda correctamente comprendido. Bork delimita de mejor manera este asunto, definiendo la conducta predatoria como "*la agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales, mediante el empleo de prácticas comerciales que no se considerarían optimizadoras de beneficios de no ser por la esperanza de que 1) los rivales tenga que salir del mercado, dejando al predador con una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopolísticos, o 2) de que estén lo suficientemente castigados como para abandonar el comportamiento competitivo que el predador considera inconveniente o amenazador*" Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, 1978, p. 144, citado en Vicente Maximiliano Manríquez González *Op. Cit.*

<sup>23</sup> Sentencia N° 46/2006 por Requerimiento de la FNE contra Sociedad Punta de Lobos S.A.; Sentencia N° 47/2006 por demanda de Recalcine S.A con Novartis Chile S.A.; Sentencia N° 80/2009 por demanda de Reebok Chile S.A con Reebok International Limited; Adidas Chile Ltda.; Sentencia N° 83/2009 por demanda de Telmex Servicios Empresariales S. A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S. A.; Sentencia N° 90/2009 por Requerimiento de la FNE en contra de Compañía Chilena de Fósforos (CCF) y Sentencia N° 104/2010 por Requerimiento FNE con Telefónica y otros todas confirmadas por la Excm. Corte Suprema salvo la N° 47 que no fue conocida por ella.

interpusieron simultáneamente distintas acciones que buscaban obtener efectos fácticos incompatibles<sup>24</sup>.

31. Del análisis de los antecedentes resulta plausible entender que el comportamiento de Colbún responda a un interés legítimo en buscar la determinación de la cantidad efectiva de derechos de agua que posee la ACCZ. En efecto, la solicitud de perfeccionamiento de derechos de agua realizada por esta asociación apunta a obtener derechos consuntivos por 45 m<sup>3</sup>/s, superior al rango de 10 a 20 m<sup>3</sup>/s que históricamente habría recogido del río Laja. Sobre este punto, cabe hacer la precisión que si bien el proyecto central Trupán corresponde a una tecnología de generación de pasada, el canal Zañartu sobre el cual ella se ubica no devuelve las aguas que recibe a la cuenca del río Laja<sup>25</sup>. Más aun, incluso si tal canal contara con la conexión física para devolver las aguas al río Laja, el hecho que los derechos solicitados sean consuntivos implica que la ACCZ no tendría obligación de restituir el caudal. De ese modo, la solicitud de derechos consuntivos por un volumen superior al de la captación histórica no resultaría inocua a aquellos usuarios ubicados aguas abajo de la captación de tal canal (generadoras eléctricas -Colbún entre ellas-, regantes, empresas de turismo, entre otros).

<sup>24</sup> El único caso en que el TDLC ha acogido que las acciones fueron ejercidas abusivamente es el caso de Sal Punta de Lobos Sentencia N° 47 de 2006. Se indica en dicho fallo: *"Las investigaciones y medidas precautorias solicitadas por SPL tuvieron el efecto de retrasar la habilitación de Puerto Patache para el embarque de sal, por a lo menos 3 años y ocho meses"*. (C. 66 y 87). **"La cuestión es determinar si las acciones deducidas por SPL estuvieron destinadas a resguardar su interés en adquirir Puerto Patache o si, por el contrario, tuvieron por finalidad retardar o impedir la entrada de competidores al mercado, obstruyendo la habilitación de un segundo puerto de embarque de sal en la región"**. (C. 85). *"En primer lugar, la pretensión de que se declare que Puerto Patache no es apto para embarcar sal es objetivamente discordante con el interés expresamente invocado por SPL en sus defensas de adquirir ese puerto precisamente para el embarque de su sal"*. (C. 89). **"Por otra parte, en el conjunto de acciones interpuestas, SPL mantuvo simultáneamente intereses contradictorios ante distintos tribunales. En efecto, de declararse la caducidad de la concesión portuaria, la infraestructura habría pasado al Fisco por aplicación del art. 20 del D.S. N° 660. De haberse ganado ese juicio y aquel en que se pedía la adjudicación de la licitación de Puerto Patache a SPL, esta último habría adquirido el puerto sin infraestructura. De la misma forma, si SPL hubiese obtenido la declaración de nulidad del decreto que amplió la concesión de Patache al embarque de sal, sus efectos le habrían afectado, siendo este resultado contradictorio con su interés en dicho puerto"**. (C. 91). **"Es inequívoco que SPL perseguía impedir que Patache fuera habilitado por otro interesado en embarcar sal, manteniendo así, en forma artificial, su posición dominante en el mercado"**. (C.95). [énfasis añadido].

<sup>25</sup> Lo hace al río Itata según se pudo apreciar del esquema del río Laja, *supra*, p. 4.

32. En consecuencia, atendidos los criterios jurisprudenciales en la materia, no pareciera ser que la **conducta de Colbún satisfaga el estándar desarrollado por el TDLC para constituir una vulneración al DL 211**, porque, en primer término, la naturaleza de las acciones incoadas y el eventual resultado buscado en cada una de ellas, no resulta contradictorio con el eventual interés de Colbún de que la central Trupán funcione sólo con los derechos de aguas correspondientes. Asimismo, no se observa la posibilidad que el éxito de las acciones pueda incrementar o mantener siquiera una posición de dominio de Colbún en el mercado relevante según fuera descrito en la sección anterior, pues las acciones no se dirigen contra la entrada en funcionamiento de la Central Trupán, sino que buscan determinar la cantidad de derechos de agua que le corresponde a la ACCZ<sup>26</sup>.
33. Otro punto relevante que se debe considerar dice relación con determinar la diferencia entre los injustos en sede libre competencia y regidos por el DL 211 y aquellos actos de competencia desleal regidos por la ley N° 20.169<sup>27</sup>. La cuestión no es si el despliegue de acciones judiciales o administrativas pueda entorpecer el desempeño de un competidor. En cambio, lo relevante es determinar acá si acaso la conducta desplegada tiene la **aptitud** para lesionar el bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia, esto es, de lesionar la competencia en términos estructurales.
34. Como se dijera, las acciones de Colbún no parecieran tener la aptitud de lesionar el bien jurídico protegido por el DL 211 pues resulta plausible sostener que el resultado esperado con el éxito de las acciones denunciadas es la determinación de los derechos de aguas que efectivamente le pertenecen a la ACCZ. Dicho interés buscado es consecuencia natural del mercado relevante geográfico ya que según la empresa denunciada, podría verse perjudicada en el desempeño de sus

---

<sup>26</sup> Por lo demás, se debe considerar el hecho que Colbún ha interpuesto cuatro de las once acciones deducidas contra la ACCZ que esta describe en su denuncia.

<sup>27</sup> En particular su artículo 4° letra g).

centrales de Rucue y Quilleco situadas aguas abajo del proyecto de la Central Trupán.

35. Todo lo anterior muestra que los hechos denunciados no cumplirían con el fundamento que tanto la jurisprudencia del TDLC como la literatura comparada han establecido como piso mínimo para tener por acreditada, en sede libre competencia, la figura de la litigación fraudulenta<sup>28</sup>, pues, como se ha señalado, “[l]a pieza clave de la evidencia para identificar la litigación fraudulenta es la ausencia de un interés genuino en recibir un remedio judicial [en razón del éxito de las acciones]”<sup>29</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

36. A partir de los antecedentes solicitados y del análisis realizado, se pueden establecer las siguientes conclusiones:
- La denuncia hace referencia a la interposición de 10 acciones con el propósito de impedir que la Central de pasada Trupán entre en funcionamiento. De acuerdo a la denuncia, las acciones tendrían un actor común; Colbún;
  - De acuerdo a la jurisprudencia del H. TDLC, la configuración de un ilícito contra el DL 211 debe satisfacer ciertos estándares en lo que respecta a la litigación fraudulenta;
  - Lo anterior supone determinar si es que las acciones fueron deducidas con la finalidad exclusiva o inequívoca de restringir, entorpecer o retrasar la entrada de un competidor, teniendo efectos fácticos contradictorios;

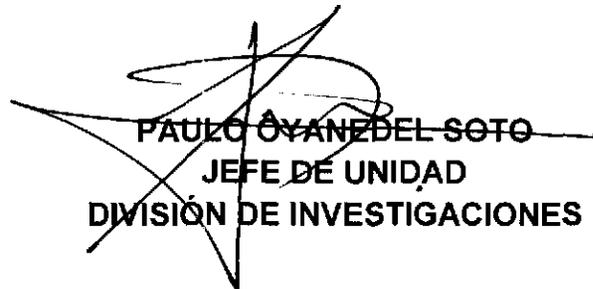
---

<sup>28</sup> Decimos en sede libre competencia pues bajo la Ley N° 20.169 que regula la competencia desleal se contempla expresamente que “el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”.

<sup>29</sup> Ioannis Lianos y Jun Zhou, *Op Cit.* Traducción libre.

- De acuerdo a dicho criterio, en el presente caso, existiría un interés legítimo y la coordinación del resultado de las acciones, excluyendo la posibilidad de que se configure la *sham litigation*;
  - Utilizando los estándares del derecho comparado, el hecho que Colbún interpusiera acciones que razonablemente se pueden considerar tendientes a determinar, desde su perspectiva, los derechos de agua que corresponden a la ACCZ, permite descartar la hipótesis de ilícito denunciada ante este Servicio;
37. En consecuencia, del análisis de los antecedentes se concluye que en este caso no existen elementos suficientes que den cuenta de eventuales infracciones al DL 211 que justifiquen la apertura de una investigación.

Saluda atentamente a usted,

  
PAULO OYANE DEL SOTO  
JEFE DE UNIDAD  
DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

  
GLV