

RESOLUCION N° 480 /

Santiago, siete de Enero de mil novecientos noventa y siete.

**V I S T O S:**

El Dictamen N° 992/636 de 25 de Noviembre de 1996, de la Comisión Preventiva Central; el recurso de reclamación interpuesto en contra de dicho dictamen por la empresa Endesa S.A.; lo informado por esa Comisión por dictamen N° 994/699 de 23 de Diciembre de 1996, y

**C O N S I D E R A N D O:**

**PRIMERO** : Que el Sr. Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía consultó a la Comisión Preventiva Central, acerca de si afectaría la libre competencia en el mercado de la generación eléctrica, la concesión por parte de la Dirección General de Aguas de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas solicitados por la empresa Endesa S.A.

**SEGUNDO** : Que en respuesta a dicha consulta la citada Comisión emitió el dictamen N° 992/636, de 25 de Noviembre de 1996, por el cual formuló las siguientes conclusiones:

"2.1. Que la Empresa Nacional de Electricidad S.A. Endesa S.A., concentra en su poder los principales derechos de agua del país, situación que se vería incrementada en el evento de que se le concedieren nuevos derechos de aprovechamiento de aguas".

"2.2. Que el eventual incremento de los derechos de agua de que es titular Endesa S.A., mediante las nuevas concesiones que ha solicitado a la Dirección General de Aguas, sería contrario a la legislación sobre libre competencia aprobada por el Decreto Ley N° 211, de 1973".

"2.3. Que las resoluciones de la Dirección General de Aguas que denegaron las solicitudes de Endesa S.A. para que se le reconozcan nuevos derechos de agua, fundadas en razones de competencia, se conformaron con la legislación contenida en el

480  
481  
482  
483  
484  
485  
486  
487  
488  
489  
490  
491  
492  
493  
494  
495  
496  
497  
498  
499  
500

Decreto Ley N° 211, de 1973, que aprueba las normas sobre defensa de la libre competencia en las actividades económicas".

"2.4. 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 a 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".

**TERCERO** : Que la empresa Endesa S.A. ha solicitado que se deje sin efecto el mencionado dictámen, por las siguientes consideraciones principales:

3.1. Endesa no habría sido parte en la causa que dió origen al dictámen recurrido, el cual habría sido emitido en contravención a las normas constitucionales y legales que consagran el principio denominado "el debido proceso legal".

3.2. Los antecedentes en que se funda el dictámen recurrido, serían erróneos y parciales, y por ende, sus conclusiones, por cuanto de acuerdo con la información estadística de que dispone la recurrente, la empresa Endesa S.A. no tendría una posición dominante respecto de los derechos de agua del país, en los mercados del Sic, Sing y de Aysén, respectivamente, y en consecuencia, no existirían las supuestas barreras de entrada a las actividades de la generación hidroeléctrica que atribuye el mencionado dictámen.

**CUARTO** : Que esta Comisión debe desestimar el planteamiento de la reclamante, mencionado en el numerando 3.1. del considerando precedente, por cuanto en la especie no se aplica el llamado principio del "debido proceso legal" a que se refiere el Art. 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política, ya que la Comisión Preventiva Central es un Organismo administrativo que no ejerce jurisdicción ni sustancia causas o procesos en sentido estricto, y las investigaciones de mercado que efectúa no están sujetas a procedimientos legales de carácter contenciosos, en las cuales los afectados tengan la calidad de partes o de legítimos contradictores.

Que, por lo demás, se encuentra acreditado que la Comisión Preventiva Central, antes de emitir su pronunciamiento contenido en el dictámen en cuestión, recabó numerosos

antecedentes técnicos, directamente o por intermedio de la Fiscalía Nacional Económica, tanto al Sr. Ministro de Obras Públicas, al Sr. Director de la Dirección General de Aguas, y a la misma autoridad consultante, como, asimismo, a las principales empresas que participan en el mercado, como son la propia recurrente Endesa S.A. y su filial Pehuenche S.A. y a sus competidoras Pullinque S.A., Chilgener S.A. y Colbún S.A., por lo que el referido dictamen se encuentra suficientemente fundado en dichos antecedentes.

**QUINTO** : Que, en cuanto al fondo de la materia objeto del dictamen, a que se refiere la reclamación de Endesa S.A., y que menciona el numerando 3.2. del considerando tercero de esta resolución, esta Comisión Resolutiva debe hacer presente que la Comisión Preventiva Central, en el ejercicio de sus funciones de orden consultivo y preventivo que le otorga la ley, emitió su pronunciamiento en respuesta a una consulta específica de la autoridad, en el cual concluyó que sería inconveniente, desde el punto de vista de la legislación sobre libre competencia en las actividades económicas, que se concedieran nuevos derechos de agua en beneficio de la recurrente, ya que ello podrían generar barreras de entrada en la actividad de la generación hidroeléctrica, con los consiguientes riesgos de eventuales comportamientos monopólicos en dicha actividad.

**SEXTO** : Que sobre el particular, esta Comisión, teniendo presente la jurisprudencia sentada por sus resoluciones N°s 448, de 10 de Octubre de 1995, y 471, de 22 de Octubre de 1996, estima que, en esta oportunidad, no le corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo de las materias a que se refiere la reclamación de autos.

**SEPTIMO** : Que, en primer término, es preciso señalar que la Comisión Preventiva Central está investida de atribuciones suficientes para conocer y pronunciarse sobre los aspectos a que alude su dictamen, ya que de conformidad con lo prescrito en el artículo 8° letras a), b), c) y d), en relación con el artículo 11 del Decreto Ley N° 211, de 1973, corresponde a dicha Comisión hacerlo sobre actos o contratos existentes o respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia, y, en general, respecto de toda situación que pudiere afectar la libre competencia o constituir un abuso de posición monopólica en las actividades económicas, pudiendo proponer los medios para corregirla.

Que en el presente caso dicha Comisión, ejerciendo precisamente sus funciones consultivas y preventivas, emitió su opinión en relación con la estructura del mercado hidroeléctrico, en lo atinente a los derechos de agua que en él posee Endesa S.A., y manifestó reparos sobre los eventuales riesgos, limitativos de la competencia que, a su juicio, pudieran producirse en ese mercado con motivo de un posible incremento de los derechos de agua de la ocurrente.

**OCTAVO** : Que de los términos contenidos en el dictamen reclamado, se advierte que la Comisión Preventiva Central hizo cabal uso de sus atribuciones al declarar, en el plano de la competencia, cuáles serían, a juicios exclusivo de la referida Comisión, los efectos limitantes de la competencia que se producirían en el mercado hidroeléctrico de otorgarse nuevos derechos de agua a Endesa S.A., lo que constituye en todo caso una situación futura e hipotética, ya que a la fecha del dictamen algunas solicitudes de Endesa sobre derechos de agua habían sido denegadas por la Dirección General de Aguas, sin perjuicio de que esas resoluciones fueron reclamadas por dicha empresa ante la Justicia Ordinaria, cuyo fallo se encuentra pendiente.

**NOVENO** : Que en este sentido es pertinente recordar que las reglas y principios de la libre competencia expresados por la Comisión Preventiva Central en el dictamen impugnado tienen, en cuanto tales, un valor de orientación para la autoridad administrativa y para los agentes económicos, en su caso, sin perjuicio de que la infracción que pudiera perpetrarse a su respecto pueda dar lugar a medidas de orden correctivo y punitivo aplicadas por esta Comisión Resolutiva, en conformidad con los preceptos de la letra a) del artículo 17 del Decreto Ley N° 211 de 1973.

**DECIMO** : Que, asimismo, es necesario precisar que el contenido de fondo del dictamen reclamado por la recurrente, constituye una recomendación y propuesta no vinculante, que la autoridad sectorial respectiva puede o no acoger en su momento y que es la consecuencia de la apreciación y análisis de antecedentes técnicos relativos al mercado eléctrico efectuados por uno de los Organismos creados por el Decreto Ley N° 211, de 1973, en relación al cual ha manifestado criterios preventivos, por lo que al hacerlo así, la Comisión Preventiva Central cumplió cabalmente con el cometido que le asigna la ley.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 9 y 17 del Decreto Ley N° 211, de 1973, esta Comisión declara lo siguiente:

1.- Que el dictamen N° 992/636 de 25 de Noviembre de 1996, de la Comisión Preventiva Central, al pronunciarse en torno a una consulta del señor Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía, respecto de los derechos de agua que había solicitado Endesa S.A. a la Dirección General de Aguas, se limitó a formular una recomendación de carácter preventivo, en relación con la estructura de este mercado y con los riesgos que, en concepto exclusivo de esa Comisión, podrían afectar la libre competencia en el desarrollo de la actividad de la generación eléctrica.

2.- Que se rechaza la reclamación de Endesa S.A. por cuanto el Dictamen N° 992/636, de 25 de Noviembre de 1996, de la Comisión Preventiva Central, fue emitido por ese Organismo en ejercicio legítimo de sus atribuciones y en la forma prevista por la Ley.

Notifíquese al señor Fiscal Nacional Económico y a la empresa Endesa S.A.

Transcribáse a los señores Ministros Presidente de la Comisión Nacional de Energía, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Obras Públicas y al Sr. Director General de Aguas.

Rol N° 528-97

*Enrique Zurita*

*Fanta I.*

*[Signature]*

*[Signature]*

*[Signature]*

Pronunciada por los señores Enrique Zurita Camps, Ministro de la Excm. Corte Suprema y Presidente de la Comisión, Enrique Fanta Ivanovic, Director Nacional de Aduanas; Alexis Guardia Basso, Director del Instituto Nacional de Estadísticas; Arturo Yrarrazaval Covarrubias, subrogando al señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes y Guillermo Pattillo Alvarez, subrogando al señor Decano de la Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago.

GASTON MECKLENBURG VASQUEZ  
Secretario Abogado de la H.  
Comisión Resolutiva

482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500