

Santiago, veinte de julio del año dos mil once.

Vistos:

En estos autos rol N° 2358-2011 los denunciantes Conservación Patagónica Chile S.A., Corporación de Desarrollo de Aysén, Corporación para el Desarrollo Sustentable del Lago General Carrera, Escuela de Guías para la Patagonia, Valle Chac LLC, Agrupación de Defensores del Espíritu de la Patagonia, Franz Xaver Schindele y Margarita Baigorria Cruces, dedujeron reclamación en contra de la sentencia N° 109/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que acogió las excepciones de prescripción opuestas por las denunciadas ENDESA S.A. y Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. y rechazó la demanda con costas, por estimar que no ha habido motivo plausible para litigar.

El procedimiento se inició con la demanda que presentaron los actores el 10 de agosto de 2009, indicando que ellos 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 Báker y Pascua en la XI Región. Refieren que Endesa, a través de su filial o coligada Hidroaysén, pretende desarrollar el Proyecto Centrales Hidroeléctricas de Aysén para aprovechar y utilizar recursos hídricos por medio de la construcción de represas, y para ello solicitó a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles una concesión eléctrica provisional. En el año 1990 obtuvo derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos sobre una cantidad significativa de los recursos hídricos disponibles a esa fecha, lo que a juicio de los actores la lleva a tener una posición dominante en el mercado del agua de las cuencas de los ríos Báker y Pascua.

Sostienen que el 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 Báker, la que se encuentra en tramitación en el expediente administrativo ND1104-140.

Estos derechos adicionales han sido solicitados aguas abajo del derecho constituido en el año 1990, pero sin que existan afluentes de importancia que hagan variar notablemente la disponibilidad de agua. Es por ello que al otorgarse los derechos, la cuenca del río Báker quedaría completamente agotada para el otorgamiento de cualquier derecho de aguas consuntivo permanente aguas arriba pedido con posterioridad. Por ello afirman que al solicitarse los derechos de aprovechamiento de aguas adicionales a aquellos que ya se tienen sobre las cuencas de los ríos Báker y Pascua, se 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 crear un verdadero monopolio sobre ambas cuencas hidrográficas, lo que impide el desarrollo de otras actividades económicas distintas de la generación de electricidad, como el turismo, la agricultura, la ganadería y la conservación ambiental desarrolladas por los demandantes, por lo que solicitaron al tribunal conocer de los hechos denunciados, iniciar la investigación de los mismos y sancionar a los responsables con el máximo de sanciones que establece la ley, con costas.

A fojas 88 contesta la demanda Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. solicitando su rechazo. Entrega diversos argumentos para rebatir lo afirmado por los denunciados, señalando en síntesis que en la demanda se le acusa de haber realizado hechos, actos o convenciones sin precisar cuáles son las convenciones celebradas entre ella y ENDESA ni las actuaciones conjuntas que afectarían la libre competencia. Como consecuencia de lo anterior, refiere que el único hecho concreto señalado por los actores es la presentación de la solicitud ND-1104-140 y que por esta razón el Tribunal sólo tiene competencia para conocer de este hecho. Indica además que la acción de los demandantes en contra de la aludida presentación ND-1104-140 estaría prescrita, habiéndose excedido el plazo de dos años establecido en la ley, ya que la solicitud se efectuó el 10 de agosto de 2007 y la demanda se notificó el 11 de noviembre de 2009. Finalizan argumentando que la actuación reprochada por los demandantes carece de fundamento, toda vez que su actuar no constituye un abuso de posición dominante ni es contraria a la libre competencia.

A fojas 138 contestó la demanda la Empresa Nacional de Electricidad S.A., ENDESA, solicitando el rechazo de la misma con costas. Invoca en síntesis la falta de legitimidad pasiva de su parte por cuanto quien presentó la solicitud de derechos de agua fue Hidroaysén, y que esta solicitud se encuentra ajustada a la ley y que su otorgamiento dependerá de lo que dictamine la Dirección General de Aguas. Subsidiariamente alegó la prescripción de las conductas porque la solicitud cuestionada fue presentada en los meses de agosto y septiembre de 2007 y su parte fue notificada de esta denuncia el 20 de noviembre de 2009, habiendo transcurrido el plazo de dos años establecido en el inciso 3° del artículo 20 del Decreto Ley N° 211.

A fojas 2164 se dictó sentencia, la que acogió las excepciones de prescripción opuestas por las denunciadas. Para ello consideró la jurisprudencia reiterada de dicho tribunal en cuanto a que el plazo debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada. La sentencia estableció que en este caso 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 Dirección General de Aguas de Aysén, lo que ocurrió el 10 de agosto de 2007, que la demanda fue notificada a Centrales Hidroeléctrica de Aysén S.A. el 11 de noviembre de 2009 y a ENDESA el 20 de noviembre de ese mismo año, por lo que de acuerdo al texto vigente del Decreto Ley N° 211 en esa fecha, el plazo de prescripción es de dos años y es el que corresponde aplicar de acuerdo al artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Argumenta que la prescripción se interrumpe por la notificación de la demanda y no por la interposición de la misma, que la conducta reprochada no es de ejecución continua porque se trata de 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 aquellas que puedan presentarse ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Por ello en atención a la fecha de publicación de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas efectuada por

Centrales Hidroeléctrica de Aysén, esto es, 16 de agosto de 2007, y la fecha de notificación de las demandas el 11 y 20 de noviembre de 2009, las conductas imputadas estarían prescritas, declarándolo así.

Contra dicha sentencia se dedujo reclamación por los actores.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que contra la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las denunciantes dedujeron reclamación, la que sustentan en tres argumentos: primero, la existencia de error por parte del fallo sobre la naturaleza jurídica de los ilícitos denunciados contra la libre competencia y de la normativa aplicable; segundo, la vulneración de las normas que regulan la interrupción y cómputo del plazo de la prescripción contenidas en el Decreto Ley N° 211, y finalmente la existencia de un error respecto a la naturaleza jurídica de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas.

Segundo: Que el primer reproche formulado por la reclamación está relacionado con la naturaleza jurídica de los ilícitos que atañen a la libre competencia, los que estima participan de una calidad infraccional administrativa, lo que impide la aplicación de las normas de prescripción del Código Civil, especialmente las relativas al cómputo de ésta, debiendo regirse por las del Decreto Ley N° 211, por cuanto se trata de normas de orden público económico que comprometen bienes fiscales o nacionales de uso público como las aguas, y no se trata de una simple controversia entre particulares.

Tercero: Que de la lectura de la sentencia atacada puede advertirse que en su fundamento sexto consideró como hecho apto para interrumpir la prescripción la notificación del requerimiento y/o la demanda correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender trabada la litis. Tal razonamiento no atenta contra la naturaleza de los ilícitos relativos a la libre competencia, por cuanto su conocimiento ha sido entregado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien conoce de ellos, ya sea a solicitud de parte a través de una demanda o por requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, según lo dispone

el artículo 20 del Decreto Ley N° 211, y una vez que el Tribunal admite a tramitación la presentación respectiva da traslado a quien ella afecte generándose después de la notificación el inicio de la respectiva controversia, por lo que considerar esa oportunidad como hito para el cómputo de la prescripción no altera la naturaleza de estos ilícitos, sino por el contrario permite una adecuada armonía con las características propias del procedimiento instaurado para su determinación, en el cual subyace el principio de la contradictoriedad propio de los procedimientos administrativos.

Cuarto: Que el segundo argumento que se da en la reclamación para impugnar la sentencia reclamada está relacionado con las normas que regulan la interrupción y cómputo del plazo de prescripción contenidas en el Decreto Ley N° 211 de 1974. Señala que el artículo 20 en su inciso 3° dispone, en su actual redacción, que “Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal”. Hacen presente los reclamantes que el plazo era antes de dos años y que se modificó a tres por la Ley N° 19.911, y que respecto de la interrupción de la prescripción, según puede observarse del inciso 3° citado, en ninguna parte se señala que ésta se interrumpe por la notificación de la demanda, como erróneamente afirma la sentencia, puesto que no se hace referencia alguna a los casos del artículo 2503 ni al artículo 2518 del Código Civil, sin perjuicio de tratarse de un acto de ejecución continua, cuyos efectos no han cesado.

Quinto: Que el fundamento de la institución de la interrupción de la prescripción radica en la necesidad de demostrar fehacientemente la vigencia del interés jurídico que se pretende hacer valer ante un tercero. En efecto, la parte acude a un tribunal para solicitar de éste un pronunciamiento sobre una conducta reprochable de otro y para ello la legislación instaura el procedimiento a seguir para que una vez oídas las partes pueda adoptarse una decisión. En el caso de autos, los demandantes reprochan a las denunciadas una determinada conducta que en su concepto atenta contra la libre competencia; luego el modo de

interrumpir la prescripción es mediante la correspondiente notificación de la demanda o del requerimiento en su caso, pues sólo así se traba la litis y se habilita al tribunal para continuar con el procedimiento, de lo contrario la manifestación de mantener vigente el interés jurídico del asunto resulta insuficiente.

Sexto: Que la tercera crítica que se formula a la sentencia consiste en haber errado al determinar la naturaleza jurídica de la solicitud de aprovechamiento de derechos de aguas. El fallo consideró que dicha petición era una conducta de ejecución instantánea y no de aquellas de tracto sucesivo o ejecución continuada. Sin embargo, esta afirmación, según la reclamante, no se atiene a las normas sobre la materia contenidas en el Código de Aguas y en la Ley N° 19.880.

En efecto, aduce que la petición de aprovechamiento de aguas es desde el punto de vista legal y administrativo una solicitud que da inicio a un procedimiento que finaliza con un acto administrativo denominado resolución, que otorga, si procede, el derecho solicitado. Indica que el artículo 23 del código mencionado dice que la constitución del derecho se sujetará al procedimiento estatuido en el párrafo 2 del título 1° del libro II del Código de Aguas, a su vez el artículo 140 refiere los requisitos de la solicitud y el artículo 147 bis dispone que el derecho se constituye mediante resolución de la Dirección General de Aguas o por Decreto Supremo del Presidente de la República. Agrega que la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, define en su artículo 3° lo que es el acto administrativo, luego en el artículo 18 inciso 1° se refiere a sus etapas de iniciación, instrucción y finalización, detallados en los preceptos 28, 30, 40 y 41. De todas estas normas menciona que se puede concluir que la solicitud de aprovechamiento de aguas no es un acto de ejecución instantánea, sino un acto que da inicio a un procedimiento administrativo, que es una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y en su caso de particulares interesados que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal que concluye con una resolución de la Dirección General de Aguas que constituye el derecho solicitado si es legalmente procedente.

Refiere además que la sentencia omite documentos que se acompañaron al expediente, de fecha posterior a la solicitud de aprovechamiento de aguas, que acreditan que sí existió un atentado a la libre competencia y que incluso, siguiendo los propios criterios de la sentencia reclamada, demuestran que la demanda no se encontraba prescrita. Así a fojas 622 consta que Centrales Hidroeléctricas de Aysén y Endesa celebraron un acto, hecho o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia, lo que se probó mediante copia de la carta de 19 de agosto de 2008 de Rafael Mateo Alcalá, Gerente de Endesa dirigida a Hernán Salazar, Gerente de Centrales Hidroeléctrica Aysén, en que le expresa que en su calidad de titular de los derechos de agua de dicha compañía, otorgados en el año 1990, en las solicitudes hechas a la Dirección General de Aguas de la XI Región que individualiza de derechos de aprovechamiento de aguas para ser ejercidos con los de su propiedad, su representada “decidió no ejercer el derecho de presentar oposiciones a las solicitudes de su representada cuando tuvo la oportunidad de hacerlo de conformidad al procedimiento previsto en el artículo 132 del Código de Aguas, como sí lo ha hecho respecto de otras solicitudes de terceros. Extiendo esta carta para que sea presentada en los expedientes administrativos antes mencionados, a objeto de acreditar la total ausencia de perjuicios que se pudieran irrogar a mi patrimonio, con el otorgamiento de los derechos solicitados por su representada”.

Indican los recurrentes que esta carta se presentó en la reconsideración de 28 de noviembre de 2008, interpuesta por Centrales Hidroeléctricas de Aysén en contra de la Resolución N° 606 de 29 de octubre de 2008 de la Dirección General de Aguas, que rechazó la solicitud de aguas requerida. Estos documentos, a juicio de los demandantes, acreditan que incluso con fecha posterior a la solicitud de aprovechamiento de aguas y después de la notificación de la demanda, siguiendo los criterios de la sentencia reclamada, los demandados con fecha 19 de agosto y 28 de noviembre de 2008 continuaron ejecutando actos contrarios a la Libre competencia, tratándose así de un acto permanente y reiterado en el tiempo.

Séptimo: Que de la lectura de la demanda como de la pregunta formulada en estrados al abogado que representa a los demandantes aparece que el acto que

se cuestiona a las denunciadas consiste en haber presentado Hidroaysén el 10 de agosto de 2007 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 Báter. Tal planteamiento permite demostrar que es esa la conducta cuestionada, y como tal constituye un acto de ejecución instantánea. En efecto, no puede pretenderse que por el hecho que dicha solicitud dé origen a un procedimiento administrativo dicho acto se mantenga en el tiempo, por cuanto una vez formulada la petición comienza a intervenir la Administración y los eventuales terceros que se sientan afectados, lo que llevaría a sostener que éstos se hacen co-partícipes del acto atentatorio, más aún cuando la ley prevé que es la Dirección General de Aguas o el Presidente de la República, en su caso, quienes constituyen el derecho, ergo el planteamiento de que se trata de un acto permanente no puede aceptarse. Además atendida la fecha en que se efectuó la solicitud ante la Dirección de Aguas de Aysén, dos años antes a la época en que se presentó la demanda de autos, dicho procedimiento seguramente había avanzado más allá de la mera solicitud y sin embargo el libelo no se refiere a las actuaciones posteriores.

Octavo: Que tampoco puede compartirse el argumento de los demandantes en torno a la misiva que habría remitido el gerente de ENDESA a su par de Hidroaysén, por cuanto la controversia quedó circunscrita a la determinación de si el hecho de haber presentado ante la Dirección de Aguas una solicitud de derecho de aprovechamiento del vital elemento constituye un acto atentatorio a la libre competencia.

Noveno: Que de acuerdo a lo razonado, no resultan efectivos los reproches que se han formulado a la sentencia reclamada y en consecuencia el plazo de prescripción de la acción entablada ha sido correctamente contabilizado y permite concluir que la acción ejercida se encuentra prescrita.

Décimo: Que finalmente los reclamantes han efectuado diversas consideraciones para impugnar la condena en costas que se les ha impuesto. Sobre el particular, esta Corte, teniendo en consideración el mérito de los antecedentes, en especial

el debate sobre la prescripción de la acción, estima que ha existido motivo plausible para litigar, por lo que se dispondrá la absolución en esta materia.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 27 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del año 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, se **acoge** la reclamación interpuesta a fojas 2180 contra la sentencia N° 109/2011 de veintisiete de enero del año en curso, escrita a fojas 2164, **sólo en cuanto condenó en costas** a los demandantes y en su lugar se les absuelve de su pago y **se rechaza en lo demás** la referida reclamación.

Acordada la decisión de rechazo con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por acoger la reclamación de que se trata en base a los siguientes fundamentos:

1°) Toda vez que la parte final del artículo 20 del Decreto Ley N° 211 de 1974 dispone que “Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal”, atendiendo a su literalidad, es claro que este precepto no previno que se notifiquen las acciones de libre competencia para que sea interrumpido el plazo de prescripción de las mismas, por lo que en concepto del disidente la consideración de esta actuación importa agregar un requisito de procedencia no establecido en la ley. Ello es así porque el precepto, además de omitir tal mención, se refiere a acciones “formuladas ante el tribunal”.

2°) De acuerdo a lo razonado -teniendo también presente que nada indica que el presupuesto de la notificación de las acciones sea pertinente en esta materia de libre competencia, porque no se advierten criterios rectores comunes para el derecho civil y la libre competencia que hagan aplicables los preceptos sobre prescripción de las acciones del Código Civil en esta materia especial- el disidente es de opinión de estimar interrumpida la prescripción con la presentación de la demanda, y, en consecuencia, estuvo por acoger la reclamación, rechazar las

excepciones de prescripción opuestas por las denunciadas, y disponer que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emita pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido.

Regístrese, y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry y del voto en contra su autor.

Rol N° 2358-2011

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sr. Haroldo Brito y los Abogados Integrantes Sr. Nelson Pozo y Sr. Patricio Figueroa. Santiago, 20 de julio de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veinte de julio de dos mil once, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.