

CONTESTA DEMANDA

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

José Tomás Errázuriz Grez y Francisco Agüero Vargas, abogados, en representación de **Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.** (en adelante "**Hidroaysén**"), en los autos caratulados "DEMANDA DE GANADERAS RÍO BAKER LTDA. Y RÍO NEFF LTDA. CONTRA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS DE AYSÉN S.A.", Rol C N° 180-2008, al Honorable Tribunal respetuosamente decimos:

Por este acto, venimos en contestar la demanda formulada por Ganadera Río Baker Limitada y Ganadera Río Neff Limitada en contra de Hidroaysén, solicitando desde ya su total rechazo, con costas, por los fundamentos de hecho, de derecho y económicos, que a continuación pasamos a exponer:

1. ANTECEDENTES DE HECHO:

1. HIDROAYSÉN Y SU POSICIÓN EN EL MERCADO ELÉCTRICO

1.1.- Como este H. Tribunal ha podido conocer y ser informado en la consulta rol NC N° 134-06, el Proyecto Hidroeléctrico Aysén tiene por objetivo la construcción y operación del Complejo Hidroeléctrico Aysén, el que tendrá una capacidad instalada de 2.750 MW. Dicha generación de energía se realizará mediante el aprovechamiento racional y sustentable de parte del potencial de los ríos Baker y Pascua, y se utilizará para el abastecimiento del Sistema Interconectado Central ("**SIC**") a través de las empresas Endesa y Colbún S.A., que comercializarán dicha energía.

De este modo, mientras no se ponga en funcionamiento y a disposición del despacho del Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC) del SIC la primera de las centrales de Hidroaysén, nuestra representada no tendrá ninguna participación en el mercado eléctrico del SIC.

1.2.- No obstante lo anterior, si bien el Proyecto Aysén está orientado esencialmente a generar energía eléctrica para el SIC, HidroAysén ha asumido

un compromiso con la Comunidad de Aysén, zona en la cual se construirán las centrales.

En efecto, desde los primeros encuentros de nuestra representada con los habitantes de la Región de Aysén se identificó una permanente preocupación por los altos precios de la energía eléctrica en Aysén, pese a la abundancia de recursos hídricos (como se reconociera en la Resolución N° 22/2007).

1.3.- Ante esta situación, y tras el estudio de diversas alternativas, nuestra representada estimó que la forma más eficiente para alcanzar el objetivo que los actuales precios de la energía en el Sistema Mediano de Aysén disminuyeran, era instalando dos minicentrales hidroeléctricas de pasada, que reemplacen energía que hoy –y a futuro- es generada con petróleo diesel.

Estas minicentrales hidroeléctricas, por cierto, cumplen un objetivo adicional: son centrales con energías renovables no convencionales que reducirán las emisiones de carbono del Sistema Mediano de Aysén.

1.4.- Para lo anterior, Hidroaysén dio inicio a un procedimiento no contencioso ante este H. Tribunal, rol NC N° 280-08 (en adelante, "la Consulta"), solicitando al H. Tribunal autorizar a Hidroaysén para solicitar y/o adquirir los derechos de aprovechamiento de aguas necesarios para esos proyectos de minicentrales, y así, poder crear las condiciones para aumentar la oferta de generación en el sistema eléctrico de Aysén, con el único fin de disminuir el costo de la energía de los clientes regulados en el Sistema de Aysén. La Consulta en comento es consecuencia de la Condición N° 2 de la Resolución N° 22/2007, Resolución a la que nuestra representada ha sometido todo su actuar.

2. EL SISTEMA ELÉCTRICO MEDIANO DE AYSÉN

2.1.- El proyecto de Hidroaysén de instalar dos minicentrales en el Sistema Mediano de Aysén, con el fin de disminuir el precio de la energía para los usuarios regulados de ese sistema, se funda en que dicho sistema eléctrico representa más del 88% del consumo de energía de la Región de Aysén, concentrando a más del 75% de los clientes eléctricos de dicha zona. Ese sistema eléctrico abastece actualmente a las principales comunas de la Región: Aysén, Coyhaique y Río Ibáñez, donde se encuentra el 85% de la población regional. Dicho sistema eléctrico está integrado verticalmente, siendo operado

por la empresa eléctrica Edelaysén, único operador en dicho sistema eléctrico, en los cuatro segmentos: generación, transmisión, comercialización y distribución eléctrica.

2.2.- Con la dictación de la Ley N° 19.940, la Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE", D.F.L. N° 4/2007, de Economía), se contempló expresamente un mecanismo de fijación de tarifas de generación y transporte propio de los denominados "*sistemas medianos*",¹ como es el Sistema Mediano de Aysén. En lo que se refiere a las tarifas de distribución, estos sistemas eléctricos se rigen por las reglas generales de la LGSE.

La modificación legal a la LGSE tuvo en cuenta que estos sistemas eléctricos eran habitualmente monopolios integrados verticalmente, e incluso, como señaló el Ejecutivo, "*con oferta concentrada*".² De este modo, en el Mensaje del proyecto de ley que culminó con la Ley 19.940, se afirmó por el Sr. Presidente de la República que en "*los casos de Aysén y Magallanes, es evidente la ausencia de todo nivel de competencia, pues son sistemas en que sólo existe un operador, integrado verticalmente en generación, transporte y distribución*".³

2.3.- Pues bien, sin perjuicio de lo indicado, el artículo 173° LGSE contempla explícitamente que puede haber más de una empresa de generación eléctrica en los sistemas medianos ("*Cuando en dichos sistemas exista más de una empresa generadora*"), como se pretende con el ingreso de la energía que se generaría por minicentrales de Hidroaysén al Sistema Mediano de Aysén.

2.4.- A diciembre de 2007, el Sistema Mediano de Aysén tenía las siguientes características:

- | | |
|-------------------------------------|---------|
| • Capacidad Instalada de Edelaysén: | 37,7 MW |
| • Hidráulica: | 17,6 MW |
| • Térmica / Diesel: | 18,1 MW |
| • Eólica: | 1,98 MW |

¹ Un *sistema mediano*, de acuerdo a artículo 173° de la Ley General de Servicios Eléctricos, es aquel "cuya capacidad instalada de generación sea inferior a 200 megawatts y superior a 1-500 kilowatts"

² Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un proyecto de ley que regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos, Boletín N° 2922-08, Santiago, mayo de 2002

³ Mensaje..., loc.cit.

2.5.- Así, y pese a la abundancia de recursos hídricos para la generación eléctrica, sorprende que un 48% de dicha generación sea aportada con energía termoeléctrica (principalmente, diesel), que se caracteriza por sus altas emisiones de carbono a la atmósfera.

A esta situación, debemos agregar que los altos precios de la energía se fundan en una fuerte dependencia de la energía termoeléctrica –generada con diesel- lo que, a su vez, genera una fuerte dependencia de los precios internacionales de combustibles que el país debe importar.

De acuerdo al último estudio tarifario del Sistema Mediano de Aysén (tarifas 2006-2010),⁴ presentado por Edelaysén S.A. y corregido por la Comisión Nacional de Energía (en adelante, “CNE”), sólo dos centrales deben instalarse en dicho sistema hasta el año 2010, las cuales son unidades térmicas diesel de baja eficiencia (Art. 179°, LGSE). Lo anterior se origina, entre otros, en el bajo número de clientes de los sistemas medianos, que impide aprovechar grandes economías de escala.

3. INGRESO DE HIDROAYSÉN AL SISTEMA MEDIANO DE AYSÉN

3.1.- El ingreso que se propone de Hidroaysén al Sistema Mediano de Aysén, para desarrollar el llamado “Proyecto de Energía de Bajo Costo” para dicha Región, junto con tener evidentes beneficios ambientales, no sólo incorporará un nuevo actor a ese sistema eléctrico, aumentando la oferta de energía disponible -reemplazando energía térmica por hidráulica-, sino que aumentará la rivalidad y competencia en un mercado actualmente integrado verticalmente.

A lo anterior, debe sumarse que con el desarrollo del Proyecto de Energía de Bajo Costo los usuarios del Sistema Mediano de Aysén obtendrán más y mejores servicios eléctricos, beneficiándose de un traspaso real de menores precios.

Para cumplir dicho objetivo, nuestra representada pretende utilizar un pequeño porcentaje de derechos de aguas de la cuenca del Río Aysén (5,7%), renunciando o enajenando aquellos derechos que en definitiva no se usen para

⁴ El Decreto Supremo N° 338/2006, de Economía, fijó tarifas para el sistema mediano de Aysén (entre otros), y estará vigente hasta noviembre de 2010.

generar energía para el Sistema Mediano de Aysén. Este proyecto, al contrario de lo sostenido por las demandantes en su libelo, requerirá de sólo un 0,7% del total potencial hidroeléctrico de la Región.

3.2.- El uso de los derechos de aprovechamiento de aguas tendrá por destino implementar la solución técnica y económica que nuestra representada estima más apropiada para hacer reducir efectivamente el precio de la energía eléctrica de los usuarios del Sistema Mediano de Aysén, y que consiste en la construcción y operación de dos centrales de “pasada” (de 12 MW cada una), que utilicen como insumo los derechos de agua que le autorice adquirir este H. Tribunal. Estas centrales no tendrán capacidad de regulación y serán construidas en las cercanías a los centros de consumo del Sistema de Aysén. Este proyecto, además, será ejecutado por una filial de Hidroaysén, con criterio de rentabilidad mínima y sujeta a las reglas de las sociedades anónimas abiertas, como ha sido formalmente propuesto en el marco de la Consulta rol NC N° 280-08 que se tramita simultáneamente con estos autos ante este H. Tribunal.

3.3.- De este modo, nuestra representada buscará hacer equivalentes los precios de venta de energía del Sistema Mediano de Aysén a los procesos de licitación ocurridos en el SIC,⁵ traspasando efectivamente la rebaja de precios a los usuarios regulados, como consecuencia de la rebaja significativa de los costos de operación del sistema.⁶

Lo anterior, es sin perjuicio que, tal como lo informó la Comisión Nacional de Energía al H. Tribunal, en la Consulta rol NC N° 280-08, a fojas 308, con la normativa vigente (i.e., aún sin licitación), *“En el escenario de ingreso en el año 2013 de dos centrales hidroeléctricas de pasada, de 12 MW cada una, al sistema de Aysén, conllevaría una disminución en el costo total de largo plazo y, por lo tanto, en la tarifa regulada, en la medida en que las centrales señaladas replacen a otras con costos medios asociados considerablemente más altos, como por ejemplo unidades generadoras diesel, cuestión que debería ocurrir en este caso.”*

⁵ Como referencia, el precio de las licitaciones del SIC 2006/2007 fue entre 50 y 60 [USD/MWh]. El precio de nudo de la energía del Sistema Mediano de Aysén 2006/2007 fue de 108 [USD/MWh]. Fuente: DS 338/2006 y www.cne.cl

⁶ El año 2013 se estima disminuir desde aprox. a MMUS\$ 10 hasta aprox. MMUSD \$ 1 (Estimación propia, basada en Estudio Tarifario Edelayés)

4. HECHOS DENUNCIADOS POR LAS DEMANDANTES

En esta sección de la contestación, pasamos a reseñar brevemente la demanda de autos, la que, como bien sabe este H. Tribunal, **fue interpuesta en los autos de la Consulta** caratulada “*Consulta de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. relativa a la adquisición o solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca del Río Aysén*”, rol N° NC 280-08.

Para analizar la demanda, e intentar entender de mejor forma las acusaciones, hemos separado en dos las denuncias de las demandantes:

1. PRIMERA ACUSACIÓN: “DESOBEDIENCIA” DE RESOLUCIÓN N° 22/2007

4.1.1.- Como primera imputación, las demandantes exponen que Hidroaysén habría atentado a la competencia al desobedecer una resolución de este H. Tribunal, expedida para prevenir un atentado a la competencia, contenida en la Resolución N° 22/2007, de este H. Tribunal (en adelante, “la Resolución N° 22/2007”).

Lo anterior, según las demandantes, habría ocurrido al solicitar Hidroaysén a la Dirección General de Aguas (en adelante, “DGA”) derechos de aprovechamiento de aguas en ciertas cuencas, a pesar de que nuestra representada habría sido instruida en consultar previamente a este H. Tribunal la adquisición o solicitud de nuevos derechos en las cuencas señaladas en el N° 2.1 del resuelvo 2° de la Resolución N° 22/2007.

4.1.2.- Siendo las demandantes intervinientes en la Consulta ante este H. Tribunal, que concluyó con la citada Resolución N° 22/2007, estiman que pueden demandar el incumplimiento de una condición (“*instrucción*”, como lo califican las demandantes) contenida en dicha Resolución.

4.1.3.- Según la demanda, estas solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas motivan que nuestra representada haya sido autora de un hecho o acto atentatorio de la libre competencia, “*en tanto viola una instrucción del Honorable Tribunal expedida para ‘prevenir’ un atentado a la libre competencia, en los*

términos que le faculta y encomienda el artículo 7° del D.L. 211”.⁷

2. SEGUNDA ACUSACIÓN: PRETENDER DERECHOS DE AGUA PARA GENERAR ELECTRICIDAD PARA EL SISTEMA ELÉCTRICO DE AYSÉN (COMPETENCIA DESLEAL)

4.2.1. Como segunda denuncia, afirman las actoras que Hidroaysén atentaría contra la libre competencia al **pretender** derechos de aguas para generación eléctrica en el Sistema Mediano de Aysén.

Para sostener esta parte de la demanda, las actoras afirman que Hidroaysén pretendería incorporar una capacidad de generación que el Sistema Mediano de Aysén “*no requiere*”, haciendo económicamente inviable cualquier emprendimiento que quiera disputarle ese mercado.

Añaden las demandantes que la “sobreinversión” en el sistema mediano de Aysén se explicaría porque las dos centrales hidroeléctricas de 12 MW cada una “*son necesarias para la construcción de las centrales del Proyecto Aysén, cuyo objeto es abastecer al Sistema Interconectado Central –SIC–*”, agregando que dichos proyectos “*estarán subsidiados por el megaproyecto*” y la supuesta existencia del “subsidio” “*será motivo para impedir cualquier competencia que quisiera desplegarse por medios legítimos en el Sistema Eléctrico de Aysén*”.⁸

Todo lo cual, a su entender, “**redundará en tarifas que por hacerse cargo de una evidente sobreinversión, serán sobreóptimas** y, dado que los costos de ambas centrales corresponden a costos del megaproyecto Aysén, darán lugar a sobre renta de HidroAysén y a un desempeño de ésta en el mercado eléctrico del Sistema de Aysén, **constitutivo de una figura de competencia desleal**”.⁹

5. CONSIDERACIONES ECONÓMICAS RESPECTO DE LA DEMANDA

Desde el punto de vista técnico-económico, la demanda se plantea en base a dos supuestos ficticios:

⁷ Demanda, p. 3

⁸ Demanda, p. 4 y 5

⁹ Demanda, p. 5. El subrayado es nuestro.

1. En primer lugar, la supuesta dependencia o interrelación de dos negocios distintos que operan en mercados y sistemas eléctricos absolutamente independientes, como lo son, por una parte, el Proyecto de Energía de Bajo Costo para Aysén –en el Sistema Mediano de Aysén- y, por la otra parte, el Proyecto HidroAysén –que inyectará al SIC-; y
2. En segundo lugar, el supuesto aumento en las tarifas que generaría la supuesta sobreinstalación del parque generador en el Sistema Aysén.

Luego, es preciso mencionar que el estudio de GTD al que se refiere la demanda **es provisional, no siendo el definitivo**, pues éste fue observado y corregido por la CNE para ser emitido como versión final en agosto de 2006.

Las demandantes **han omitido esta información al H. Tribunal**, lo que evidencia un actuar procesalmente reprochable.

Ahora bien, siendo posible actualizar la información contenida en dicho estudio, con datos de la CNE, y principalmente en lo que se refiere a capacidad instalada del Sistema Aysén y demanda máxima registrada el 2008 (de acuerdo a la CNE, la demanda máxima del año 2008 fue de 20,4 MW), la realidad es la siguiente:

Tecnología	Capacidad Instalada
Térmica	20,57 MW (51,2%)
Hidráulica	17,60 MW (43,8%)
Eólica	1,98 MW (4,9%)
Total	40,15 MW

(Fuente: CNE)

En relación al “cálculo tarifario” que efectúa la demandante, las tarifas se establecen considerando sistemas eficientemente dimensionados, de tal forma **que el cálculo sólo incluye las instalaciones más eficientes y necesarias**, que en este caso serían las centrales hidráulicas en desmedro de las térmicas.

El parque existente sólo es un dato para el Cálculo del Costo Incremental de Desarrollo, que como su nombre indica, remunera los incrementos necesarios para expandir el sistema. En un escenario de sobreinstalación su costo debiera ser cero (no se requiere instalar nada). Por otro lado, el cálculo del Costo Total

de Largo Plazo sí remunera las instalaciones existentes, pero en línea con el párrafo precedente, es decir no el parque real, sino un parque real optimizado.

En definitiva, **bajo el actual esquema tarifario, la futura presencia de Hidroaysén en el Sistema Mediano de Aysén de ningún modo puede generar sobrecostos transferibles a los clientes.**

Si llegara a existir la supuesta sobreinstalación, la tarifa no remunerará el exceso (centrales térmicas, entendiendo que las hidráulicas son más eficientes) entregando la señal (o desincentivo) para que sus propietarios las retiren e instalen en sistemas donde sí se paguen (SIC, SING, etc.).

A este respecto, además, es conveniente hacer una somera comparación sobre la “sobre-instalación” que existiría en los principales sistemas eléctricos del país, en comparación con el Sistema Mediano de Aysén.

Relación capacidad instalada y demanda de potencia máxima

Sistema	Año	Capacidad Instalada (MW)	Demanda Máxima (MW)	Razón: Capacidad / Demanda (“sobreinstalación”)
Aysén	2007	37,7 MW	20,9 MW	1,8 veces
SIC	2007	9.450,3 MW	6.313,4 MW	1,5 veces
SING	2007	3.601,9 MW	1.790,4 MW	2,0 veces

Fuente: Memoria CDEC-SIC 2007, p. 13 www.cdec-sic.cl y Estudio Tarifas Edelayés

Ahora bien, si comparamos esos datos con lo que ocurriría el año 2013 en el Sistema Mediano de Aysén, para el caso de ingreso de las centrales minihidráulicas proyectadas, tenemos los siguientes resultados.

Aysén	2013	47,28 MW	30,9 MW	1,52 veces
--------------	-------------	-----------------	----------------	-------------------

Fuente: Memoria CDEC-SIC 2007, p. 13 www.cdec-sic.cl y Estudio Tarifas Edelayés

Como se puede colegir, las afirmaciones de las demandantes carecen de sustento económico, han omitido información a este H. Tribunal y, como se

expondrá, pretenden un ejercicio de funciones públicas privativas de la Administración del Estado.

.....

**EXCEPCIONES Y DEFENSAS RESPECTO DE LA PRIMERA ACUSACIÓN:
“DESOBEDIENCIA” DE LA RESOLUCIÓN N° 22/2007**

**1. FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA DEMANDAR EL
INCUMPLIMIENTO DE UNA CONDICIÓN IMPUESTA POR EL H.
TRIBUNAL**

1.1.- Sin perjuicio que, como se acreditará más adelante, HidroAysén no ha incurrido en ningún incumplimiento de lo ordenado por este H. Tribunal en la Resolución N° 22/2007, corresponde en primer lugar, por orden procesal, alegar la falta de legitimación activa de los actores, según se fundamenta a continuación.

1.2.- El apoderado de las actoras señala en la demanda que “*siendo mis representadas partes intervinientes en el proceso NC 134-06, en el que fue dictada la Resolución N° 22 (...) presento esta demanda*”,¹⁰ como si haber aportado antecedentes en una consulta no contenciosa habilitara legalmente para demandar el supuesto incumplimiento de una condición impuesta por este H. Tribunal.

Por cierto, el hecho de intervenir como interesados en una consulta ante este H. Tribunal no autoriza ni permite que dicho interviniente sea demandante y persiga responsabilidades que sólo puede solicitar la Fiscalía Nacional Económica. En efecto, intervenir en un procedimiento no contencioso, de aquellos del artículo 26° del DL 211, como es el caso de la presentación de una consulta, sólo faculta a “*aportar antecedentes*” a dicho procedimiento.

El hecho de ser interviniente en una Consulta ya aprobada no permite demandar el incumplimiento de una condición de la misma, toda vez que el DL 211 dispone que es competencia privativa de la FNE perseguir, si así corresponde, alguna hipotética responsabilidad.

Desde luego, el DL 211, así como la jurisprudencia de este H. Tribunal,

¹⁰ *Demanda*, p. 3

son rigurosos a la hora de encomendar el cumplimiento de las resoluciones y sus condiciones al servicio público encargado de velar por la libre competencia, i.e., **la FNE**, y no a los particulares, como son las actoras.

Ya el artículo 2° del Decreto Ley N° 211 dispone que corresponde a la Fiscalía Nacional Económica “en la esfera de sus atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”.¹¹

1.3.- Es el artículo 39°, letra d), del DL 211 el que dispone la autoridad legalmente competente para fiscalizar el cumplimiento de las condiciones que se hubiere impuesto en una Resolución, estableciendo que:

“El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: (...)

d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley;”¹²

1.4.- De este modo, se aprecia que el DL 211 ha establecido expresamente el órgano público encomendado por Ley para fiscalizar el debido cumplimiento de los fallos, cual es la Fiscalía Nacional Económica, pero en ningún caso a los intervinientes de una consulta.

Además de la razón de texto legal ya señalada, es este propio H. Tribunal el que ha resuelto que la fiscalización de las condiciones de una Resolución es efectuada por la FNE.

Desde luego, el H. Tribunal dispuso en la mencionada Resolución N° 22/2007 **que corresponde a la FNE la fiscalización de las condiciones allí establecidas**, como ocurre con la Condición N° 3 de la aludida resolución. Adicionalmente, otras resoluciones que han aprobado consultas, como es la

¹¹ El subrayado es nuestro

¹² El subrayado es nuestro.

Resolución N° 23/2007, se reconoció en forma expresa la competencia de la FNE.¹³

No cabe duda que el H. Tribunal no puede venir a “reiterar” lo señalado en el DL 211. Tampoco se puede pretender hacer caso omiso o, peor aún, querer hacer letra muerta de esta decisión. Por lo demás, si fuera posible que un interviniente en una Consulta pueda venir a fiscalizar el cumplimiento de las condiciones impuestas por este H. Tribunal, ese encargo sería absolutamente innecesario.

Es claro que encomendar la **fiscalización** de una condición a la FNE es lo propio y privativo de dicho Servicio. Creer lo contrario implicaría que tal encargo debiera hacerse tanto a la FNE así como a los intervinientes de la respectiva consulta. A lo ya expuesto, y en abono de lo sostenido, la propia FNE, al requerir el incumplimiento de una condición establecida en una Resolución de ese H. Tribunal, ha motivado su decisión precisamente en el artículo 39, letra d), del DL 211.¹⁴

1.5.- En abono de lo expuesto, es evidente que las empresas demandantes no se han visto afectadas por el supuesto incumplimiento de nuestra representada a la Condición N° 2, careciendo entonces de un “interés actual”, no configurándose, además, algunas de las conductas descritas en el artículo 3° del DL 211.¹⁵ Así, las cosas, si no está comprometido el interés actual de las demandantes, sólo la FNE, como servicio que representa el interés general de la colectividad en el orden económico (Art. 39, b), DL 211), está habilitado legalmente para requerir.

1.6.- Por lo señalado, no se aprecia ni se ha acreditado la capacidad procesal de las actoras para pedir la sanción al supuesto incumplimiento de mi representada a una condición impuesta por este H. Tribunal, careciendo entonces las demandantes de legitimación activa para actuar como demandantes en estos autos.

¹³ Resolución N° 23, resuelvo 2°: “Encomendar a la Fiscalía Nacional Económica que vele por el efectivo cumplimiento de todas y cada una de las condiciones impuestas en la presente resolución;”

¹⁴ Así ha ocurrido con el requerimiento presentado por la FNE en contra del Sr. John C. Malone, controlador de VTR Banda Ancha S.A., presentado ante este H. Tribunal en marzo del año pasado, por la supuesta infracción a una condición de la Resolución N° 1/2004.

¹⁵ Idéntica situación se produce respecto de la segunda acusación, de “competencia desleal” (sic) que denuncian las demandantes.

En consideración a lo expuesto, esta parte opone la excepción perentoria de falta de legitimación activa de los actores para demandar el supuesto incumplimiento de una Resolución que aprueba una consulta.

2. EL LEGITIMADO ACTIVO –LA FNE- YA INVESTIGÓ LOS HECHOS Y CONCLUYÓ QUE NO HABÍA INFRACCIÓN ALGUNA A LA LIBRE COMPETENCIA.

2.1.- En cumplimiento de lo ordenado por este H. Tribunal en la consulta rol NC N° 280-08, la FNE informó, primero a fojas 88 de esos autos, que *“a juicio de esta Fiscalía, dicha solicitudes no tendrían por objeto excluir competidores por la vía de acaparar derechos de aprovechamiento de aguas.”*

2.2.- Posteriormente, a fojas 142, la FNE debió informar específicamente sobre los efectos que las solicitudes y desistimientos de Hidroaysén generaron en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca del río Aysén, esto es, del cumplimiento de la Resolución N° 22/2007.

La FNE informa a este H. Tribunal, primero, señalando que las solicitudes no son válidas, no produciendo efecto alguno producto de los desistimientos (fojas 150 de autos rol NC N° 280-08), y segundo, que la FNE *“está atenta a que eventualmente aparecieran antecedentes que permitan deducir prácticas exclusorias o, en general, anticompetitivas, de parte de HidroAysén o sus relacionadas, **así como al cumplimiento de la Resolución N° 22/2007 de ese H. Tribunal**”.*

2.3.- Así las cosas, exigida la FNE por este H. Tribunal a pronunciarse respecto de alguna posible infracción a la Resolución N° 22/2007, en particular, la Condición N° 2.3, la Fiscalía Nacional Económica estimó fundadamente que no había infracción ni a la competencia ni a la Resolución en comento.

En síntesis, el único legitimado activo para requerir el incumplimiento de una Resolución –la FNE- ha investigado y desestimado la existencia de incumplimiento alguno a solicitud del H. Tribunal.

3. LA CONDICIÓN N° 2, DE LA RESOLUCIÓN N° 22/2007.

Las demandantes sostienen que nuestra representada habría atentado a la competencia por la “*desobediencia reiterada*” de la Condición N° 2 de la Resolución N° 22/2007. Dicha Condición dispone lo siguiente:

“2.1. Las consultantes deberán, con a lo menos dos meses de antelación al vencimiento del periodo señalado en la condición 1.1., precedente, haber enajenado o renunciado a los derechos de aprovechamiento de aguas de que sean titulares directos o a través de sus filiales, relacionadas o coligadas, así como a las solicitudes pendientes de éstos, en las cuencas de los ríos Palena y Aysén, y en la subcuenca del río Ibañez;

2.2. Las enajenaciones de derechos a que se refiere el numeral 2.1., precedente, no podrán efectuarse a personas naturales o jurídicas filiales, coligadas ni relacionadas con cualquiera de las consultantes, sea directa o indirectamente; y,

2.3. Las consultantes, HidroAysén S.A., o sus filiales, coligadas o relacionadas, según corresponda, deberán consultar ante este Tribunal en forma previa a la adquisición o solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas señaladas en el numeral 2.1., precedente, hasta la fecha de entrada en servicio de la última central del proyecto consultado;”

4. EL OBJETIVO DE LA CONDICIÓN N° 2: DERECHOS DE AGUA DE MAGNITUDES RELEVANTES, PARA SU GENERACIÓN EN EL SIC POR CENTRALES “EN BASE”

4.1.- A lo expuesto previamente, se debe tener en cuenta que el razonamiento que concluyó con la Condición N° 2, expuesto latamente en la Resolución N° 22/2007, **conduce necesariamente a entender que los derechos de aprovechamiento de agua que interesan a este H. Tribunal, son aquellos derechos de aprovechamiento de agua de carácter no consuntivo, para la generación hidroeléctrica de centrales “en base”, cuya energía sea inyectada al SIC.**

Las expresiones usadas en la Resolución N° 22/2007 son numerosas, concordantes e inequívocas, como veremos a continuación.

4.2.- Por ejemplo, al analizar la situación de los derechos de agua en la zona de Aysén, este H. Tribunal razona en el sentido que *“es posible inferir que no existen, **en magnitudes relevantes**, más derechos de aguas que los ya solicitados”*.¹⁶

Continúa el H. Tribunal señalando que *“**el efecto en reducción de precios en el SIC, de instalar una central con suministro estable de agua, será mayor que el de instalar una central de igual tamaño, pero sujeta a gran variabilidad hidrológica (...) es relevante analizar la factibilidad de que terceros puedan entrar al mercado con proyectos de generación hidroeléctrica que operen en la base del sistema**”*.¹⁷

Aún más, agrega la Resolución 22/2007 que *“**debe considerarse la importancia de los derechos localizados en esta zona respecto a la capacidad de generación hidroeléctrica del país -dado que entre la IVª y la Xª región se encuentra casi agotada la posibilidad de nuevos proyectos de generación de una magnitud relevante-** así como respecto la matriz de generación de las empresas involucradas en la operación analizada.”*¹⁸

Las expresiones relativas al ingente potencial hidroeléctrico de la zona incluso originan que este H. Tribunal imponga la medida de mitigación establecida en la Condición N° 1, relativa a efectuar una convocatoria pública para que terceros interesados en transportar capacidad de transporte eléctrico manifiesten su interés.¹⁹

En lo que respecta a los derechos de aprovechamiento de aguas para fines hidroeléctricos, este H. Tribunal analiza los riesgos de atraso que puede implicar una demora en la línea de transmisión para otros rivales de las accionistas de Hidroaysén *“**generadores de energía de base**”*.²⁰ Son precisamente este tipo de competidor del proyecto, quienes pueden imponer una presión que mitigue los incentivos para atrasar el Proyecto.²¹

¹⁶ Resolución N° 22, N° 8.2.1. El subrayado es nuestro.

¹⁷ Resolución N° 22, N° 8.2.1. El subrayado es nuestro.

¹⁸ Resolución N° 22, N° 8.2.1. El subrayado es nuestro.

¹⁹ Resolución N° 22, N° 8.2.2. El subrayado es nuestro.

²⁰ Resolución N° 22, N° 8.2.2. El subrayado es nuestro.

²¹ Resolución N° 22, N° 9.1. *“La única presión relevante que pueden enfrentar las consultantes, y que mitigaría los incentivos a retrasar el Proyecto HidroAysén, **es la que les puedan imponer otros inversionistas dispuestos a entrar a competir al mercado en el segmento de generación de base.**”*
El subrayado es nuestro.

Luego, tras atender a los importantes volúmenes de derechos de agua solicitados que tenía pedido Endesa, el H. Tribunal considera que con ellos se podrían desarrollar “**proyectos de generación que compitan con HidroAysén**”.²²

Agrega la Resolución N° 22/2007, que Endesa podría obstaculizar el ingreso respecto de “**otros proyectos hidroeléctricos en la zona que puedan competir con HidroAysén**”.²³

En fin, son múltiples las expresiones de este H. Tribunal que ratifican el hecho que la Condición N° 2 se impuso para promover la competencia de energía eléctrica generada “en base”, inyectada al Sistema Interconectado Central (SIC), que compitiera con la de Hidroaysén,²⁴ y **no respecto de la energía que se pudiera inyectar para el Sistema Mediano de Aysén.**

4.3.- Lo sostenido anteriormente se confirma plenamente al revisar la parte final previa a la imposición de las medidas de mitigación, en lo que este H. Tribunal señala:

*Si bien este Tribunal concuerda con que la operación consultada implica **los riesgos ya señalados, generados por la concentración de derechos de aguas en la zona**, estima que cualquier condición que sea considerada como necesaria para mitigar los riesgos de una operación sometida a su conocimiento, sólo debe extenderse en tanto sea esencial para lograr dicho objetivo, y **no corresponde que sea establecida como una compensación o gravamen que no tenga por objeto, en este caso, reducir las barreras de entrada a un determinado segmento de generación hidroeléctrica.** Por tal razón, **dichos riesgos deben ser mitigados desconcentrando los derechos de aguas** otorgados y solicitudes pendientes que posee Endesa **en aquellas cuencas y subcuencas en las que puede efectivamente presentarse el riesgo***

²² Resolución N° 22, N° 9.4. El subrayado es nuestro.

²³ Resolución N° 22, N° 9.4. “*aunque se asignen en el corto plazo los derechos solicitados por terceros en las cuencas señaladas, es probable que no puedan ser explotados sin algún grado de coordinación entre los titulares de derechos de cada cuenca, por lo que se presenta un riesgo relevante de que Endesa obstaculice, por esta vía, el desarrollo de **otros proyectos hidroeléctricos en la zona que puedan competir con HidroAysén.***” El subrayado es nuestro.

²⁴ Resolución N° 22, N° 11.

señalado, en particular, en las cuencas de los ríos Palena (donde se ubica el río Figueroa) y Aysén, y la subcuenca del río Ibañez.”²⁵

“En síntesis, si las consultantes desean llevar adelante la operación sometida al conocimiento de este Tribunal, deberán cumplir con las condiciones que se establecen en lo resolutivo, las que están relacionadas de modo tal que deben ser cumplidas copulativamente, **en consideración al objetivo de incrementar la disputabilidad del segmento de generación de energía de base**, como vía idónea para mitigar los riesgos que genera la operación consultada.”²⁶

5. LA CONDICIÓN N° 2 PERSIGUE AUMENTAR LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA.

5.1.- Como este H. Tribunal podrá colegir, lo establecido en los números 2.1 y 2.2. de la Condición N° 2 de la Resolución 22/2007 requieren supuestos de hecho que aún no han ocurrido (“Las consultantes deberán, con a lo menos dos meses de antelación al vencimiento del periodo señalado en la condición 1.1”), como es la enajenación o desinversión de derechos de agua. Ambos numerales, como es sabido, establecen una medida de mitigación estructural.

Por su parte, lo que hace el N° 2.3 es imponer una restricción a nuestra representada, con una fecha de duración, cual es la de la entrada en servicio de la última central del Proyecto.

5.2.- Pues bien, ante la imputación de la demanda de haber “desobedecido” la Condición N° 2 (sin distinguir) **debemos rechazarla**, porque las obligaciones o prestaciones expuestas en los numerales 2.1 y 2.2 **aún no se han hecho exigibles**, toda vez que el plazo para la convocatoria para manifestar interés por terceros en capacidad de transporte recién comenzó a correr el pasado mes de febrero de 2009 (o sea, con posterioridad a la demanda de autos).

5.3.- Las medidas de mitigación estructural²⁷ –como son las Condiciones N° 2.1. y 2.2.- implican algún tipo de redistribución de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión total o parcial de negocios actualmente llevados a cabo por las empresas. El comprador de los activos puede ser un rival

²⁵ Resolución N° 22, N° 11.1

²⁶ Resolución N° 22, N° 11.6

²⁷ MOTTA, Massimo. *Competition Policy*, Cambridge, 2004, p. 265 y 266

existente o potencial del vendedor. La ventaja de este tipo de solución, frente a las soluciones de comportamiento, es que tiene una capacidad de abordar el problema de competencia creado por la fusión en forma rápida, directa y eficaz; asignando directamente una cuota de mercado a un competidor real o potencial.²⁸

De este modo, la orden de enajenar los derechos de aprovechamiento de aguas implica ciertamente que se favorezca a competidores (actuales o potenciales) de Endesa, Colbún e Hidroaysén, como remedio estructural.

5.4.- Luego, de acuerdo a lo ya explicado en el número anterior, resulta palmario que la Condición N° 2.3. guarda estrecha relación con la intención de potenciar a competidores con proyectos hidroeléctricos, **con capacidad de inyectar energía al SIC**, para lo cual se ordena la renuncia o enajenación de derechos de aguas de las consultantes.

De este modo, cabe considerar que la Condición N° 2.3 no dice relación con proyectos hidroeléctricos de menor tamaño, que no podrán llegar al SIC y/o destinados a inyectar energía al Sistema Mediano de Aysén (u otros sistemas aislados de esa región).

6. CONTEXTO DE LA CONDICIÓN N° 2.3.: RESTRICCIÓN BASADA EN EL TAMAÑO DE LAS CENTRALES DEL PROYECTO DE HIDROAYSÉN.

6.1.- Junto con lo expuesto en el número anterior, la Condición N° 2.3 implica una lectura que haga referencia a su contexto: los números 2.1 y 2.2 de la Condición 2ª de la Resolución N° 22/2007. Como hemos señalado, dichos numerales establecen una medida de mitigación estructural que persigue fortalecer a los rivales de Hidroaysén y sus accionistas.

No sólo eso: la misma Condición N° 2.3 **contiene un límite temporal** (*“hasta la fecha de entrada en servicio de la última central del proyecto consultado”*), que demuestra que esta limitación a la conducta de nuestra representada no es permanente, sino que responde a una restricción motivada y

²⁸ CAÑIZARES, Enrique y DOMÍNGUEZ, Daniel “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio”, en MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ JUAN, Amadeo (dir.). *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, Fundación Rafael del Pino, Ed. Marcial Pons, 2008, p. 183

asociada a las centrales del proyecto que se consultó en los autos no contenciosos rol NC N° 134-06, que como se sabe, son de gran capacidad instalada y generan energía “en base” para el SIC.

Así las cosas, una lectura sistemática de la Condición N° 2 permite concluir que la Condición N° 2.3 está destinada a impedir la solicitud de derechos así como su adquisición, **que tengan una potencialidad de construir grandes centrales hidroeléctricas de pasada, como las del Proyecto Aysén, que operen “en la base” del sistema.**

7. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE BUENA FE DE LA CONDICIÓN N° 2.3

7.1.- Se suma al contexto del establecimiento y alcance de la Condición N° 2, descrita en los números precedentes, los términos literales del numeral 2.3 en cuestión.

El tenor de la Condición N° 2.3, en cuanto asimila y da un tratamiento equivalente tanto a la “adquisición” como a una “solicitud” de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, motivó que Hidroaysén interpretara de buena fe que lo relevante y objeto de la condición era que previo a la adquisición del dominio de nuevos derechos de aguas –en forma traslativa u originaria-, se consultara al H. Tribunal, lo cual no obstaba a que se realizaran entretanto los actos preparatorios previos.

7.2.- En ese sentido, se consideró que así como no quedaba dentro del alcance de la restricción el hecho que Hidroaysén celebrara una promesa de compraventa de derechos de aprovechamiento de aguas, tampoco se restringió entonces el inicio de una tramitación administrativa, pero en ambos casos, es decir, la celebración del contrato definitivo de compraventa prometido, o bien, la resolución administrativa que otorga nuevos derechos, no podía surtir efecto en cuenta no contara con la autorización expresa del H. Tribunal.

De esta forma, tanto por las razones expuestas en los números precedentes, como por la interpretación descrita de la propia Condición N° 2.3., Hidroaysén avanzó en identificar los derechos que fueren eficientes para el Proyecto de Energía de Bajo Costo, y presentó las solicitudes administrativas respectivas ante la DGA.

7.3.- Sin embargo, en un nuevo análisis, posterior, se consideró conveniente, dado el tenor de la Condición N° 2.3., darle la interpretación más restrictiva posible, cual era, que tuviera que solicitarse autorización al H. Tribunal incluso en forma previa al ingreso de una solicitud de nuevos derechos a la DGA, tomando los resguardos para informar al H. Tribunal de la posibilidad que durante la tramitación respectiva terceros quisieran aprovechar la oportunidad para solicitar los mismos derechos.

Este último criterio fue el que primó, y el que determinó que Hidroaysén se desistiera de todas y cada una de las solicitudes que recaían en las cuencas contempladas en la Condición N° 2.3., sin que hubiere mediado solicitud, requerimiento o notificación por parte de terceros o de autoridad alguna.

8. RELACIÓN DE LOS HECHOS: SOLICITUDES Y DESISTIMIENTOS DE BUENA FE, FUNDADAS EN ANTECEDENTES DE LA PROPIA RESOLUCIÓN N° 22/2007.

8.1.- Con estos antecedentes, y ante el apremio que implican las altas tarifas que actualmente pagan los usuarios del Sistema Mediano de Aysén, nuestra representada efectuó entre los días 17 y 18 de enero de 2008, cinco solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, respecto de cinco potenciales proyectos para implementar el Proyecto de Energía de Bajo Costo. Estas solicitudes correspondían a los ríos Ñireguao, Gauques, Pangal, Mañiguales y La Paloma.

Transcurridos menos de dos semanas de esas presentaciones, **Hidroaysén se desistió de todas ellas**, atendidas algunas informaciones emanadas de autoridades regionales que informaban que podrían no existir recursos hídricos disponibles para algunas de las solicitudes, lo que sólo podría saberse en el mes de marzo de 2008.²⁹

De hecho, con la información sobre disponibilidad de recursos, se constató que no había disponibilidad para la solicitud del río Ñireguao, por lo que

²⁹ Lo anterior se debe a que el Catastro Público de Aguas, contemplado en la legislación del ramo, no estaba operando adecuadamente a esa fecha. Esta situación motivó a que la empresa intentara tener mayor certeza respecto de la eficacia que podrían tener sus solicitudes, en caso de ser aprobadas por todas las autoridades llamadas para ello.

esa solicitud no fue reintentada en el mes de marzo de 2008, y se adecuó la solicitud sobre el río Gauques.

8.2.- Así las cosas, en los días 10 y 11 de marzo de 2008 se presentan las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas para los ríos Flamenco, Gauques, Pangal, Mañiguales y La Paloma.

8.3.- Tras adoptarse el criterio interpretativo más restrictivo respecto de la Condición N° 2.3, el día 15 de mayo de 2008 se procedió a presentar el desistimiento de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas de los ríos Mañiguales, La Paloma, Pangal y Gauques, manteniéndose sólo la solicitud de derecho de aguas del río Flamenco por ser de una cuenca no comprendida en la Condición N° 2.

Como se ve, los desistimientos fueron de *motu proprio*, sin que mediara requerimiento ni apercibimiento de ninguna especie.

Una vez desistidas todas las solicitudes, nuestra representada presenta la Consulta, rol NC N° 280-08, dando estricto cumplimiento a la Condición N° 2.

Para concluir, cabe señalar que todos los desistimientos de nuestra representada fueron aceptados por la DGA.

9. LAS ACTUACIONES POSTERIORES DE ESTE H. TRIBUNAL RATIFICAN QUE EL MERCADO RELEVANTE QUE MOTIVÓ LA CONDICIÓN N° 2 ES EL SIC Y NO EL SISTEMA MEDIANO DE AYSÉN

9.1.- Por otra parte, las actuaciones procesales de este H. Tribunal, en la mencionada Consulta rol NC N° 280-08, incluso posteriores a la presentación de la demanda de autos, ratifican la interpretación de buena fe de nuestra representada de la Condición N° 2.

Así, al pedirse informe a la CNE y a dos empresas por los efectos que tendrían las solicitudes de derechos de aguas efectuadas en la Consulta, este H. Tribunal pide que se informe con el siguiente tenor:

“1. Oficiése a la Comisión Nacional de Energía a fin de que informe fundadamente, en el plazo de 15 días hábiles, acerca de: (...)

b) **Los posibles riesgos de que las centrales proyectadas por Hidroaysén S.A., materia de la presente consulta, puedan bloquear o afectar proyectos hidroeléctricos en la cuenca de Aysén, actuales o potenciales, para suministrar energía al Sistema Interconectado Central.** En particular, respecto de los proyectos de las empresas Xstrata –en los ríos Cuervo y Blanco, y en el lago Cóndor– y Exploraciones, Inversiones y Asesorías Pachingo –en los ríos Blanco y Mañihuales–.

2. Oficiése a Xstrata y a Inversiones y Exploraciones, Inversiones y Asesorías Pachingo, **a fin de que informen respecto de lo señalado en la letra b) anterior.**”

Como se puede apreciar, la interpretación auténtica de la Condición N° 2.3, que efectúa este H. Tribunal, **ratifica la interpretación de buena fe de nuestra representada**: las solicitudes y los riesgos que puede generar los derechos de aprovechamiento de aguas se refieren al SIC, no al Sistema Mediano de Aysén.

Así las cosas, es el propio H. Tribunal el que confirma que una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas con una finalidad de hidroelectricidad para el Sistema Mediano de Aysén no es una cuestión de relevancia jurídica y económica para la libre competencia, como previamente ya había expuesto este H. Tribunal.³⁰

En caso contrario, debió haberse consultado el efecto que tendrían las solicitudes para el Sistema Mediano de Aysén, lo que no ocurrió.

10. EFECTOS DE LOS DESISTIMIENTOS DE HIDROAYSÉN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL CÓDIGO DE AGUAS.

10.1.- Junto con lo señalado, debemos dejar constancia que nuestra representada se desistió de sus solicitudes en las primeras etapas del

³⁰ Por otra parte, además de la Resolución 22/2007, este H. Tribunal, casi un año antes había razonado en la Resolución 18/2006, que: “corresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales garantice el acceso abierto al recurso en condiciones razonables y no discriminatorias, cuando éstos constituyan insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible” Resolución N° 18/2006, cons. 20°.

procedimiento administrativo, mediando escasos días desde las respectivas presentaciones.

Los desistimientos ante la DGA se efectuaron en ejercicio del derecho contemplado en el artículo 42 de la Ley N° 19.880, con anterioridad a ingresar la Consulta a este H. Tribunal.

10.2.- Como se sabe, el desistimiento en un procedimiento administrativo consiste en la **declaración unilateral de abandonar la solicitud que inició el procedimiento administrativo**, además, fue de *motu proprio*, sin que mediara apercibimiento de ninguna especie ni de ninguna autoridad.

Los desistimientos de HidroAysén, como interesado, y de acuerdo al aludido artículo 42°, **sólo afectan a quienes lo hubieren formulado**. Por su parte, el artículo 40° de la Ley N° 19.880 señala que una de las formas de poner término al procedimiento administrativo es, precisamente, el desistimiento.

Respecto al desistimiento, la doctrina más autorizada expone que es un **modo anormal de terminación del procedimiento**, siendo un apartamiento voluntario del interesado de la acción inicialmente emprendida.³¹ El desistimiento, explican los autores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ “*deja intactos los eventuales derechos que puedan asistir al interesado y que éste podrá ejercer, si le conviene, más adelante en otro procedimiento distinto*”.³² Ramón PARADA precisa que el desistimiento supone la no terminación, es decir, **“la desaparición jurídica del procedimiento** sin dar una respuesta a lo en él tratado (*desistimiento, renuncia, caducidad*)”, mientras otras formas de terminación, “*por el contrario, implican que ha cumplido la finalidad para la que fue iniciado*”.³³

Luego, siempre es necesario un acto expreso de la Administración que dé cuenta del desistimiento, no bastando la mera declaración del interesado, lo que en la especie se tradujo en sendas resoluciones de la DGA que aceptaron formalmente esa petición en los respectivos procedimientos administrativos, y

³¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 11ª. Ed., Thomson-Civitas, 2008, p. 517

³² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *loc.cit.*, p. 517

³³ Ramón PARADA, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, 15a. Ed., Marcial Pons, 2004, p. 239. El subrayado es nuestro.

que tuvieron por desistida a Hidroaysén de cada una de las solicitudes en resoluciones de declaración de conclusión de cada procedimiento administrativo.

El efecto que tiene sobre el procedimiento administrativo el desistimiento es, para el caso que la Administración lo acepte, por cierto, **extintivo**.³⁴

En lo que se refiere a derechos de terceros, un desistimiento sólo afecta a los interesados que lo formulen, **sin que ésta pueda lesionar el derecho de otros interesados**.³⁵

Concluyendo, el informe de la FNE señala que, de acuerdo a lo que la propia Dirección General de Aguas le ha señalado:

*“la Dirección General de Aguas “DGA” conforme lo ha informado a esta Fiscalía, **no las considera válidas, no produciendo efecto alguno**.”*³⁶

Así, tenemos que el desistimiento de Hidroaysén implicó que la DGA dictara resoluciones que se limitan a constatar las circunstancias que concurren para el desistimiento, **constatándolos**, como lo dispone el artículo 14° de la Ley N° 19.880.

Por lo señalado, tenemos que por efectos de los desistimientos, las solicitudes de nuestra representada no tienen validez para la DGA, ni produjeron efecto alguno.

11. LOS DESISTIMIENTOS FUERON EN LAS PRIMERAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL CÓDIGO DE AGUAS.

11.1.- Es menester destacar que Hidroaysén se haya desistido de *motu proprio*, sin que hubieran existido solicitudes de terceros –salvo un caso, correspondiente a la segunda solicitud del río Gauques, que continuó normalmente su tramitación.

³⁴ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, t. II, Iustel, 2004, p. 81

³⁵ Allan R. BREWER-CARÍAS, *Principios de Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, 2003, p. 119

³⁶ Autos rol NC N° 280-08, fojas 150

Pero, debe destacarse además que el desistimiento haya ocurrido en las etapas iniciales del procedimiento administrativo, y no en sus etapas terminales, o cuando hubieran transcurrido muchos meses desde la presentación de las solicitudes. Con lo anterior, se debe desestimar cualquier ánimo atentatorio contra la libre competencia, o de bloqueo de solicitudes o proyectos de terceros. En efecto, un desistimiento puede ocurrir en cualquier momento: inmediatamente después de efectuada una solicitud, o en las etapas terminales del procedimiento, en los que reste solamente la resolución terminal de la Administración.³⁷

Por lo demás, los desistimientos no resultan “indiferentes”, como sostienen las actoras, si lo que se está dando cumplimiento es, precisamente, a la Condición N° 2.3.

12. INFORME DEL LEGITIMADO ACTIVO PARA REQUERIR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

12.1.- En este particular, y de acuerdo a lo expresado precedentemente, es esclarecedor y dirimente lo informado por la FNE, órgano habilitado legalmente como legitimado activo para requerir el incumplimiento de una condición.

En efecto, la FNE señala a este H. Tribunal que las solicitudes no tuvieron una finalidad contraria a la libre competencia:

“los nuevos derechos de aprovechamiento de agua solicitados en la cuenca del río Aysén representan montos relativamente pequeños y tienen por objeto un uso específico (...), por lo que a juicio de esta Fiscalía, dichas solicitudes no tendrían por objeto excluir a competidores por la vía de acaparar derechos de aprovechamiento de aguas” (fs. 88)

A lo anterior, la FNE afirma que **las solicitudes no incumplen la Condición N° 2 de la Resolución N° 22/2007:**

“La solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas para la operación de centrales minihidráulicas interconectadas al sistema eléctrico de Aysén no afecta el objetivo que (...) motivaron [la Res.

³⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La terminación anormal del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, España, N° 18, 1955, p. 84 y 85

22/2007, esto es, incrementar rivalidad en segmento de generación de energía base en el SIC]” (fs. 88)

Concluyendo en su análisis e informe para este H. Tribunal, la FNE concluye que la adquisición de nuevos derechos en la cuenca Aysén “**no contravendría las normas sobre defensa de la competencia, entre ellas la Resolución N° 22**”, con las condiciones que ella propone.

Adicionalmente, la FNE, en su informe de 8 de octubre de 2008, a este H. Tribunal recalcó que:

““7. Ahora bien, para que las solicitudes de derechos de aguas puedan considerarse tales y **generar algún efecto**, han de ser legalmente procedentes, para lo cual han de cumplir ciertas exigencias administrativas o procedimentales, como la indicación precisa de los caudales solicitados y los puntos de captación y de restitución, y efectuarse las publicaciones que contempla la ley.

8. En este sentido, resulta del caso ponderar que **HidroAysén no efectuó las publicaciones que contempla la ley respecto de varias de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas de que se trata, desistiéndose además de ellas**, de manera que **la autoridad sectorial, la Dirección General de Aguas “DGA” conforme lo ha informado a esta Fiscalía, no las considera válidas, no produciendo efecto alguno.**”

13. LOS INFORMES DE LA DGA Y CNE SOBRE LOS MISMOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO, EN LA CONSULTA ROL NC N° 280-08.

13.1.- Por su parte, es preciso señalar que la **unanimidad de los demás servicios públicos consultados por este H. Tribunal en la Consulta rol N° NC 280-08, consideraron que las solicitudes no tuvieron ni tendrán efecto en el mercado (SIC). Al contrario, evalúan favorablemente las solicitudes y Proyecto de Energía de Bajo Costo.**

De este modo, la DGA informa a este H. Tribunal en la mencionada Consulta que:

“no tiene objeción alguna en orden a que Hidroaysén pueda adquirir derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos en la cuenca del río Aysén para implementar un programa que busque reducir el costo de la energía en la XI Región”³⁸

13.2.- Adicionalmente, es conveniente ilustrar a este H. Tribunal lo expuesto por la CNE en su oficio de fecha 26 de enero de 2009, por el cual responde la aludida solicitud de informe de este H. Tribunal señala que:

*“Respecto de este punto, y tratándose los eventuales y/o potenciales afectados de agentes de mercado con proyectos económicamente viables conforme a diseños, costos, y en definitiva, a expectativas particulares, **no es posible, con los antecedentes actualmente disponibles a esta Comisión, identificar a priori riesgos de esta especie respecto al caso en consulta.***

*Con todo, y al entender de esta Comisión, **los procesos institucionales pendientes en torno a la materia, en tanto esencialmente públicos, deberán revelar la existencia de eventuales colisiones de intereses económicos como las que se busca identificar a través de la presente consulta.** En particular, las solicitudes de constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas, son públicas y se sujetan al procedimiento y requisitos establecidos en el Código de Aguas, que contempla mecanismos que velan por los derechos e intereses de los eventuales afectados, y en consecuencia evidencia a estos efectos, los posibles riesgos que pudieran perjudicar a proyectos hidroeléctricos. En efecto, las personas que se sientan perjudicadas tienen 30 días para oponerse a la solicitud correspondiente. Luego el procedimiento contempla traslados, aclaraciones, inspecciones y solicitudes de informes, insumos todos que sirven de base para la dictación de la Resolución que otorga los derechos de aguas por parte de la Dirección General de Aguas, DGA, después de comprobar entre otros, que no existen perjuicios para terceros ni para el medioambiente.”*³⁹

³⁸ Autos rol NC N° 280-08, fojas 116

³⁹ Consulta Rol NC N° 280-08, fojas 309

14.OPINIÓN FAVORABLE DE LAS EMPRESAS XSTRATA Y PACHINGO.

Por su parte, las empresas consultadas por este H. Tribunal para que se pronunciaran respecto del efecto en la competencia de las solicitudes de la Consulta – que concuerdan con las solicitudes que fueron desistidas- señalaron que **dichas solicitudes no afectaban a sus intereses.**

Ante la solicitud de informe del H. Tribunal para que empresas competidoras informaran acerca de los posibles riesgos de que las centrales proyectadas por Hidroaysén puedan “bloquear” o afectar proyectos hidroeléctricos en la cuenca de Aysén, para suministrar energía al Sistema Interconectado Central, aquellas rechazaron toda posible afectación de la libre competencia.

De este modo, la empresa Inversiones y Asesorías Pachingo S.A. señaló que:

*“de conformidad a los antecedentes analizados [las solicitudes de Pachingo] no entrarían en conflicto con las solicitudes de Hidroeléctricas de Aysén S.A. que se describen en el Anexo reservado del oficio N° 754 en cuanto éstas últimas **no afectarían la capacidad de mi representada para suministrar energía al Sistema Interconectado Central**”.⁴⁰*

Por su parte, la empresa Xstrata informa a este H. Tribunal que los derechos solicitados, y que son materia de la Consulta, agrega que:

*“no afectarían a los actuales proyectos hidroeléctricos de Xstrata, a través de Energía Austral Limitada está desarrollando en los ríos Cuervo y Blanco y Lago Cóndor, en la medida que tales proyectos de centrales hidroeléctricas tengan por fin generar energía eléctrica para ser consumida en la misma Región de Aysén”.*⁴¹

Como este H. Tribunal podrá apreciar, el análisis de empresas con proyectos hidroeléctricos en la Región de Aysén permite concluir que las solicitudes no afectaron la competencia en la generación hidroeléctrica en la

⁴⁰ Consulta Rol NC N° 280-08, fs. 303. El subrayado es nuestro.

⁴¹ Consulta Rol NC N° 280-08, fs. 288. El subrayado es nuestro.

Región, especialmente porque los derechos de la Consulta son los mismos que los derechos solicitados y desistidos por nuestra representada antes de ingresar la Consulta.

15.CONCLUSIONES RESPECTO DE LA PRIMERA CONDUCTA IMPUTADA

15.1.- Los actores carecen de legitimación activa para demandar la eventual infracción a una condición impuesta por el H. Tribunal, siendo ésta una acción privativa de la FNE.

15.2.- En todo caso, Hidroaysén no incurrió en incumplimiento alguno; actuó en base a una interpretación de buena fe, fundada en:

15.2.1.- Contexto de la Condición N° 2, que conduce a aumentar las condiciones de competencia en el mercado del SIC (al cual no pertenece el Sistema Mediano de Aysén); y la convicción que limitación de autorización previa por parte del H. Tribunal no obstaba a actos preparatorios previos, como lo es iniciar un proceso público de solicitud administrativa de derechos de aprovechamiento de aguas ante la DGA.

15.2.2.- A continuación, Hidroaysén se sujetó al criterio más restrictivo y se desistió de todas las solicitudes recaídas en recursos hídricos de las cuencas contempladas en la Condición N° 2.3;

15.2.3.- Los desistimientos se formularon por decisión propia, sin que mediara requerimiento o notificación de tercero o autoridad alguna;

15.2.4.- Los desistimientos se formularon al poco tiempo de presentar las solicitudes, por lo que los procedimientos respectivos no produjeron efecto válido alguno.

15.3.- La FNE, en el ejercicio de sus atribuciones, investigó la situación y llegó a la convicción que Hidroaysén no había incurrido en acto alguno contrario a la libre competencia y, en consecuencia, que fuera contrario a la Resolución N° 22/2007.

15.4.- En conclusión, la conducta denunciada no ha generado perjuicio ni daño a la libre competencia.

.....

EXCEPCIONES Y DEFENSAS RESPECTO DE LA SEGUNDA ACUSACIÓN: COMPETENCIA DESLEAL (“PRETENDER DERECHOS DE AGUA PARA GENERACIÓN ELÉCTRICA PARA EL SISTEMA ELÉCTRICO DE AYSÉN”)

A continuación nos hacemos cargo de la segunda de las acusaciones de la demanda, por la cual se imputa una supuesta práctica de competencia desleal de Hidroaysén, que tendría por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante (Art. 3º, letra c), DL 211).

Para formular las excepciones y alegaciones respecto de esta conducta imputada, ocuparemos el análisis tradicional para este tipo de acusación, cual es analizar el mercado relevante, para, a continuación, exponer las excepciones y defensas respectivas.

1. EL MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO Y DEL PRODUCTO: AUSENCIA ABSOLUTA DE HIDROAYSÉN EN DICHO MERCADO.

1.1.- En primer término, las demandantes señalan en la demanda de autos, aún antes de iniciar sus capítulos con acusaciones, que la Consulta de nuestra representada dice relación con proyectos hidroeléctricos que serán destinados a la generación de electricidad en el **Sistema Eléctrico de Aysén**,⁴² siendo el ámbito geográfico de las supuestas conductas de nuestra representada el Sistema Mediano de Aysén.

En lo que ocupa al mercado relevante del producto, el libelo indica que “se trata del mercado de la generación y abastecimiento eléctrico”.⁴³

1.2.- A estas proposiciones de análisis, debemos responder que concordamos que el mercado relevante geográfico corresponde al Sistema Mediano de Aysén.

⁴² Demanda, p. 1

⁴³ Demanda, p. 1

Con matices, más que hablar de generación y abastecimiento eléctrico, estamos frente a los productos energía y potencia, suministrados en dicho sistema eléctrico.

1.3.- Pues bien, en este mercado relevante geográfico –el Sistema Mediano de Aysén- **Hidroaysén carece de cualquier participación en el mercado.** Simplemente, no existe. Todo el mercado de generación, suministro, transporte y distribución es operado exclusivamente por la empresa Edelayés.

De esta forma, a esta fecha, **nuestra representada no tiene presencia ni posición alguna en el mercado relevante geográfico,** por lo que será **carga procesal de las actoras acreditar lo contrario.**

1.4.- Es más, Hidroaysén sólo podrá ofrecer energía en el mercado relevante generada por centrales hidroeléctricas en la medida que este H. Tribunal (i) apruebe favorablemente la Consulta, pendiente de resolución, y (ii) los accionistas de Hidroaysén den la orden de proceder para la construcción del Complejo Hidroeléctrico Aysén.

En tal sentido, el ingreso de Hidroaysén al mercado de generación y abastecimiento de energía y potencia del Sistema Mediano de Aysén, por medio de energía hidroeléctrica, debe salvar una “barrera de entrada” de la que cualquier otro interesado en ingresar al mercado carece, como es la aprobación previa establecida por este H. Tribunal en la Condición N° 2 de la Resolución N° 22/2007.

Luego, y en plena concordancia con lo expuesto por las demandantes, estimamos que las conductas reprochadas a nuestra representada, además de no ser efectivos, y para el solo efecto de discurrir, se referirían a un mercado distinto del SIC, mercado que fue el analizado en la Resolución N° 22/2007, esto es, el Sistema Mediano de Aysén.

En síntesis: si bien concordamos con el mercado relevante geográfico propuesto por las demandantes, debemos rechazar que Hidroaysén tenga presencia alguna en el mismo.

2. FALTA DE JURISDICCIÓN DEL H. TRIBUNAL PARA CONOCER SOBRE UN ASUNTO RELATIVO A TARIFAS QUE AÚN NO SE HAN FIJADO POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA (INAVOCABILIDAD EXTRAORGÁNICA).

Las actoras, a través de la segunda imputación de la demanda, persiguen que este H. Tribunal emita un pronunciamiento que es propio del ejercicio de una potestad pública de la Administración del Estado, como es la fijación de futuras tarifas para el Sistema Mediano de Aysén.

Como veremos, tal pretensión procesal es contraria a derecho.

a. PRETENSIÓN DE LOS DEMANDANTES: QUE SE CONOZCA SOBRE TARIFAS QUE AÚN NO SE HAN FIJADO.

En efecto, teniendo como antecedente un informe de un proceso tarifario en curso –informe elaborado por GTD consultores a Edelaysén- las actoras arguyen que Hidroaysén “*pretende incorporar al Sistema Eléctrico de Aysén una capacidad de generación que dicho sistema no requiere sino hasta varios años más*”.⁴⁴

Añade la demanda que “*el precedente existente para la tarificación del Sistema eléctrico de Aysén, nos muestra que el estudio y las tarifas fueron efectuado y calculadas a partir de las instalaciones existentes, consideradas como un dato*” (sic).⁴⁵

Luego, a su entender “*si es que se sigue el criterio del proceso tarifario anterior, el costo total de largo plazo que debe ser remunerado por las tarifas que han de fijarse (...) deberá considerar el costo total de las dos centrales de 12 MW que Hidroaysén pretende construir (...) lo que redundará en tarifas que por hacerse cargo de una evidente sobreinversión, serán sobreóptimas”*.⁴⁶

Todo lo anterior, vale decir, **las futuras tarifas del Sistema Mediano de Aysén**, a juicio de las actoras, “*darán lugar a una sobre renta de HidroAysén y a*

⁴⁴ Demanda, p. 4

⁴⁵ Demanda, p. 5

⁴⁶ Demanda, p. 5. El subrayado es nuestro.

un desempeño de ésta en el mercado eléctrico del sistema de Aysén constitutivo de una figura de competencia desleal".⁴⁷

Sin perjuicio de controvertir la conclusión económica de las demandantes (que en síntesis señalan que las tarifas futuras del Sistema Mediano de Aysén serán más caras), como se puede colegir, las demandantes buscan que este H. Tribunal ingrese a un ámbito que le está vedado, como es una materia propia de un proceso de fijación de tarifas que aún no se ha realizado, cual es la fijación de tarifas de generación-transmisión del Sistema Mediano de Aysén, para el cuatrienio 2010-2014, la cual ni siquiera ha dado inicio a su procedimiento.

Esta materia, de naturaleza tarifaria, es un asunto que corresponde conocer y resolver exclusivamente a la Comisión Nacional de Energía y al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; a consecuencia de las normas procedimentales contempladas en los artículos 174° a 180° de la LGSE.

El análisis que ha efectuado muy someramente la demandante, teniendo por antecedente la fijación vigente (D.S. N° 338, de 2006, de Economía), pide a este H. Tribunal que emita una suerte de "ante-juicio" respecto del hipotético efecto tarifario que tendría el ingreso de las minicentrales que Hidroaysén se propone construir, para el cuatrienio 2010-2014.

Con lo anterior, y para el acaso que este H. Tribunal acepte la inverosímil tesis de las actoras, **se pasaría a emitir un juicio sobre un proceso tarifario que aún no se ha iniciado.**

b. LA FIJACIÓN DE TARIFAS ES UNA POTESTAD PÚBLICA

La potestad tarifaria es aquella que goza la Administración, titular de un servicio público, en razón de la cual puede establecer, y en su caso, exigir de los usuarios una contraprestación económica por la utilización de aquél. En sentido estricto, como señala Francisco VILLAR ROJAS, es una potestad unilateral que encuentra su fundamento en la titularidad pública de la actividad declarada servicio público, y que tiene por función el asegurar la viabilidad económica del

⁴⁷ *Demanda*, p. 5.

servicio, teniendo así una relación directa entre el prestador y con la garantía de equilibrio económico-financiero de éste.⁴⁸

Las potestades públicas, dentro de las cuales está la potestad tarifaria, consisten en obligar a terceros mediante declaraciones unilaterales de voluntad, las que, para el Estado, son iguales a funciones, en este caso, administrativa, pudiendo dar órdenes obligatorias a los administrados a través de los órganos de la Administración, quienes son terceros extraños.⁴⁹

Luego, **la potestad de fijar tarifas es exclusiva de la Administración**, y ésta puede considerar la colaboración de terceros, como ocurre con los informes que emite este H. Tribunal a propósito de la legislación eléctrica, de telecomunicaciones, gasista y de servicios sanitarios, y que son un antecedente para dicha fijación. Estas funciones del H. Tribunal, en materia de tarifas, son pues, de carácter taxativo y se enmarcan dentro del respectivo proceso tarifario, como un elemento que lo impulsan –son informes- o bien, motivan el fin de la regulación de precios.⁵⁰

Por lo señalado, **no puede este H. Tribunal ser requerido a ejercer una potestad pública respecto de la cual es claramente incompetente, a riesgo de incurrir en la infracción constitucional** señalada en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República (“*dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*”).

Además, la pretensión formulada por las demandantes importa pretender que este H. Tribunal desconozca el expreso mandato del artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales, el que dispone:

“Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes.”

⁴⁸ VILLAR ROJAS, Francisco José. *Tarifas, Tasas, Peajes y Precios Administrativos*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 20

⁴⁹ AYLWIN AZOCAR, Patricio y AZOCAR BRUNNER, Eduardo. *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996, p. 205

⁵⁰ AGÜERO VARGAS, Francisco. *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 188

c. LAS TARIFAS SON DETERMINADAS POR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, NO POR UN TRIBUNAL.

Por otra parte, las tarifas que son fijadas, como ocurre con aquellas de los sistemas medianos, son consecuencia de un procedimiento administrativo tarifario, reglado minuciosamente en la LGSE (Art. 174° a 180°), en el Reglamento respectivo (Decreto Supremo N° 229 de 2005, de Economía, *Reglamento de Valorización y Expansión de los Sistemas Medianos establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos*).

Adicionalmente, cada proceso tarifario es regido por las respectivas bases técnico-económicas, las que en el presente caso, para el Sistema Mediano de Aysén, para el cuatrienio 2010-2014 aún no han sido elaboradas (Art. 177°, LGSE).

Como ha resuelto tanto la jurisprudencia administrativa como la judicial, la fijación de tarifas es un procedimiento administrativo, lo que implica entenderlo como mecanismo de garantía de certeza, seguridad y resguardo para todos los agentes del sistema. Esta garantía no es sólo para la empresa regulada, en el sentido que permita determinar un precio justo que pueden cobrar por el servicio prestado, que represente sus costos y contemple una utilidad cierta, en el desarrollo de su actividad económica, sino que también es garantía para los usuarios y la colectividad.⁵¹

Señala la doctrina a este respecto que un procedimiento administrativo tarifario comprende una sucesión de múltiples actos trámite de instrucción y preparatorios, dictámenes de comisiones e informes, según sea el caso, **emanados de la Administración**, y de antecedentes allegados por particulares; vinculados entre sí, desde antes de la fijación de fórmulas tarifarias hasta la publicación del decreto tarifario por el Ministerio respectivo, como acto administrativo terminal, debiendo cumplirse los plazos contemplados en las leyes para dar inicio al procedimiento o bien para concluirlo. Su rasgo de procedimiento especial es admitido por el legislador, reconociendo que el **proceso está recargado de aspectos técnicos**: el Legislador ha establecido paso a paso los trámites que deben llevarse a cabo, **evitando la**

⁵¹ *Asociación de Empresas de Servicio Público contra Presidente de la República y Ministro de Minería, Recurso de Protección, Corte de Apelaciones de Santiago, rol ingreso 3852-98, cons. 17° y 19°. En sentido similar, D. 30127/99, CGR*

discrecionalidad administrativa de la autoridad que pudiere desvirtuar el establecimiento de tarifas sustentadas en criterios técnicos y objetivos.⁵²

El procedimiento administrativo de cálculo y fijación de tarifas culmina con el acto administrativo terminal (un decreto tarifario) que es consecuencia de un *iter* de actos tendientes a la fijación del precio **por la autoridad administrativa facultada para ello**, estando **investida de las potestades** necesarias para llevar adelante el procedimiento y concluirlo en tiempo y forma, dando aplicabilidad y eficacia a la norma jurídica. Con lo anterior, y conforme el principio conclusivo que rige el procedimiento administrativo, la Administración dicta un acto decisorio –el decreto supremo- que se pronuncia sobre la cuestión de fondo –las tarifas- y en el cual exprese su voluntad (Art. 8°, Ley N° 19.880).

Como se puede apreciar, la fijación es **competencia exclusiva de la autoridad**, de modo privativo, sin que pueda constituir un procedimiento consensuado o que se logre a través de un acuerdo de voluntades entre la autoridad y el regulado.⁵³

Pues bien, en este caso, las demandantes pretenden que este H. Tribunal se inmiscuya en un procedimiento que aún no se ha iniciado, emitiendo un juicio respecto de los efectos económicos de una actividad de la Administración que aún no ha comenzado, faltando elementos para el juicio pretendido –por ejemplo, bases técnico económicas- y sin las garantías para los usuarios, empresa regulada y Administración que otorga el procedimiento administrativo de fijación de tarifas de generación-transporte de sistemas medianos.

Esto es, en síntesis, lo que persiguen los demandantes respecto del supuesto efecto económico que tendría el ingreso (aún no aprobado) de las minicentrales de Hidroaysén al Sistema Mediano de Aysén, para el cuadrienio 2010-2014.

⁵² AGÜERO VARGAS, *op.cit.*, p. 332

⁵³ AGÜERO VARGAS, *op.cit.*, p. 338

d. LO SOLICITADO POR LAS DEMANDANTES CONLLEVA UN QUIEBRE AL PRINCIPIO DE INAVOCABILIDAD EXTRAORGÁNICA.

Como se anticipó, y en abono de lo expuesto precedentemente, lo solicitado por los demandantes, así como su argumentación, persigue que este H. Tribunal se inmiscuya en una materia que es de competencia de órganos de la Administración.

En efecto, la jurisprudencia de la Exma. Corte Suprema, conociendo de un asunto tarifario del sector eléctrico –la fijación del “Valor Nuevo de Reemplazo” o “VNR”- ha sostenido que dicha “Corte no actuará ni la reclamación puede pretenderlo como si fuera el ente de la administración llamado a determinar el ‘valor nuevo de reemplazo” (fijación esta última que es una potestad reglada),⁵⁴ fundado en que el ordenamiento jurídico ha puesto en manos de la autoridad administrativa la función especial de fijar el VNR, focalizada en dichas manos, “lo que obliga a estar particularmente atentos al más pleno resguardo de esa base tan clara a la actividad de la jurisdicción, como es la de la inavocabilidad extraorgánica, según la cual le está del todo vedado inmiscuirse en lo que es competencia de foráneos órganos.”⁵⁵

Así las cosas, la pretensión procesal de las actoras violaría las normas básicas de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, desconociendo así el principio de inavocabilidad extraorgánica que fluye del artículo 76° del Código Político y del artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales, por lo que este H. Tribunal debe abstenerse de entrar a conocer sobre la segunda acusación efectuada por las demandantes.⁵⁶

⁵⁴ Corte Suprema, “Empresa Eléctrica de Iquique S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, rol 2577-2005, Id Legal Publishing N° 32230

⁵⁵ *Idem*

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, “Toledo Morales, José Wladimir con Comisión Médica Central de la Superintendencia de Fondos de Pensiones”, Id Legal Publishing N° 17676. En igual sentido, Corte Suprema, rol N° 3820-2000, “Helen Mayleen Kong Campillai con Comisión Médica Central de la Superintendencia de Administradora Fondos de Pensiones”, Id Legal Publishing N° 17458. En similar sentido, la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.214-2008, caratulada “Sociedad Agrícola Los Maitenes de Lipangue Ltda. con Servicios Sanitarios Larapinta S.A., que dispone “la presentación planteada por la actora atañe a un conocimiento técnico o de especialidad que el ordenamiento jurídico ha puesto en la esfera de atribuciones de la autoridad administrativa pertinente, en términos que no cabe a la jurisdicción emitir el pronunciamiento requerido”.

3. ADICIONALMENTE, NO SE CONFIGURA LA INFRACCIÓN DENUNCIADA SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

Las demandantes sostienen en su libelo que la supuesta práctica de pretender derechos de agua –suponemos, solicitar la aprobación a este H. Tribunal- para generación eléctrica para el Sistema Mediano de Aysén es “*constitutivo de una figura de competencia desleal*”, sin que precisen cuál “figura” se constituye.

Tal acusación obliga a que la conducta (“*figura*”, para la demandante) imputada sea analizada tanto bajo el prisma del DL 211, así como de la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal.

Lo anterior, atendido el hecho que la acusación es de una práctica de competencia desleal –prácticas hoy regidas por la Ley N° 20.169- que habría sido realizada “*con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*”, que es el requisito del artículo 3°, letra c) del DL 211.

a. ALEGACIÓN PREVIA

Mal puede ser constitutivo de una infracción a las normas del DL 211 un acto cuya ejecución se encuentra sujeta a la aprobación previa del H. Tribunal.

Es decir, un hecho que no se ha celebrado ni se ha ejecutado es, por ende, inexistente. Además, los hechos que se consultan sólo se podrán llevar a cabo con sujeción a lo que este H. Tribunal resuelva, lo que incluso estará protegido por lo dispuesto en el artículo 32° del DL 211.

De este modo, la ausencia de un conflicto “actual” por otra parte, es suficiente para determinar el rechazo de la demanda de autos, ya que se refiere a hechos sujetos a la aprobación previa del H. Tribunal, y, por lo mismo, aún no se han llevado a cabo por Hidroaysén, por lo que carecen de relevancia jurídica.

b. LA PRÁCTICA DENUNCIADA NO CONSTITUYE UNA PRÁCTICA DE COMPETENCIA DESLEAL.

Como primera cuestión, la Ley N° 20.169 dispone en su artículo 3° que “*en general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena*

fe o a las buenas costumbres que, **por medios ilegítimos**, persiga desviar clientela de un agente de mercado”.

Como es evidente, el ingreso de dos centrales al Sistema Mediano de Aysén, una vez autorizada la adquisición de derechos de aprovechamiento de agua por este H. Tribunal, y cumpliendo la legislación vigente, no puede constituir un “medio ilegítimo”. Al contrario, **es una práctica lícita**, por lo que debe rechazarse la acusación de competencia desleal.

c. LA COMPETENCIA DESLEAL PUEDE SER ALEGADA SÓLO POR QUIEN SE VE DIRECTA Y PERSONALMENTE AFECTADO POR EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL.

En lo que respecta a la legitimación activa para ejercer una de aquellas acciones contempladas en la Ley 20.169, el artículo 6° de dicha ley dispone que “**cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos** por un acto de competencia desleal podrá ejercer las acciones señaladas”.

Como es natural y obvio, quien resulta directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un supuesto acto de competencia desleal es “*un agente de mercado*” que pueda ver **desviada su clientela** como consecuencia de un acto de ese tipo.

Es evidente que las demandantes no participan del mismo giro o actividad que nuestra representada, y por lo mismo, las partes no compiten en la misma actividad, razón por la cual malamente se dar una situación de “*desviación de clientela*” a que se refiere el artículo 3° de la Ley 20.169. Tampoco la conducta reprochada puede tener la aptitud de quitar participación en el “*mercado*” de las actoras, en concordancia con la exigencia del artículo 3°, letra c) del DL 211, i.e., que la conducta tenga por objeto lograr, alcanzar o mantener una posición de dominio.

Por cierto, no es del caso que la “*clientela*” de las empresas ganaderas demandantes pueda ser “*desviada*” como consecuencia de que Hidroaysén pretenda derechos de aprovechamiento de aguas para fines hidroeléctricos; debiendo rechazarse la acusación de las demandantes.

d. LA PRÁCTICA IMPUTADA A HIDROAYSÉN AÚN NO SE HA REALIZADO.

Como segunda cuestión que obliga a rechazar completamente la segunda acusación de las demandantes, tenemos que el artículo 3º, letra c) del DL 211 sanciona aquellas prácticas de competencia desleal “**realizadas** con el objeto de *alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*”.

Por cierto, las supuestas prácticas (“*pretender derechos de agua*”) depende en un 100% de la eventual aprobación de este H. Tribunal de la Consulta sometida a su conocimiento.

Luego, tal práctica **aún no ha sido realizada** –salvo que las demandantes consideren que solicitar la aprobación del H. Tribunal para adquirir o solicitar derechos de aprovechamiento de aguas es per se una infracción a la libre competencia, lo cual obviamente es un absurdo.

Evidentemente, pretender que el someterse a un procedimiento, o dar cumplimiento a un procedimiento ordenado por el H. Tribunal es contrario a la libre competencia, constituye un grave error conceptual, materia la cual ya ha sido zanjada por esta jurisdicción.

Así es como en la Sentencia N° 13/2005, este H. Tribunal razonó en el sentido que:

*“Que, adicionalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del texto refundido del Decreto Ley N° 211, **no es posible acoger una demanda intentada en contra de quien actuó en conformidad con lo dispuesto por una resolución de la H. Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, independientemente de que el criterio establecido en la misma o los antecedentes de mercado en que se basó puedan cambiar.**”⁵⁷*

De este modo, no habiéndose realizado aún la supuesta práctica –que recordemos, se vería reflejada en una futura fijación de tarifas- no existe ni podría existir infracción al artículo 3º, letra c) del DL 211.

⁵⁷ Sentencia N° 13/2005, cons. 8º. Énfasis agregado.

e. LA CONDUCTA NO AUMENTA, MANTIENE O INCREMENTA NINGUNA POSICIÓN DE HIDROAYSÉN EN EL SISTEMA MEDIANO DE AYSÉN.

Si bien es cierto el literal c) del artículo 3 del DL 211 consagra expresamente la figura de “**competencia desleal**”, para que ésta se configure se exige – como lo ha resuelto reiteradamente este H. Tribunal – tener una posición de dominio o al menos relevante en el mercado relevante, de modo tal que se pueda lograr el objeto de la conducta, esto es “**alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante**”.

La exigencia del ilícito económico antimonopolios tutelado por el citado literal c) del artículo 3 del DL 211 que se analiza, es suficientemente estricta para su configuración, descartando la misma cualquier supuesto acto de competencia desleal que no quede comprendido dentro de los requisitos copulativos que deben concurrir para la configuración del ilícito económico, a saber:

- Que quien ejerza el acto de competencia desleal, tenga una posición dominante o bien, tenga la posibilidad de alcanzar dicha posición.
- Que el acto que se ejecute (competencia desleal), tenga por objeto (elemento subjetivo o dolo) alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio.

Lo expuesto, tiene su fundamento en la historia de la Ley 19.911, dónde quedó asentado que **no cualquier acto de competencia desleal quedaría comprendido dentro del ilícito económico anticompetitivo.**

En particular, cabe señalar que la discusión se planteó debido a una intervención del Profesor Sr. Tomás MENCHACA OLIVARES, en atención a que el proyecto de la Ley 19.911, contenido en el Mensaje Presidencial, no contenía alusión alguna respecto de si la competencia desleal quedaba comprendido dentro del artículo 3°.

Lo anterior motivó intervenciones de los señores Diputados, Senadores y del Ejecutivo, quienes precisaron el alcance de la competencia desleal que quedaría tutelada por el DL 211, cuyas intervenciones pasamos a analizar a continuación.

De lo recién indicado, da cuenta la intervención del señor MENCHACA,⁵⁸ así como las intervenciones del Fiscal Nacional Económico⁵⁹ y del Ejecutivo.⁶⁰

Otra manifestación, en la Historia de la Ley, en el sentido que no cualquier acto de competencia desleal quedaba comprendido dentro del ámbito de aplicación del DL 211, se encuentra en las intervenciones de los diputados BURGOS, MEZA, SOTO y SAFFIRIO. En efecto, dichos parlamentarios plantearon una indicación para que el DL 211 tutelara en forma amplia la figura de la competencia desleal, indicaciones que fueron posteriormente rechazadas.⁶¹

Las discusiones planteadas derivaron finalmente en que la competencia desleal que iba a ser sancionada por el DL 211, **sería aquella que tuviera por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio**, conducta que, atendida la exposición de los hechos y lo que se demostrará en su oportunidad, no ha sido ni puede ser ejecutada por Hidroaysén.

La historia de la Ley 19.911 y su intención claramente manifestada con respecto a la competencia desleal, ha sido reconocida por éste H. Tribunal, quien ha resuelto que se excluyen de su conocimiento aquellos actos de competencia desleal inidóneos:

*“tanto de su claro tenor, como de la historia fidedigna del establecimiento del literal c) referido, queda de manifiesto que la intención del legislador fue excluir del conocimiento de este Tribunal los actos de competencia desleal que no sean idóneos para afectar libre competencia de mercado”.*⁶²

Finalmente y para terminar el análisis de la conducta imputada, conviene

⁵⁸ “el proyecto no innovaba respecto del decreto ley N°211, de 1973, puesto que se remite sólo a la defensa de la libre competencia, sin pronunciarse expresamente sobre la práctica de la competencia desleal. Señaló que la Comisión Resolutiva ha estimado tener competencia para conocer de tales prácticas, razón por la que debería precisarse si el nuevo tribunal la tendrá también Sesión 81 de la Cámara de Diputados, de fecha 19 de Mayo de 2003. Historia de la Ley, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Ley 19.911 (D. Oficial, 14 de noviembre de 2003, crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 67-68).

⁵⁹ “por ser el bien jurídico protegido la libre competencia no se trata de ver contienda entre partes que no afecten a éste bien jurídico protegido, y en consecuencia, hay numerosas circunstancias de competencia desleal en donde la competencia no está afectada” Ibid, página 263.

⁶⁰ “la competencia desleal no es por sí misma un atentado a la libre competencia, sino un problema entre partes que debe ser resuelto por los tribunales ordinarios de justicia. Hicieron hincapié en que ampliar la competencia del Tribunal llevaría a que tuviera que conocer de todas las disputas entre comerciantes y que no es eso lo que apunta la iniciativa en informe”. Ibid, p. 410.

⁶¹ Ibid, p. 263, 328, 333, 334 y 391.

⁶² Resolución TDLC N°5/2005, Rol C N°18-04 (Considerando Noveno).

señalar que **las demandantes deberán acreditar el elemento volitivo de la conducta**, que queda comprendido en el verbo rector “*que tengan por objeto*”, como lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema.⁶³

En consecuencia de lo expuesto, queda absolutamente claro que la demandante en estos autos, deberá probar, dado que Hidroaysén no tiene posición de dominio:

- i) Que Hidroaysén ha incurrido en un acto de competencia desleal,
- ii) Que Hidroaysén ha realizado dicho acto con la intención positiva de alcanzar dicha posición de dominio, y
- iii) Que dicho acto tiene la aptitud para alcanzar una posición de dominio.

Si no logra probar los requisitos copulativos anteriores, la demanda deberá ser desechada con costas, lo que deberá tenerse en especial consideración para la condena en costas.

f. INFORMES FAVORABLES DE LA FNE Y CNE PERMITEN RECHAZAR ACUSACIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL.

Los informes emanados de la CNE, así como de la FNE, en la Consulta, son suficientemente claros en señalar que los derechos de aguas que “pretende” nuestra representada favorecerán la libre competencia.

Así, la CNE en su informe de enero de 2009, informa a este H. Tribunal que el ingreso de las minicentrales aumentará la rivalidad del Sistema Mediano de Aysén, bajando los precios para consumidores regulados y, eventualmente, libres:

“En el escenario de ingreso en el año 2013 de dos centrales hidroeléctricas de pasada, de 12 MW cada una, al sistema de Aysén, conllevaría una disminución en el costo total de largo plazo y, por lo tanto, en la tarifa regulada, en la medida en que las centrales señaladas remplacen a otras con costos medios asociados considerablemente más altos, como por ejemplo unidades generadoras diesel, cuestión que debería ocurrir en este caso.”

⁶³ Corte Suprema, Causa Rol N°5719-2004 (Considerandos Resolutivos 11° y 17)

*En el caso de los clientes no sometidos a regulación de precios, cabe hacer presente que actualmente no existen en el sistema mediano analizado clientes con niveles tarifarios distintos al precio regulado. No obstante lo anterior, el efecto de la incorporación de un nuevo actor con centrales como las referidas en el precio de suministro para clientes con capacidad de pactar libremente sus tarifas, se espera sea similar al que experimentarían las tarifas aplicadas a los clientes regulados.*⁶⁴

En similares términos informó la FNE a este H. Tribunal durante la Consulta.⁶⁵

g. ACTOS Y EJERCICIO DE DERECHOS POR TERCEROS.

A lo anterior se suma que los propios actores de autos intervinieron directamente en el procedimiento de consulta ante este H. Tribunal, acompañando antecedentes y ejerciendo el derecho a alegar en estrados en la respectiva audiencia pública, en los autos rol NC N° 280-08.

.....

EN SUBSIDIO: IMPROCEDENCIA DE LA MULTA SOLICITADA.

Como se ha expresado fundadamente, ninguna de las acusaciones e imputaciones que se formulan por las actoras tiene base alguna, por lo que corresponde que la demanda de autos sea rechazada.

Sin perjuicio de ello y dado que las actoras solicitan que se aplique una elevada multa, razones de defensa nos obligan a referirnos también, subsidiariamente, a este capítulo.

Por cierto, la petición de las demandantes, en orden a que se imponga a nuestra representada el máximo de la multa establecida en el DL 211, por las dos supuestas infracciones que habría incurrido nuestra representada, carecen de toda proporcionalidad y razonabilidad.

⁶⁴ Consulta Rol NC N° 280-08, fojas 308

⁶⁵ Consulta rol NC N° 280-08, fojas 84

Lo anterior se funda en la no existencia de acto alguno de lesión a la libre competencia, y además, en que subsidiariamente y para el caso hipotético que el H. Tribunal considerara que los actores están legitimados activamente, y que el hecho de haber presentado solicitudes que ya fueron desistidas, es no obstante objeto de reproche, corresponde descartar la absoluta improcedencia y falta de proporcionalidad de la multa que solicitan los actores.

En efecto, el propio DL 211 dispone en su artículo 26° que se ponderen, entre otras, las circunstancias de beneficio económico obtenido por la infracción así como la gravedad de la conducta.

Luego, resulta evidente que las solicitudes administrativas, todas desistidas y que son actualmente objeto de la Consulta, no produjeron ningún beneficio económico para Hidroaysén.

En igual sentido, las conductas denunciadas no son de gravedad, especialmente para el caso de una situación futura e hipotética, como es la eventual adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas para generar energía en el Sistema Mediano de Aysén.

Evidentemente, las supuestas conductas que habrían sido realizadas por nuestra representada no han infringido la libre competencia, como lo demuestran la unanimidad de servicios públicos consultados así como las declaraciones de las empresas Xstrata y Pachingo.

Aún más: la aplicación de la norma especial del artículo 10° de la ley 20.169, que regula la competencia desleal, para el caso de empresas que no estén en el mercado –como ocurre con Hidroaysén- o *no hayan tenido por objeto incrementar, aumentar o mantener su posición en el mercado*, establece que la multa que puede imponer este H. Tribunal va en el rango de las 2 a las 10.000 unidades tributarias mensuales; lo cual debiera ser objeto de consideración por el sentenciador.

De lo anterior se desprende que debe tenerse en especial consideración que Hidroaysén no ha sido sancionada con anterioridad y, en consecuencia, no ha reincidido en conducta contraria a la libre competencia o a la competencia desleal, debiendo por tanto, beneficiarse desde ya en el acaso de una teórica multa por parte del H. Tribunal.

Asimismo, Hidroaysén no ha obtenido beneficios económicos con motivo de la supuesta infracción.

Luego, no siendo taxativos los criterios que señala la Ley N° 20.169 para determinar el monto de la multa, este H. Tribunal puede tener en cuenta criterios adicionales contenidos en los artículos 10° y 11° del Código Penal, o bien, criterios analógicos del derecho administrativo-sancionador, contenidos en legislaciones como la de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Art. 15, inciso final, letras a) a f) de la Ley N° 18.410), donde se requiere tener presente, entre otros, la conducta anterior del infractor; o los contenidos en el proyecto de ley de S.E. el Presidente de la República que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y que modifica la Ley N° 19.884 (Mensaje 541-350), de 2004.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto,

ROGAMOS AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:

Se sirva tener por contestada la demanda, rechazando en todas sus partes, con expresa y ejemplar condena en costas.