

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 109/2011.

Santiago, veintisiete de enero de dos mil once.

VISTOS:

1. Demanda

Con fecha 10 de agosto de 2009, Conservación Patagónica Chile S.A., Corporación de Desarrollo de Aysén, Corporación para el Desarrollo Sustentable del Lago General Carrera, Escuela de Guías de la Patagonia, Valle Chac LLC, Agrupación de Defensores del Espíritu de la Patagonia, Franz Xaver Schindele y Margarita Baigorria Cruces (en lo sucesivo todos conjunta e indistintamente los “demandantes” o los “actores”) interpusieron una demanda en contra de las empresas Endesa S.A. (en lo sucesivo también e indistintamente, “Endesa”) y Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. (en lo sucesivo también e indistintamente “HidroAysén” y conjuntamente con Endesa, las “demandadas”), por solicitar derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas de los ríos Baker y Pascua para el proyecto HidroAysén adicionales a los que ya poseen. Los actores consideran que con ello las demandadas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, creando barreras de entrada a otros competidores y un monopolio sobre dichas cuencas hidrográficas.

En la demanda se expone lo siguiente:

1.1. Los actores son un conjunto de pobladores y organizaciones que viven o tienen su domicilio, bienes o actividades agrícolas, ganaderas, turísticas y de conservación en la zona geográfica donde se ubican las cuencas de los ríos Baker y Pascua en la XI Región de Aysén.

1.2. Endesa, a través de su filial o coligada HidroAysén, pretende desarrollar el “Proyecto Centrales Hidroeléctricas de Aysén” (en adelante “Proyecto HidroAysén”) para aprovechar y utilizar recursos hídricos por medio de la construcción de represas “...que afectarán y dañarán de manera irreversible las cuencas hidrográficas de los ríos Baker y Pascua”. Para efectos de ejecutar dicho proyecto Endesa solicitó a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (en adelante “SEC”) el otorgamiento de una concesión eléctrica provisional. Asimismo, el año 1990 dicha compañía obtuvo derechos de aprovechamiento de agua no consuntivos sobre una cantidad significativa de los recursos hídricos disponibles a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esa fecha lo que a juicio de los demandantes la llevó a tener una posición dominante en el mercado del agua de las cuencas de los ríos Baker y Pascua.

1.3. Señalan que en el Informe Técnico N°21 “Caudales de Reserva en la Cuenca del río Baker”, confeccionado el año 2008 por la Dirección Regional de Aguas de Aysén, se explica que los dos derechos de Endesa constituidos en el río Baker -actualmente de propiedad de HidroAysén-, “...abarcan gran parte del agua disponible en este ejercicio” y sólo permiten disponer de caudales permanentes en forma discontinua y de caudales eventuales también de manera discontinua.

1.4. Explican que dichos derechos de aguas son de carácter no consuntivo pero que en la práctica se comportan como consuntivos, puesto que su ubicación (en el último tercio del río antes de llegar al mar) obliga a que la restitución del agua sea a una distancia tal de los puntos en que es factible de ser utilizada que prácticamente la excluye del mercado y también de la disponibilidad para efecto del otorgamiento de nuevos derechos (tendría que ser captada en el punto de restitución de la represa más cercana al mar y luego construir un acueducto que permitiera transportarla hasta el lugar de su aprovechamiento consuntivo).

1.5. Afirman que no sólo está limitada la disponibilidad para el otorgamiento de derechos futuros sino que además, a la fecha del mismo informe, ya se había dispuesto de mayor caudal que el realmente existente en la actualidad. Añaden que durante gran parte del año hay menos caudal que el que se requiere para satisfacer a cabalidad los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos ya constituidos en la cuenca del río Baker aguas arriba del punto de captación de Hidroaysén. Así, explican cómo, por causa del derecho de Hidroaysén constituido en virtud de la Resolución D.G.A. N°164 de 1990, durante nueve meses del año (esto es, de abril a diciembre) el caudal no alcanza ni siquiera para satisfacer los derechos permanentes consuntivos constituidos.

1.6. Hacen presente que, con fecha 10 de agosto de 2007, la empresa HidroAysén presentó una solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas de carácter no consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, sobre 250 metros cúbicos de aguas del río Baker, la que se encuentra en tramitación en el expediente administrativo ND-1104-140, (en adelante también e indistintamente la “Solicitud ND-1104-140”). Señala que estos derechos adicionales han sido solicitados aguas abajo del derecho de aprovechamiento constituido el año 1990, pero sin que existan afluentes de importancia que hagan variar notablemente la disponibilidad de agua.

1.7. Indican que de otorgarse los derechos solicitados, la cuenca del río Baker quedaría completamente agotada para el otorgamiento de cualquier

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

derecho de aprovechamiento de aguas consuntivo permanente aguas arriba solicitado con posterioridad.

1.8. Afirman que lo que debió hacer HidroAysén, en vez de solicitar derechos “complementarios” que a su juicio no existen, es solicitar el traslado de su derecho constituido y vigente desde el año 1990 hasta el lugar en que en definitiva será aprovechado, lo que habría permitido corregir los excesos que se producen a través de la solicitud de derechos adicionales. A continuación analizan en la demanda cómo habría quedado el escenario de la cuenca si se hubiese solicitado dicho traslado, teniendo en consideración el Manual de Normas y Procedimientos de Administración de Recursos Hídricos de 2008 y el Informe Técnico N°21 de la Dirección General de Aguas (en adelante, la “DGA”), de Aysén. Señalan que de haberse requerido el traslado, previo a la solicitud de caudales adicionales, HidroAysén se habría visto expuesta a la posibilidad de competir en remate por los mismos caudales, cuestión que no ocurre al haber solicitado los derechos adicionales en su propia zona de inundación, y afirman que entre abril y diciembre HidroAysén tendría considerablemente menos derechos permanentes que los que goza en la actualidad y también considerablemente más caudal concedido como derechos eventuales.

1.9. Señalan que todos los antecedentes anteriores demuestran que Endesa e Hidroaysén, al solicitar derechos de aprovechamiento de aguas adicionales a aquellos que ya tienen sobre las cuencas de los ríos Baker y Pascua, están ejecutando hechos y actos que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, con el objeto de crear barreras de entrada a otros competidores y un verdadero monopolio sobre ambas cuencas hidrográficas, lo que impide el desarrollo de otras actividades económicas distintas de la generación de hidroelectricidad como el turismo, la agricultura, la ganadería y la conservación ambiental, desarrolladas por los demandantes.

1.10. En mérito de lo descrito, solicitan que el Tribunal conozca de los hechos denunciados, inicie una investigación de los mismos y sancione a los responsables con el máximo de sanciones que establece la ley, con costas.

2. Contestación de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.

2.1. Con fecha 9 de diciembre de 2009, a fojas 88, contesta la demanda HidroAysén, solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

2.2. Señala que en octubre de 2007, por medio de la Resolución N°22/2007, y luego de estudiar detalladamente la situación de los derechos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aprovechamiento de aguas ya otorgados a Endesa, Colbún y el Proyecto HidroAysén, así como los que se encontraban en trámite hasta esa fecha, y habiendo tenido a la vista información emanada de la DGA, de las partes y la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente, la “Fiscalía” o “FNE”), este H. Tribunal aprobó la consulta efectuada por Endesa y Colbún S.A. (causa rol NC N°134-06), autorizando el “joint venture” entre dichas empresas para la realización conjunta del Proyecto HidroAysén.

2.3. Indica que al aprobar la referida consulta este H. Tribunal estableció ciertas condiciones, entre ellas la Condición N°2, que imponían ciertas restricciones a las consultantes, (i) obligándolas a enajenar los derechos de aprovechamiento de aguas y renunciar a las solicitudes de los mismos que ellas o sus filiales, relacionadas o coligadas tuvieran en las cuencas de los ríos Palena y Aysén y en la subcuenca del río Ibáñez, (ii) prohibiéndoles enajenar dichos derechos a personas naturales o jurídicas filiales, coligadas o relacionadas con cualquiera de ellas, sea directa o indirectamente y (iii) obligándolas a consultar ante este H. Tribunal en forma previa a la adquisición o solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas señaladas.

2.4. Señala que hasta la fecha de la demanda de autos, HidroAysén ha dado estricto cumplimiento a la referida condición y que, si las restricciones eran sólo respecto de ciertas cuencas y subcuencas, esto es, las de los ríos Palena, Aysén e Ibáñez, entonces *a contrario sensu*, las solicitudes de derechos en las demás cuencas no restringidas por este H. Tribunal, incluidas aquellas donde se construirán las centrales de HidroAysén (ríos Baker y Pascua) se pueden presentar y tramitar libremente de acuerdo a los procedimientos respectivos sin requerir previamente autorización alguna.

2.5. Hace presente que la demanda sólo se refiere a una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas de carácter no consuntivo de ejercicio permanente y continuo sobre aguas corrientes y superficiales del río Baker por un caudal de 250 metros cúbicos, tramitada en el expediente rol ND-1104-140, sin hacer análisis ni emitir consideración alguna, ni fáctica ni técnica, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas en el río Pascua, lo que no es concordante con el petitorio de la demanda, que hace referencia a los derechos en ambas cuencas hidrográficas. Señala que, además, en la demanda se le acusa de haber ejecutado o celebrado “hechos, actos o convenciones”, sin precisar cuáles son las “convenciones” celebradas entre ella y Endesa ni las actuaciones conjuntas entre ellas que afectarían la libre competencia. Afirma que, como consecuencia de lo anterior, el único hecho concreto señalado por los actores es

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la presentación de la Solicitud ND-1104-140 y que, por esta razón, el Tribunal sólo tiene competencia para conocer de este hecho, pues la jurisprudencia y la doctrina se encuentran contestes en que los hechos que determinan la competencia de este H. Tribunal son los contenidos en los escritos del periodo de discusión.

2.6. Indica además que la acción de los demandantes ante este H. Tribunal en contra de la presentación de la Solicitud ND-1104-140 estaría prescrita, habiéndose excedido largamente el plazo de dos años establecido en la ley, ya que la solicitud se efectuó con fecha 10 de agosto de 2007 y la demanda se notificó con fecha 11 de noviembre de 2009.

2.7. Señala que, de conformidad con el artículo 32º del Decreto Ley N°211, los actos o contratos celebrados de acuerdo con lo resuelto por este H. Tribunal en la Resolución N°22/2007 no acarrearán responsabilidad, salvo que el mismo H. Tribunal, con nuevos antecedentes, los califique como contrarios a la libre competencia. Luego indica que tal nueva calificación no existe y que por lo tanto hay cosa juzgada que otorga seguridad jurídica a la actuación de HidroAysén.

2.8. Afirma que este procedimiento es una nueva instancia instrumental para reclamar en contra del Proyecto HidroAysén, no en aspectos de libre competencia, sino que en aspectos puramente ambientales y de derechos de aguas. Señala que prueba de lo anterior es que ninguno de los demandantes tiene por actividad económica una competitiva con la de HidroAysén y que los actores tampoco han señalado que las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas les impidan ejercer o desarrollar sus actividades económicas, toda vez que hay abundancia de agua y de pluviosidad en dicha zona del país. Indica que por la misma razón habría falta de legitimación, pues no hay un interés particular y actual de los demandantes en el resultado de la acción deducida. Señala también que los derechos solicitados no son “insumos esenciales” para las actividades de los demandantes y explica que si lo que se pretende es defender el interés colectivo, el único legitimado para demandar es la Fiscalía Nacional Económica.

2.9. Señala además que si los demandantes consideran que el derecho solicitado por HidroAysén les impide realizar una actividad económica, lo que deben hacer es competir por el derecho utilizando el mecanismo de remate que contempla el Código de Aguas. Hace presente también que existe la posibilidad de declarar una reserva fiscal en ciertos casos.

2.10. En lo que respecta al mercado relevante, discrepa de la opinión de los demandantes en cuanto a que el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas es la cuenca u hoya hidrográfica pues, a su juicio y a la luz de las resoluciones 18/2006 y 22/2007, el mercado relevante del producto dice relación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con los recursos hídricos para la generación eléctrica, pues es aquí donde se da el principal problema de competencia. Señala que la preocupación del DL N°211 no es respecto de cualquier derecho de aguas, sino que "...exclusivamente cuando los derechos sean insumos esenciales para ciertas actividades en las que puede haber competencia".

2.11. Adicionalmente, indica que no busca acaparar derechos de aprovechamiento de aguas sino "optimizar" el proyecto, esto es, generar una mayor cantidad de energía inundando un área menor.

2.12. Afirma que la actuación reprochada por los demandantes en contra de Hidroaysén carece de fundamento, no constituye un abuso de posición dominante ni es contrario a la libre competencia. Señala que el poder de mercado no constituye por sí mismo una falta contra la libre competencia y que los demandantes no han acreditado el elemento volitivo de la conducta, esto es, que haya abuso anticompetitivo por parte de HidroAysén. Afirman que efectuar una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas es una actividad perfectamente lícita y que sólo cuando hay una prohibición explícita de este H. Tribunal puede ser reprochable una solicitud, lo que no ocurre en el caso de autos.

2.13. En subsidio, HidroAysén reclama la improcedencia de la multa solicitada.

2.14. Solicita, en consecuencia, que se rechace la demanda, con costas;

3. Contestación de Empresa Nacional de Electricidad S.A.

3.1. Con fecha 11 de enero de 2010, a fojas 138, contesta la demanda Endesa, solicitando su rechazo con expresa condena en costas atendidos los siguientes antecedentes y argumentos:

3.2. Señala que no existe una relación jurídica procesal válida por falta de legitimación pasiva de Endesa, por lo que la demanda no puede prosperar al no existir un presupuesto esencial del proceso. Afirma que, como es reconocido por los actores en la página 9 de su demanda, fue HidroAysén quien presentó la Solicitud ND-1104-140 que sirve de fundamento a la acción, por lo que Endesa no es sujeto pasivo de la acción.

3.3. Explica que Endesa participa del 51% de las acciones de HidroAysén pero que, no obstante ello, esta última sociedad es una persona jurídica de derecho privado que cuenta con una administración independiente para la consecución de sus objetivos.

3.4. Señala que rechaza todas las imputaciones de la demanda por no ser efectivas y responder a meras elucubraciones de los demandantes. Además

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

rechaza y niega veracidad a las interpretaciones e hipótesis que desarrollan los demandantes en torno al Informe Técnico de la DGA N°21 sobre caudales de reserva en la cuenca del río Baker.

3.5. Afirma que los demandantes han aplicado equívocamente las normas administrativas sectoriales de aguas y que han creado una aplicación “*sui generis*” del Manual de Normas y Procedimientos de Administración de Recursos Hídricos que dictó la DGA, y hace presente que éste contiene normas internas de la DGA, que emanan de una resolución exenta y que constituye una instrucción para los funcionarios de esa repartición pública, pero que no ha pasado por control de legalidad alguno y por lo tanto se debe analizar a la luz del Código de Aguas y el resto de la legislación aplicable.

3.6. Hace presente que es efectivo que Endesa solicitó una concesión eléctrica provisoria para realizar estudios tendientes a evaluar el desarrollo de un proyecto de generación de energía hidroeléctrica, pero que la demanda omite señalar cómo dicho acto infringe las normas de libre competencia. Señala también que es efectivo que Endesa obtuvo y fue titular de derechos de aprovechamiento de agua no consuntivos en los ríos Baker y Pascua para el desarrollo del proyecto Aysén, lo que la habría llevado a tener una posición dominante en el mercado del agua de dichos ríos, pero que los demandantes no establecen cómo dicha titularidad influye en la infracción referida en la demanda. Hace presente además que los actores no se refieren a la concurrencia del elemento subjetivo o volitivo de Endesa en la configuración de la supuesta infracción a la libre competencia y al abuso de posición dominante imputado. Señala también que la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas de HidroAysén se encuentra ajustada a la ley y que su otorgamiento dependerá de que dictamine la DGA o, si fuere el caso, los Tribunales de Justicia. Así, el sustento de la demanda se debilita al estar sujeta a la contingencia de ser rechazada o acogida,

3.7. Hace presente que este H. Tribunal, por medio de la Resolución N°22/2007, de fecha 19 de octubre de 2007, aprobó la ejecución del proyecto Aysén, operación consultada por Endesa y Colbún S.A., para lo que tuvo a la vista los derechos y solicitudes de aprovechamiento de aguas que ambos consultantes tenían en la región de Aysén y en la Provincia de Palena. En la resolución mencionada se establecieron condiciones para la ejecución del proyecto, las que en ningún caso se refirieron a una prohibición respecto a solicitar nuevos derechos en las cuencas asociadas a las centrales proyectadas. Por lo anterior y en atención a lo dispuesto en el artículo 32 del DL N°211, las peticiones de nuevos derechos, al constituir actos lícitos ejecutados en el marco de la Resolución

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

N°22/2007 y que buscan optimizar el proyecto aprobado por este Tribunal, estarían eximida de responsabilidad por no constituir éstas “nuevos antecedentes”, de conformidad con lo exigido en la ley.

3.8. En subsidio, Endesa alega la prescripción de las conductas. Señala que las solicitudes de derechos de aguas presentadas por HidroAysén, y más específicamente la Solicitud ND-1104-140 (única que los actores identifican en su demanda como contraria a la libre competencia), fue realizada junto a todas las demás peticiones, durante los meses de agosto y septiembre de 2007 ante la DGA de Aysén, y que Endesa fue notificada de la demanda de autos el día 20 de noviembre de 2009. Entonces, habiendo transcurrido el plazo de dos años establecido en el inciso 3° del artículo 20 del Decreto Ley N°211, la conducta imputada estaría prescrita.

4. A fojas 145, se fijó como hecho sustancial, pertinente y controvertido el siguiente:

“Estructura, características y evolución de la participación de las demandadas en los mercados en que incidirían las conductas imputadas, en particular (i) el de acceso a derechos de aguas; y (ii) el de generación hidroeléctrica. Efectos en dichos mercados de la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas presentada por Hidroaysén en la cuenca de los río Baker, Expediente DGA ND-1104-140”.

5. Prueba rendida en la causa:

5.1. Prueba Documental.

5.1.1. Por los demandantes:

- A fojas 63, copia del Informe Técnico N° 21 “Caudales de reserva en la cuenca del Baker”, confeccionado el año 2008 por la Dirección Regional de Aguas de Aysén.

- A fojas 681, copia del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos de la DGA, año 2002; copia del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos de la DGA, año 2008; copia de la Resolución N° 18/2006 de este Tribunal; copia de la Resolución N° 22/2007 de este Tribunal; copia de las páginas 16 a 20 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Hidroeléctrico Aysén"; copia de la Sentencia N° 86/2009 de este Tribunal; copia de la Resolución N° 606 de la DGA, que deniega solicitud de HidroAysén en río Baker; copia de la Resolución N° 607 de la DGA, que deniega la solicitud de HidroAysén en río Baker; copia de la Resolución N° 608, de la DGA que deniega solicitud de HidroAysén en río Pascua; copia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Resolución N° 609 de la DGA, que deniega solicitud de HidroAysén en río Pascua; copia de la Resolución N° 610 de la DGA, que deniega solicitud de HidroAysén en río Pascua; Copia de Ord. N° 624 de la DGA al Contralor General de la República, que da cuenta de solicitudes superpuestas; copia de carta del Gerente General de Endesa al Gerente General de HidroAysén, de fecha 19 de agosto de 2008; copia de Recurso de Reconsideración de HidroAysén, respecto de la Resolución N° 607, ante la Dirección Regional de Aguas de la XI Región; copia del informe "Comportamiento Estratégico de Empresas en el Mercado de Generación Eléctrica", del Dr. Teodoro Kausel.

- A fojas 730, copia de la Resolución Exenta DGA Región de los Lagos N° 329; copia de la solicitud de derechos de aguas hecha por HidroAysén en el río Baker con fecha 10 de agosto de 2007, en expediente N° ND-1104-140; copia de la solicitud de derechos de aguas hecha por HidroAysén en el río Pascua con fecha 10 de agosto de 2007 en expediente N° ND-1104-143; copia de escrito de oposición hecha por HidroAysén, respecto de la solicitud de CODESA en el río Baker; copia de las páginas 515, 516 y 763 del Adenda N° 1 del Estudio de Impacto Ambiental de HidroAysén, presentado a la COREMA de la XI Región.

- A fojas 982, copia del Recurso de Reconsideración de HidroAysén, contra la Resolución N° 606 de la DGA y copia de la presentación del Director General de Aguas a la Cámara de Diputados, denominada "Problemas Derivados de la Ley de Aguas en Chile y la Reforma Constitucional".

- A fojas 1220, copia de las páginas 245 a 248 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto HidroAysén, presentado por HidroAysén a la COREMA de la XI Región; Copia del Informe Técnico N° 21 - Caudales de reserva en la cuenca del Baker, debidamente firmado.

- A fojas 1406, copia de artículo aparecido en el Diario El Mercurio, el día 10 de junio de 2010.

- A fojas 1587, copia de las páginas 1 a 321 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto HidroAysén, presentado por HidroAysén a la COREMA de la XI Región; Ficha del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto HidroAysén, presentado por HidroAysén a la COREMA de la XI Región y copia de 2 CD que contienen el cuarto capítulo del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto HidroAysén, presentado por HidroAysén a la COREMA de la XI Región.

- A fojas 1826, copia del Dictamen N° 16,091/2007, de la Contraloría General de la República y copia del Dictamen N° 3,994/2008, de la Contraloría General de la República.

- A fojas 1861, artículo "Análisis del Funcionamiento del Mercado de los Derechos de Aprovechamiento de Agua e Identificación de sus Problemas", de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Guillermo Donoso; artículo "Derechos de Aprovechamiento de Aguas y Generación Hidroeléctrica", de Felipe Bascuñán y artículo "La Asignación Original de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas en el Código de 1981", de Pablo Jaeger.

- A fojas 1921, artículo "Dams and Markets: Rivers and Electric Power in Chile", de Carl Bauer; artículo "Comercialización de los Derechos de Aguas en Chile", de Eugenia Muchnik, Marco Luraschi y Flavia Maldini.
- A fojas 2016, copia de artículo aparecido en el Diario La Tercera, con fecha 1° de diciembre de 2010.

5.1.2. Por HidroAysén:

- A fojas 875, Oficio N° 381-2007, de la Cámara de Diputados, en que solicita informe a la FNE; Oficio N° 360-2007, de la Cámara de Diputados, en que solicita informe al Director General de Aguas; copia de la Resolución N° 22/2007 de este Tribunal; copia del escrito acompañado por Colbún a fs. 2093 en la causa NC 134-06; Oficio Ord. N° 4287/2007, del Ministro de Obras Públicas a la Cámara de Diputados; Ord. N° 1196, del Director General de Aguas a la Cámara de Diputados y "Minuta Técnica"; Ord. N° 697, de la DGA a este Tribunal; Ord. N° 999, de la DGA a este Tribunal; copia de la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas de HidroAysén, ND-1104-140; Informe Conjunto del Jefe División Jurídica y el Jefe División Económica de la FNE al Fiscal Nacional Económico; Resolución de la FNE de fecha 19 de junio de 2008, que ordena archivar el expediente rol N°1079-07 de esa Fiscalía; Resolución Exenta N° 606, de DGA de la XI Región; Oficio Ord. N° 1566, de la FNE en que solicita información de derechos de agua en la XI Región y Oficio Ord. N° 1253, de 2007, de la DGA, que responde a lo solicitado.
- A fojas 1791, copia de Hecho Esencial enviado a la SVS, que informa sobre el cambio de Gerente General HidroAysén; copia la escritura pública de fecha 28 de abril de 2010, otorgada en la Notaría de Santiago de don Iván Tamargo Barros; copia del acta de la sesión de Directorio donde cambia Gerente General HidroAysén; copia de publicación aparecida en el Diario La Tercera.
- A fojas 2031, copia de la Resolución Exenta N° 3234 de la DGA, que acoge recurso de Reconsideración de la Resolución N° 606; copia de la Resolución Exenta N° 3235 de la DGA, que acoge recurso de Reconsideración de la Resolución N° 607; copia de la Resolución Exenta N° 3236, de la DGA, que acoge recurso de reconsideración de la Resolución N° 608; copia de la Resolución Exenta N° 3237 de la DGA, que acoge recurso de reconsideración de la Resolución N° 609 y Resolución Exenta N° 3238, de la DGA, que acoge recurso de reconsideración de la Resolución N° 610.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.1.3. Por Endesa:

- A fojas 138, solicitud derechos de aprovechamiento de aguas de HidroAysén, ND-1104-140.
- A fojas 754, copia de carta de fecha 6 de Noviembre de 2009 en que se comunica a la SVS la renuncia del Gerente General de Endesa; copia de publicación de carta en el Diario el Mercurio que indica que el Sr. Rafael Mateo no tiene residencia en Chile y copia de la escritura pública de fecha 23 de noviembre de 2009, otorgada en la Notaría de Santiago de don Iván Tamargo Barros en que se designa al señor Galindo como Gerente General de Endesa.
- A fojas 2051, copia del acta adjudicación de derechos de agua a Empresa Eléctrica de Aysén S.A.; copia del acta de adjudicación derechos de agua a Electro Austral Generación Limitada; copia de la escritura compraventa de Endesa a Electro Austral Generación Limitada; copia de la escritura de compraventa de Endesa a Empresa Eléctrica de Aysén S.A.; copia de escritura de rectificación de compraventa; copia de la inscripción en Registro de Aguas del Conservador de Coyhaique, a nombre de Electro Austral Generación Limitada y copia de la inscripción en Registro de Aguas del Conservador de Coyhaique, a nombre de Empresa Eléctrica de Aysén.

5.2. Prueba Testimonial.

5.2.1. Por los demandantes:

- A fojas 882 y 993, don Hernán Francisco Echaurren Vidal.
- A fojas 884 y 1001, don Enrique Vergara Vial.
- A fojas 986 y 1004, don Rodrigo Federico Weisner Lazo.

5.3. Exhibición de documentos.

- A fojas 1414, se lleva a cabo la exhibición de documentos por parte de Endesa, quien dice no tener los documentos solicitados.
- A fojas 1415, se lleva a cabo la exhibición de documentos por parte de HidroAysén, quien dice no tener los documentos solicitados.

5.4. Absolución de posiciones:

- A fojas 1809, comparece a absolver posiciones don Daniel Fernández Koprlich, representante Legal HidroAysén.

5.5. Observaciones a la prueba.

- A fojas 2053, HidroAysén formula observaciones a la prueba rendida por los demandantes.

6. Informes acompañados por terceros:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1. Por la Fiscalía Nacional Económica:

- A fojas 1983, Informe de la Fiscalía Nacional Económica; copia simple del Decreto N° 316 del Ministerio de Obras Públicas, que establece caudal de reserva fiscal para la cuenca del Baker; copia simple del Informe Técnico N° 21 "Caudales de Reserva en la Cuenca del río Baker"; CD con información sobre derechos concedidos y solicitudes en proceso, a julio de 2010 y carta de HidroAysén N° 056-08, presentada ante la FNE en Investigación Rol N° 1079-08.

6.2. Por la Dirección General de Aguas:

- A fojas 2044, Informe de la DGA; CD con respaldo de información que origina el informe;

- A fojas 2012, Rectificación del Informe.

7. A fojas 1946, con fecha 10 de noviembre de 2010, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y, en la audiencia del día 12 de enero de 2011, se llevó a cabo la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes. Las minutas de alegato que, en copia, dejaron los apoderados de las partes tras sus alegatos, rolan a fojas 2088, 2119 y 2160, respectivamente;

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN:

Primero. Que, inicialmente, es preciso referirse a las alegaciones y excepciones de prescripción presentadas por las requeridas;

Segundo. Que, al respecto, Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., en su contestación de fecha 9 de diciembre de 2009, a fojas 88 y tal como consta en el número 2.6 de la parte expositiva de esta sentencia, argumentó que la acción de los demandantes, interpuesta ante este H. Tribunal en contra de la presentación de la Solicitud de HidroAysén, efectuada ante la Dirección General de Aguas ND-1104-140, se encontraría prescrita por estar largamente vencido el plazo de dos años establecido en la ley, pues la referida solicitud se efectuó con fecha 10 de agosto de 2007 y la demanda recién se notificó con fecha 11 de noviembre de 2009;

Tercero. Que, por su parte y respecto del mismo tema, Endesa, en su contestación de fecha 11 de enero de 2010, de fojas 138 y tal como se detalla en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el número 3.8 de la parte expositiva de esta sentencia, solicita de manera subsidiaria y sin perjuicio de otros argumentos, el rechazo de la demanda de autos, toda vez que las conductas imputadas por las demandantes estarían prescritas. En tal sentido, Endesa expresó que las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas presentadas por HidroAysén, y más específicamente la Solicitud ND-1104-140 -que sería la única que los actores identifican en su demanda como contraria a la libre competencia- fue presentada, junto a todas sus otras peticiones, durante los meses de agosto y septiembre de 2007 ante la Dirección General de Aguas de Aysén, y que Endesa recién fue notificada de la demanda de autos el día 20 de noviembre de 2009, con lo cual, habiendo transcurrido el plazo de dos años establecido en el inciso 3º del artículo 20º del DL N°211, la conducta imputada estaría prescrita;

Cuarto. Que, al respecto, las demandantes acompañaron, a fojas 681, copia de la Sentencia N° 86/2009 de este Tribunal, afirmando que dicha sentencia, en la que se resolvió acoger la demanda interpuesta por la sociedad Ganadera Río Baker Limitada y otra en contra de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., acreditaría que esta última *“infringió la Resolución N° 22/2007, al presentar solicitudes de aprovechamiento de aguas violando lo dispuesto en ella”*. Las demandantes afirman, además, que *“con ello, se interrumpe la prescripción de las infracciones anteriores, toda vez que existe un patrón reiterado de conductas atentatorias contra la libre competencia”*. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, lo anterior no explicaría de qué manera se interrumpiría la prescripción de la acción materia de la presente causa, al no establecer la relación o conexión que existiría entre aquéllas y ésta. Además, es evidente que no existe tal conexión, toda vez que se trata de solicitudes de derechos de aguas realizadas en cuencas distintas y, en el caso de autos, en una cuenca respecto de la cual no pesaba la prohibición de solicitar derechos de agua sin previa consulta a este Tribunal, establecida en la Resolución N° 22/2007, antes citada;

Quinto. Que también en lo que respecta a la prescripción, el apoderado de las demandantes señaló en estrados que la prescripción se interrumpiría por la presentación de demanda por algún particular, y no por la notificación de la misma, ya que el artículo 20º del Decreto Ley N° 211 no establecería casos como aquellos a los que se refiere el artículo 2.503 del Código Civil. Asimismo, y tal como consta en la minuta de alegato que rola a fojas 2.088, el apoderado de las demandantes sostuvo que la presentación de la solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas se trataría *“de un acto de ejecución continua, cuyos*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectos no han cesado”, por lo que, a su juicio, debería desestimarse la alegación de prescripción;

Sexto. Que relacionado con lo anterior, resulta de la mayor importancia destacar que, en materia de prescripción, existe jurisprudencia reiterada de este Tribunal, en cuanto a que su plazo debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada, debiendo a continuación establecerse si antes de vencido dicho término se interrumpió o no la prescripción mediante la notificación del requerimiento y/o la demanda correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender como trabada la *litis*. Así ha sido decidido, por ejemplo, en las sentencias números 57/2007, de fecha 12 de julio de 2007; 59/2007 de fecha 9 de octubre de 2007; 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008 y 106/2010 de fecha 2 de diciembre de 2010;

Séptimo. Que, en consecuencia, este Tribunal determinará, en primer lugar, cuál habría sido la fecha en que concluyó o cesó la ejecución material de la conducta en cuestión para, seguidamente, establecer las fechas en que se debe entender válidamente notificada la demanda de autos;

Octavo. Que consta de la revisión de los antecedentes de autos que la conducta que las demandantes sostienen como acto que impide, restringe o entorpece la libre competencia es la presentación de la Solicitud ND-1104-140 ante la DGA de Aysén, la que tuvo lugar el 10 de agosto de 2007;

Noveno. Que, por otra parte, los estampados correspondientes que rolan a fojas 74 y 78 evidencian que la demanda de autos fue notificada a Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A el día 11 de noviembre de 2009, y a Endesa el día 20 de noviembre de 2009;

Décimo. Que ambas fechas son posteriores al 10 de agosto de 2009, último día en el que se habría podido interrumpir el plazo de prescripción de la acción bajo el imperio del texto vigente del Decreto Ley N° 211 en esa fecha, que era de dos años, y que debe aplicarse en la especie por mandato del artículo 25° de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes;

Undécimo. Que debe tenerse presente para estos efectos lo resuelto reiteradamente por este Tribunal, en cuanto a que (i) la prescripción se interrumpe por la notificación de la demanda y no por la interposición de la misma, como argumenta la parte demandante; y, (ii) el plazo de prescripción debe comenzar a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

computarse desde que concluyen o cesan el o los actos materiales que constituyen la conducta reprochada si ésta es de aquellas de ejecución continua, lo que no ocurriría en el caso de autos, por tratarse la solicitud de aprovechamiento de derechos de aguas de una conducta de ejecución instantánea y no de aquellas de tracto sucesivo o ejecución continuada, como pretenden las demandantes. En efecto, la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas es un acto formal realizado ante la autoridad pública con los debidos requisitos de publicidad, y con los mecanismos que habilitan a los potenciales afectados para ejercer, desde ese momento, las acciones administrativas o judiciales que estimen pertinentes para oponerse a tales solicitudes, incluidas las que puedan presentar ante este Tribunal;

Duodécimo. Que, así, si se considerara como plazo para iniciar el cómputo de la prescripción la fecha de las publicaciones de las solicitudes de aprovechamiento de derechos de aguas efectuadas por Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., las conductas imputadas estarían prescritas, pues desde la fecha de dichas publicaciones -16 de agosto de 2007, según consta a fojas 703- hasta la fecha de la notificación de la demanda de autos habrían transcurrido más de dos años;

Decimotercero. Que, en consecuencia, la prescripción antes referida, alegada tanto por Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. como por Endesa, se ha producido en la especie y debe por tanto ser así declarada, por lo que este Tribunal la acogerá en lo resolutivo de esta sentencia;

Decimocuarto. Que en virtud de lo anteriormente considerado y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, este Tribunal no se pronunciará acerca de las restantes acciones y excepciones que se hicieron valer en autos, toda vez que la resolución de esas materias es incompatible con la aceptación de las excepciones de prescripción alegadas;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 19° y 20° del Decreto Ley N° 211; 25° de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, y 261° inciso 2° y 170° N° 6 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

Acoger las excepciones de prescripción opuestas tanto por Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A como por Endesa, declarándose en consecuencia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

prescrita la acción interpuesta en contra de ambas, por lo que se rechaza la demanda presentada por Conservación Patagónica Chile S.A., Corporación de Desarrollo de Aysén, Corporación para el Desarrollo Sustentable del Lago General Carrera, Escuela de Guías de la Patagonia, Valle Chac LLC, Agrupación de Defensores del Espíritu de la Patagonia, Franz Xaver Schindele y Margarita Baigorria Cruces, condenándolos expresamente a pagar las costas de estas causa, por no haber tenido motivo plausible para litigar.

Se previene que el Ministro Sr. Peña estuvo por no condenar en costas a la parte demandante.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 193-09

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Julio Peña Torres, Sr. Javier Velozo Alcaide y Sr. Joaquín Morales Godoy. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.