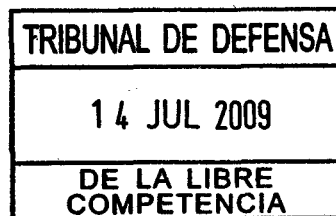


e/s



RECURSO DE RECLAMACIÓN

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CAROLINA BAWLITZA FORES, Abogado, por la requirente, en autos caratulados **“Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de ESSAL y otras”**, Rol C N° 107-2006, acumulada al **Rol C N° 79-05**, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, deduzco Recurso de Reclamación para ante la Excm. Corte Suprema en contra de la Sentencia N° 85, de 2 de julio de 2009 que, acogiendo el Requerimiento de autos, interpuesto por esta Fiscalía en contra de de las empresas sanitarias ESSAL S.A., AGUAS ANDINAS S.A., ESSBIO S.A. y AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A. (ANSM), aplicó una multa a beneficio fiscal sobre las últimas dos, y –entre otras medidas- ordenó a todas las requeridas modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, estableciendo uno basado en parámetros explícitos, objetivos, transparentes y no discriminatorios. Lo anterior, atendido que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia constató la existencia de una serie de cobros y exigencias abusivos que impiden, restringen y entorpecen la libre competencia, derivados de la posición dominante que dichas compañías poseen aun fuera de los límites de sus respectivas zonas de concesión.

Sin embargo, la referida Sentencia no dio lugar a todas las pretensiones planteadas por esta Fiscalía, razón por la cual se interpone el presente Recurso, conforme a los antecedentes de hecho y de Derecho que paso a exponer:

I. **LOS HECHOS**

1. En estos autos, la Fiscalía Nacional Económica presentó Requerimiento en contra de las empresas sanitarias ESSAL S.A., ESSBIO S.A., AGUAS ANDINAS S.A. y AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A., por haber incurrido en actos contrarios a la libre competencia, de aquellos descritos en la letra b) del artículo 3° de la Ley de Defensa de la libre competencia.
2. En agosto de 2005, la Fiscalía Nacional Económica inició una investigación, en el curso de la cual constató los aludidos abusos, por parte de las empresas de servicios sanitarios requeridas, en contra de los desarrolladores inmobiliarios que solicitan sus servicios, y que, en resumen, consisten en:
 - a. Exigencias y cobros abusivos para el otorgamiento de servicios sanitarios a usuarios que se encuentran en zonas urbanas, próximas al área de concesión de las referidas empresas.
 - b. Exigencias y cobros abusivos para el otorgamiento de servicios sanitarios a usuarios que se encuentran en zonas rurales, próximas al área de concesión de las referidas empresas.
 - c. Aplicación abusiva del sistema de aportes de financiamiento reembolsables (AFR), establecidos por ley para que las empresas sanitarias concesionadas financien la expansión de sus servicios, dentro de su área de concesión.
3. Esta Fiscalía analizó las conductas de las empresas sanitarias más importantes de todas las regiones, durante el periodo 2003-2005, y luego de establecer que dichas empresas detentan una posición dominante en las áreas próximas a sus zonas de concesión, detectó que las sanitarias requeridas en autos efectivamente han abusado en forma permanente de dicha posición, en los términos descritos.
4. Los abusos constatados se cometen al imponer y hacer exigibles las requeridas los términos en los contratos en los que se pactan las condiciones

en que se proveerán los servicios sanitarios, tanto en el caso que la empresa sanitaria obtenga la ampliación de la zona urbana de concesión, como en el de la prestación de servicios en áreas rurales.

5. Los abusos se caracterizan por la utilización de parámetros infundados y no detallados en las evaluaciones de proyecto, por parte de las requeridas, cuyo efecto es que las requeridas realicen cobros improcedentes a los desarrolladores de proyectos inmobiliarios, amparadas en su posición de dominio.
6. Además, se constató que algunas empresas sanitarias concesionarias han abusado del sistema de aportes de financiamiento reembolsables, obteniendo utilidades sobrenormales, fundadas en el marco normativo actual del sector sanitario, que permite la obtención de dichas utilidades, al recomprar los instrumentos que aquéllas emiten a los urbanizadores, arbitrando tasas de interés con dichos documentos y, en definitiva, distorsionando el mercado de las viviendas y provocando pérdidas de bienestar.
7. A partir de los hechos y circunstancias constatados, la Fiscalía Nacional Económica, mediante el señalado Requerimiento, solicitó a ese H. Tribunal la aplicación de las siguientes medidas:
 - a. *Declarar* que las empresas requeridas se encuentran incurriendo en las conductas contrarias a la libre competencia descritas, las cuales configuran una *explotación abusiva de su posición dominante* en el mercado relevante de la prestación de servicios de agua potable y alcantarillado, en las zonas próximas a sus áreas de concesión.
 - b. En mérito de la declaración anterior, principalmente atendiendo al beneficio económico obtenido, *sancionar* a las requeridas, imponiendo a cada una de ellas, una multa: ascendente a 65.000 Unidades Tributarias Mensuales para ESSBIO S.A., 44.000 Unidades Tributarias Mensuales para AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A., 48.000 Unidades Tributarias

Mensuales para ESSAL S.A., y de 50.000 Unidades Tributarias Mensuales para AGUAS ANDINAS S.A.; o la suma que ese H. Tribunal se sirva fijar.

- c. *Ordenar* a las requeridas que cesen en toda conducta que implique explotación abusiva de su posición dominante, tanto de manera directa como por medio de empresas coligadas, al momento de firmar con los desarrolladores inmobiliarios contratos de ampliación del territorio operacional, o destinados a abastecer zonas rurales.
- d. *Declarar* que, para los efectos del artículo 12 A del D.F.L. N° 70, de 1988, los servicios que prestan las empresas sanitarias a los urbanizadores en las zonas próximas a su área de concesión, en los que existan economías de escala que no pueden ser replicadas por otras empresas sanitarias y que implican un menor costo para el usuario final, se prestan en condiciones monopólicas; y que, en consecuencia, en estos casos, con la finalidad de impedir abusos de posición dominante, la Superintendencia de Servicios Sanitarios *deberá aplicar el régimen tarifario correspondiente a dichos servicios.*
- e. *Solicitar* al Supremo Gobierno, el patrocinio de una modificación legal que confiera a la SISS facultades para exigir al concesionario la ampliación de su territorio a áreas urbanas, que en su opinión fundada técnica y económicamente, sea menester incorporar, en los casos en que existan economías de escala que no pueden replicar otras empresas sanitarias y que implican un menor costo para el usuario final. La licitación de la concesión del área urbana que no cuenta con servicios sanitarios, sólo debería aplicarse de manera excepcional para aquellos casos en donde exista evidencia del interés de dos o más postulantes por dicha área.
- f. *Instar* a la SISS para que cuando deba convocar a licitaciones, en razón de existir otra empresa sanitaria interesada en prestar el servicio, proceda a fijar las tarifas de interconexión obligatorias para dichas licitaciones.

- g. Tratándose de zonas rurales ubicadas fuera del área de concesión y próximas a éstas, ordenar a las empresas sanitarias requeridas que establezcan un marco general, con las condiciones de prestación del servicio razonables y fundamentadas, emuladoras de un mercado competitivo, tanto en lo relacionado con la aplicación de tarifas y los plazos en que las empresas sanitarias aceptan definitivamente proveer los servicios, como en cuanto a los aportes que deban efectuar los urbanizadores a dichas empresas. El marco general debe ser aprobado por este H. Tribunal.
- h. *Solicitar* al Supremo Gobierno el patrocinio de una modificación legal al sistema de aplicación de los Aportes de Financiamiento Reembolsables, derogando tal mecanismo, o en subsidio introduciendo reformas destinadas a impedir la comisión de abusos en esta materia, en los términos que el H. Tribunal determine.
- i. *Condenar* en costas a las requeridas.

II. LA SENTENCIA

8. La Sentencia N° 85, de ese H. Tribunal, resolvió dar lugar al Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de las empresas sanitarias ESSAL S.A., ESSBIO S.A., AGUAS ANDINAS S.A. y Aguas Nuevo Sur Maule S.A., y a la demanda particular presentada por la Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de esta última empresa, en los siguientes términos:
- a. Acoger parcialmente las excepciones de prescripción interpuestas por ANSM., ESSBIO, ESSAL y Aguas Andinas, en contra del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, respecto de los contratos celebrados antes de los dos años previos a la notificación del requerimiento, esto es, antes del 19 de octubre de 2004, en el caso de ANSM; del 11 de octubre de 2004 para ESSBIO; del 12 de septiembre del mismo año respecto de Aguas Andinas; y del 4 de octubre de 2004, para ESSAL.
 - b. Acoger la demanda de Inmobiliaria y Constructora Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., declarando que esta empresa ha abusado de su posición dominante, al aplicar a la actora cobros arbitrariamente discriminatorios en los casos indicados en lo considerativo de esta sentencia, por lo que se le condena al pago de una multa de 1.338 UTA, con costas.
 - c. Acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto:
 - i. Se declara que las empresas Aguas Nuevo Sur Maule S.A. y ESSBIO S.A. han utilizado un parámetro de cobro, denominado "factor nuevo consumo", que es injustificado y abusivo, por lo que, sin perjuicio de lo resuelto en el numeral seis, precedente, se les condena al pago de una multa de 1.254 UTA y de 2.347 UTA, respectivamente.
 - ii. Se ordena a las requeridas modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, estableciendo en su reemplazo uno basado en parámetros explícitos

que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios, que deberá ser de libre acceso público y mantenerse publicado en sus respectivas páginas web.

- d. Imponer a las requeridas, como medida correctiva de aquellas a las que se refiere en artículo 3º del D.L. N° 211, la obligación de presentar al urbanizador al menos una alternativa de reembolso real, determinada y distinta de los pagarés, al momento de ofrecerle los mecanismos de reembolso de sus aportes financieros establecidos en el artículo 14 del D.F.L 70, Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios. Asimismo, se recomienda a la Superintendencia de Servicios Sanitarios fiscalizar apropiadamente las condiciones en que son emitidos los pagarés por reembolso de AFR. Y,
- e. Proponer a S.E. la Presidenta de la República, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, la modificación de los siguientes preceptos legales y reglamentarios, a fin de adecuarlos a las normas que protegen la libre competencia en el mercado afectado:
 - i. La Ley General de Servicios Sanitarios, DFL N° 382 de 1989, imponiendo a aquellas empresas de servicios sanitarios que cuenten con instalaciones de producción de agua potable, tratamiento y disposición de aguas servidas que sean calificadas como facilidad esencial, la obligación de otorgar interconexión (i) a otras actuales o potenciales concesionarias de servicios sanitarios; y (ii) a quienes presten estos servicios en zonas rurales. Este servicio deberá estar sujeto a fijación de tarifas.
 - ii. La Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, DFL N° 70, de 1988, de forma tal que el mecanismo para determinar la tasa de interés señalada en su artículo 17 sea consistente con el plazo acordado para el reembolso.

9. Tal como se puede apreciar a simple vista, pese a que tuvo por plenamente acreditada la serie de conductas materia del juicio, dicho fallo dejó sin sanción algunas de ellas y no aplicó multa a dos de los infractores, según se analiza a continuación.

a) En cuanto a la prescripción declarada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

10. El fallo impugnado, en su Considerando Trigésimo séptimo, declaró que: *“conforme a lo dispuesto en el artículo 20 inc. 3º del D.L. Nº 211, deberán acogerse parcialmente las excepciones de prescripción planteadas, esto es, sólo respecto de aquellos hechos de significación jurídica llevados a cabo o concluidos hasta dos años antes de la fecha de notificación del requerimiento a cada parte (...); hechos que tampoco se tendrán en cuenta para calificar la gravedad de dicha conducta, sin perjuicio de considerarlos como hechos de contexto pertinentes para la comparación con aquellos contratos celebrados en el periodo no prescrito”.*

11. Pues bien, H. Tribunal, dicha consideración, traducida en la parte decisoria de la Sentencia, no da cuenta de la naturaleza propia de los actos que los contratos entre las empresas sanitarias y los urbanizadores dan cuenta y, es más, no considera la jurisprudencia que en nuestro sistema se ha dictado sobre la materia.

12. En efecto, la serie de hechos a que refieren los contratos anteriores -y posteriores- a los dos años que preceden la notificación del requerimiento de autos, son situaciones que se han cometido durante años y se han seguido cometiendo por las requeridas, al menos hasta la fecha de dicha notificación, en contra de diversos urbanizadores, como una especie de política general –abusiva, por cierto- que, de no mediar la intervención de la Fiscalía Nacional Económica, seguiría produciéndose hasta nuestros días, en el supuesto que las requeridas hayan dejado de efectuar los cobros y exigencias abusivos constatados en el proceso.

13. Además, respecto de la prescripción como la declarada en autos, la Excm. Corte Suprema ha sido meridianamente clara. En efecto, mediante sentencia recaída en Recurso de Reclamación, Rol Ingreso Corte N° 3732-2007¹, ese Excmo. Tribunal señaló con claridad lo siguiente:

*“15º) Que el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 en su inciso tercero, dispone que “Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan”. Es decir **el término debe contabilizarse desde la ejecución de las conductas, lo que en la especie ocurre día a día, mientras las requeridas mantengan el cobro abusivo** por el servicio de transporte desde el aeropuerto hasta las bodegas de la Empresa Portuaria Austral. De esta manera, se discrepa de lo sostenido por las reclamantes en orden a que lo acontecido en la actualidad es efecto de una conducta ocurrida en junio de 2003, oportunidad en que comenzó a funcionar el almacén extra-portuario de Fast Air, por cuanto el cobro abusivo reprochado se verifica cada vez que un usuario requiere el servicio de flete entre el aeropuerto y las bodegas de la Empresa Portuaria, y ello constituye ejecución, sin que la norma distinga entre ejecuciones aisladas con efectos anticompetitivos, o ejecuciones que se mantienen en el tiempo, con efectos de igual carácter.*

*“16º) Que las reclamantes no han alegado el cese de los cobros cuestionados o su reestructuración en una época anterior al requerimiento; es más, según lo ha sostenido el abogado de las mismas en estrados, ante una pregunta que le formulara esta Corte, manifestó que en la actualidad no se efectúa el cobro en cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por lo que **a la época del requerimiento la ejecución de la conducta se mantenía, de tal manera que en la especie, el plazo de dos años exigido para la prescripción, no se ha verificado, lo que lleva a desestimar también esta excepción”.***

¹ Recurso interpuesto en contra de la Sentencia N° 55/2007, dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los autos Rol C N° 94-06, caratulados “Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A.”

14. Lo expresado, H. Tribunal, no es sino una muestra de cómo las situaciones abusivas presentes en el mercado sanitario, fundantes del requerimiento de Fiscalía, efectivamente no habían cesado, al menos, a la fecha del señalado requerimiento, y no decían referencia sólo a los términos de los contratos acompañados por las partes en el proceso, ya que éstos fueron proporcionados sólo para los efectos de ejemplificar los referidos abusos, sino a la ejecución y efectos de los mismos.
15. En mérito de lo expuesto, no cabe sino concluir que los hechos fundantes del requerimiento de esta Fiscalía no se encuentran prescritos, por lo que procede el rechazo de las excepciones interpuestas por las requeridas.

b) En cuanto a los cobros por morosidad e incobrabilidad

16. En cuanto a la acusación efectuada por esta Fiscalía en orden a que las requeridas incluyen, en sus evaluaciones de proyecto, un parámetro injustificado y abusivo que representaría la "incobrabilidad y morosidad" de los futuros consumidores en cada proyecto inmobiliario, el fallo recurrido, en el Considerando Centésimo undécimo, declara: *"Que la prueba acompañada en autos no permite establecer las tasas de morosidad e incobrabilidad específicas válidas para cada caso considerado en el requerimiento, por lo que tampoco es posible establecer la diferencia entre estas tasas y las aplicadas por las requeridas al calcular los montos cobrados a las empresas constructoras. En consecuencia, al no ser posible determinar si existe una aplicación abusiva de este parámetro por alguna de las requeridas, no se acogerá en este aspecto la pretensión de la FNE, sin perjuicio de las medidas correctivas que se establecerán en lo resolutivo para evitar que, en el futuro, estas empresas utilicen parámetros no justificados o que les permitan efectuar cobros arbitrariamente discriminatorios"*.
17. Pues bien, a juicio de esta Fiscalía, los antecedentes aportados al proceso sí eran suficientes para establecer los parámetros concretos para determinar el carácter abusivo de las tasas de incobrabilidad aplicadas por las empresas sanitarias requeridas. Es más, el peso de la prueba se invirtió en estas

últimas, a fin de demostrar la fundamentación de los porcentajes aplicados a los urbanizadores, a lo cual de modo alguno dieron cumplimiento, quedando de manifiesto entonces el abuso en concreto, motivando, incluso, las medidas correctivas establecidas en la parte resolutive de la Sentencia, y anunciadas en el mismo Considerando Centésimo undécimo.

18. Como la misma Sentencia reconoce, fuera del área de concesión (zonas urbanas no concesionadas y rurales), al no existir un ente sectorial que regule las tarifas, las requeridas han considerado en sus modelos supuestos y parámetros que en su zona de concesión no les han sido permitidos y que conducen a tarifas abusivas.
19. Prueba de lo anterior son las tasas de descuentos aplicadas y el porcentaje de deuda incobrable, parámetros que en los procesos tarifarios han sido fijados de manera diversa a los criterios de las requeridas. El gerente general de ANSM, a fojas 3640, señaló que “extrapolamos la información de incobrabilidad” desde la zona regulada a la no regulada (respuesta a posición N° 39 de la Fiscalía), lo cual demuestra que los cálculos efectuados en los procesos tarifarios son, en los hechos, los adecuados para la respectiva empresa sanitaria².
20. Como destaca el testigo Sr. Jaime Artigas, experto en fijación tarifaria, a fojas 4008, “el sistema tarifario para el área concesionada considera un 0% de incobrable; en el caso de Aguas Andinas la comisión de expertos aceptó un 0,7%³”, y tal casi nula cuantificación de incobrabilidad se debe a que “la ley otorga a la empresa los recursos [para dichas situaciones] a través del corte del servicio, parcial o permanente, para aquellos clientes que no pagan, y el sistema tarifario concesionado entrega a la empresa los recursos humanos y materiales para efectuar la administración del sistema de cobros”.

² Sin embargo, los hechos demuestran que no hubo tal extrapolación, sino que se consideraron porcentajes mayores.

³ Se trata del período 2005 – 2010 y ascendió a un **0,7%** por fallo dividido. La SISS consideró que no existían costos asociados a deuda incobrable. En el caso de ANSM, se fijó en 0,8%, para el período 2006 – 2011.

21. El testigo Sr. Jorge Carrasco Pardo, presentado por Aguas Andinas, a fojas 5697 ratifica este aspecto; puesto que, consultado acerca de si la empresa en que presta servicios de corte y reposición ha recurrido a la protección de la fuerza pública para efectos de realizar la labor que se le encomienda, señaló: *“Sí. En alguna oportunidad se hace el llamado a Carabineros, pero cuando los clientes reaccionan en forma violenta contra el personal”*. Ratifica dichas declaraciones el testigo Sr. Raúl Chihuayyan Marinao, también presentado por Aguas Andinas, a fojas 5704. Obviamente, como indica el mismo testigo Sr. Carrasco Pardo, los funcionarios policiales no están para realizar el trabajo en sí, ya que “Carabineros dice que no está para esas situaciones”.
22. Entonces, H. Tribunal, resulta evidente que la posibilidad práctica de efectuar los cortes ante situaciones de no pago, es un hecho, incluso en núcleos poblacionales conflictivos, que –obviamente- son excepcionales⁴.
23. En particular, respecto de ESSBIO y ANSM, si se excluyen los supuestos que afectan directamente a los ingresos de los proyectos, es decir, los costos asociados a incobrables⁵ y el factor “nuevo consumo” (reconocido como abusivo en la Sentencia), se concluye que: (i) las tasas de descuento de los proyectos de dichas sanitarias, fuera del área de concesión, se encuentran entre el 17,8% y el 202,4%, muy superiores a las tasas consideradas dentro del área de concesión; y (ii) la conducta de estas empresas ha significado que los urbanizadores tuvieron que desembolsar sobre **\$ 700.000.000**, en el caso de ANSM, y **\$ 1.000.000.000**, en el caso de ESSBIO, adicionales a los necesarios para garantizar un VAN igual a cero, a la tasa de descuento definida por la empresa⁶. El detalle de lo anterior se expone en las Tablas N°

⁴ Interesante es destacar lo señalado por el mismo testigo Sr. Carrasco Pardo a fojas 5699, en cuanto a que si la empresa que debe hacer el corte de agua no cumple con los mínimos exigidos por Aguas Andinas, debe pagar a ésta una multa, equivalente a un monto mayor a los costos que a la sanitaria implica la no realización de tales cortes. Es decir, H. Tribunal, la empresa sanitaria tampoco pierde en tal situación. A ello se agrega lo indicado por el testigo Sr. Chihuayyan Marinao a fojas 5706, parte final, respecto a que es Aguas Andinas la que establece a la empresa (MCB) los clientes respecto de los cuales debe efectuar corte y reposición del servicio.

⁵ Tal como ha sostenido la SISS en los distintos procesos tarifarios.

⁶ Este monto en exceso se calculó considerando la diferencia entre el monto total pagado por los urbanizadores y el monto que deberían haber cancelado si no se hubieran utilizado los supuestos

18 y 19, Págs. 118 y 119, del informe de Flores y Holz (2007), aportado por esta Fiscalía Nacional Económica a fojas 3384 de autos.

24. Las referidas empresas indican en su contestación que, además del pretendido porcentaje de clientes incobrables y/o morosos, en loteos sociales, estas tasas serían mayores.
25. En primer lugar, es de por sí sorprendente considerar los morosos, dado que estos terminarán pagando finalmente las cuentas impagas. En el Informe “Determinación de Gastos de Puesta en Marcha, Seguros, Deudas Incobrables y otras partidas. Estudios Tarifarios 2006-2011”, encargado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios en el marco del proceso de fijación tarifaria 2006-2011, rolante a fojas 1578 y siguientes, elaborado por Eduardo Saavedra, en las Págs. 44 a 51 del capítulo 4, se exponen las razones por las cuales no se deben considerar costos asociados a deudas morosas e incobrables. En primer lugar se indican todos los derechos que tienen las empresas sanitarias garantizadas por la normativa nacional⁷, como cobrar reajustes e intereses corrientes, por cuentas impagas; cobrar costos de las cobranzas extrajudiciales; y suspender los servicios a usuarios que adeuden una o más cuentas. Incluso, el artículo 38 de DFL N° 382 indica que *“Si la suspensión del servicio a que se refiere la letra d) del artículo 36 se mantiene ininterrumpidamente por más de 6 meses, el prestador deberá dar cuenta a la autoridad sanitaria, para que proceda a la clausura del inmueble. Asimismo, en tal situación, el prestador podrá poner término a la relación contractual entre las partes”*.
26. El consultor concluye que: “La normativa sanitaria establece un esquema de reglas que permiten que el prestador sanitario pueda ejercer acciones orientadas a cobrar las cuentas de agua, en forma eficiente y oportuna” y...la

que castigan los ingresos. Se consideró el monto señalado por parte de las empresas como el aporte del urbanizador con el que VAN es igual a cero, el que en algunos casos varía con el valor final acordado, pero sin modificar el orden de magnitud.

⁷ Es relevante la normativa nacional, porque como ha sido expuesto, dentro del horizonte de evaluación, de 15 años, estas zonas terminarán siendo urbanas y siendo parte de la zona de concesión en el caso de ANSM. Además, en el caso de ESSBIO existen proyectos de ampliación de la zona de concesión.

empresa sanitaria modelo eficiente en Chile no tendrá deudas incobrables en su cartera”.

27. El Sr. Saavedra, en otra conclusión (Pág. 49), indica que: “....la evidencia empírica nos demuestra que en el caso que supusiéramos que la empresa financia todas las actividades con capital propio, el prestador sanitario estaría obteniendo utilidades sobrenormales al cobrar la tasa de interés máxima autorizada, sobre los montos adeudados por los usuarios morosos, ya que ella tiene como costo por esos fondos la tasa de costo de capital”.
28. El Sr. Artigas, en el análisis de los flujos de ingreso contenido en su informe acompañado a fojas 1557, indica que la corrección por el “**factor de incobrabilidad, morosidad**”, no aparece justificada, por varios motivos (Pág. 13):
- i) El sistema tarifario para el área concesionada considera inexistencia de **incobrabilidad**⁸, dado que la empresa cuenta con las herramientas legales y comerciales para impedir dicho fenómeno a través de la suspensión del suministro de AP, en forma temporal o definitiva y el cobro de lo adeudado por la vía judicial. Fenómeno diferente es la morosidad, la que significa un simple retraso en el pago de la cuenta, retraso por el cual la empresa sanitaria es recompensada monetariamente al permitirle a la legislación vigente el cobro de un “interés por mora”, no sufriendo de esta manera merma alguna en sus ingresos tarifarios.
 - ii) Los mayores porcentajes de pérdidas por este factor se atribuyen a las viviendas de menor valor, es decir, a las viviendas sociales. Cabe recordar que prácticamente la totalidad de los ocupantes de dichas viviendas tienen derecho al *subsidio de agua potable* en sus diferentes modalidades, siendo una de las exigencias para recibir dicho subsidio el encontrarse al día en el pago de su cuenta; lo cual

⁸ Para el nuevo quinquenio, como se ha expuesto, se considera un 0,8% para ANSM.

es “un incentivo fuerte para que los sectores de viviendas sociales paguen sus cuentas”⁹.

Como declara la testigo Sra. Raquel Inés Arestizábal Arestizábal, presentada por ESSAL, a fojas 6669 bis 22, parte final: “todos los clientes que tienen el subsidio, no tienen incobrable”.

iii) Finalmente el modelo supone que durante todo el periodo de evaluación -15 años- la empresa estará entregando AP y servicios de AS a los clientes declarados Incobrables, lo que no resiste el menor análisis, ya que el plazo máximo de mora antes de retirar el arranque y medidor es de 6 meses. “

29. Las empresas ESSBIO y ANSM no entregan razones para justificar los quince años que consideran de incobrabilidad de los clientes, siendo atendidos en todo ese período. Lo anterior es entendible, porque se desconoce qué motivos podrían llevar a una empresa a ese comportamiento con un cliente moroso, considerando que la normativa le entrega a las empresas sanitarias las facultades de suspensión de servicios y la posibilidad de que se clausure los inmuebles.
30. El análisis de la normativa sectorial es relevante, porque las áreas colindantes, en el caso de los servicios atendidos al amparo del artículo 52 bis, en el corto plazo, serán también parte de las áreas de concesión. En todo caso, en el intertanto que estas áreas son rurales, las herramientas con las que cuentan las sanitarias en dichas zonas son **aún mayores**, muchas de las cuales se consagran como cláusulas de los contratos celebrados con los urbanizadores.
31. De hecho, en muchos contratos firmados por ANSM¹⁰, se indica en la cláusula sexta que “El presente Contrato tendrá una duración indefinida, **sin perjuicio de la facultad de ANSM S.A. de ponerle término parcial en caso de permanecer un servicio con el suministro suspendido por deuda por dos**

⁹ Testigo Sr. Jaime Artigas Moreno, a fojas 4029.

¹⁰ Ver, por ejemplo, la cláusula sexta de los contratos: N° 2004, N° 2004 – 140, N° 1425, 1522, 1566.

- meses o más**¹¹. La facultad de poner término al contrato deberá ejercerse parcialmente y sólo respecto del inmueble que recibe el servicio y se encuentre en mora. Asimismo, ANSM S.A. podrá poner término total o parcial al Contrato, en caso de detectarse irregularidades técnicas en las instalaciones que no sean atribuibles a la Empresa o que se esté obteniendo el servicio en forma fraudulenta.”
32. Así se puede apreciar en la cláusula novena del contrato acompañado a fojas 1440 de ESSBIO, donde se indica que “En caso de mora o simple retardo en el pago de la prestación de los servicios contratados, el Cliente deberá pagar, por concepto de intereses moratorios los intereses máximos convencionales para operaciones no reajustables, desde la fecha de la mora y hasta el día del pago efectivo”.
33. Lo anterior es **más oneroso a la tasa considerada en la zona de concesión**, que es la tasa de interés corriente anual para operaciones reajustables en moneda nacional menor a 90 días, vigente a la fecha de facturación, emitida por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.
34. Respecto a la aseveración de mayor riesgo de los sectores de escasos recursos, en el Anexo que acompañó MIDEPLAN en su respuesta al Ord. N° 307 (18/05/2006) de esta Fiscalía Nacional Económica, rolante en autos, se señala que: *“se puede concluir que los sectores de escasos recursos no tienen un comportamiento diferente en cuanto a la morosidad en comparación con los sectores poblacionales de mejores niveles socioeconómicos.”* En el informe económico de Flores y Holz (2007), acompañado por la Fiscalía a fojas 3384, Págs. 102 y 103, se muestra la relevante cobertura del subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado que tienen los sectores de menores recursos en las Regiones atendidas por ANSM y ESSBIO. El Anexo acompañado por MIDEPLAN, muestra además un análisis de los beneficiarios por el subsidio en comunas relevantes, concluyendo que

¹¹ El énfasis es nuestro.

la “pérdida del beneficio por concepto de morosidad (más de tres cuentas sucesivas impagas) no alcanza al 1%.”

35. En cuanto a Aguas Andinas y su coligadas, para ponderar el carácter abusivo del supuesto de los deudores incobrables, puede señalarse que bastaría con su moderación en las estimaciones¹², para llegar a aportes del urbanizador sustancialmente menores, e **incluso negativos** en algunos proyectos. De hecho, si se excluye este supuesto y se compara con la suma de los aportes realizados en la totalidad de los proyectos de viviendas sociales, durante el periodo en análisis, se concluye que los urbanizadores tuvieron que desembolsar más de \$ 800.000.000 adicionales a los necesarios para garantizar un VAN igual a cero¹³.
36. El Grupo Aguas utiliza en sus evaluaciones de proyectos de viviendas sociales, entre otros parámetros, una tasa de incobrabilidad del 30%, es decir estima que ese porcentaje de sus clientes no pagará nunca los servicios sanitarios. Este supuesto es totalmente injustificado y, por tanto, genera un sesgo importante en la evaluación de dichos proyectos. Como efecto final se tiene que Aguas Andinas realiza un cobro abusivo hacia los urbanizadores.
37. Las razones para considerar que dicho supuesto es infundado, entre otras, son las siguientes¹⁴:
- **No es verosímil** que el Grupo Aguas seguirá prestando los servicios de agua potable y alcantarillado a estos morosos durante 35 años, sin el corte de servicio, que la ley permite expresamente. Al respecto es relevante lo expuesto en el caso de ANSM y ESSBIO, de estas observaciones a la prueba y el Informe “Determinación de Gastos de Puesta en Marcha, Seguros, Deudas Incobrables y otras partidas. Estudios Tarifarios 2006-2011” (Saavedra)

¹²Es decir, que no exista deuda incobrable, pero manteniendo constantes los demás supuestos y la condición de obtener un VAN igual a cero y de esta forma residualmente calcular la tasa de rentabilidad del proyecto.

¹³Este monto en exceso se calculó considerando la diferencia entre el monto total pagado por los urbanizadores y el monto que deberían haber cancelado los urbanizadores si no se hubiera utilizado el supuesto que castiga los ingresos.

- No existe información de respaldo para señalar que el 30% es incobrable y lo será durante 35 años. La muestra de proyectos sociales que utiliza Aguas Andinas es totalmente sesgada. Esto queda en evidencia al considerar la opinión de la autoridad sectorial conocedora de la situación de esos proyectos, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU)¹⁵, quien informó a esta Fiscalía que la muestra utilizada por Aguas Andinas está sesgada hacia segmentos socioeconómicos particularmente vulnerables y, además, la representatividad de dicha muestra no es adecuada¹⁶.
- La definición de deudor incobrable por parte de Aguas Andinas no corresponde a la utilizada por la Ley de Renta.
- El análisis realizado por la SISS en el último proceso de fijación tarifaria de Aguas Andinas concluyó que no existen costos asociados a deudores incobrables (0,7% determinó en voto dividido la Comisión de Expertos).
- Habitantes de viviendas sociales son población objetivo de subsidio de agua potable y un porcentaje relevante de la población de escasos recursos es beneficiaria de este subsidio en la R.M. Este subsidio, además incentiva no permanecer moroso en el tiempo.
- Adicionalmente, no habrían razones para justificar, tal como pretende Aguas Andinas, que un nuevo loteo tenga una tasa de morosidad y de incobrabilidad mayor que la existente al interior del territorio operacional. A mayor abundamiento, en el Anexo que acompañó MIDEPLAN en su respuesta al oficio de la FNE, se señala que: *“se puede concluir que los sectores de escasos recursos no tienen un comportamiento diferente en cuanto a la morosidad en comparación con los sectores poblacionales de mejores niveles socioeconómicos.”*

¹⁴ Para un mayor detalle, véase el Informe de Flores y Holz (2007), de fojas 3384 y siguientes.

¹⁵ Oficio Ord. N° 1044, de fecha 11 de abril de 2007.

¹⁶ Por estar la muestra sesgada, pierde relevancia el Informe elaborado por Deloitte para Aguas Andinas, denominado "Informe de Procedimientos Convenidos", ya que se basa en la misma muestra de proyectos contenida en la Contestación al Requerimiento de la FNE.

38. El Informe elaborado por Bitrán & Asociados, presentado por Aguas Andinas, se incorpora la incobrabilidad y morosidad para justificar que los proyectos fuera del territorio operacional de dicha sanitaria enfrentan un mayor riesgo, indicando que “Los niveles de incobrabilidad y morosidad que son conocidos y medidos mes a mes al interior del TO, son sólo una mejor estimación en los nuevos loteos. Lo que hace la empresa es estimarlos en base a su experiencia en loteos similares, la que no siempre resulta un buen predictor”.
39. Considerando los anteriores elementos, como las herramientas que tiene Aguas Andinas para que los usuarios paguen las cuentas, la existencia del subsidio, lo indicado por la SISS de que no existen deudas asociadas a incobrables, junto al análisis expuesto de MIDEPLAN, invalidan dicha afirmación.
40. De los contratos de AA revisados, existen dos que se ejecutaron en la comuna de Calera de Tango, por lo anterior es relevante lo indicado por el propio alcalde en la prueba testimonial de fojas 3962 y siguientes:
- Ante la pregunta si a los vecinos de su comuna la empresa Aguas Andinas les corta el servicio sanitario en caso de no pago prolongado de las cuentas de agua potable y alcantarillado, contestó: “**en caso prolongado de no pago, si se corta el agua.**”
 - Ante la pregunta si es posible o no para los funcionarios de Aguas Andinas ir al correspondiente sector de la comuna a cortar el suministro de agua potable y alcantarillado en caso de morosidad prolongada, respondió: “**Si, totalmente.**”
41. En definitiva, no existe ninguna justificación para los criterios o parámetros de incobrabilidad y morosidad utilizados por las requeridas.

c) Respetto de la tasa de descuento aplicada por las requeridas

42. Por otra parte, y en lo que respecta a la utilización injustificada por parte de las requeridas, en proyectos fuera del territorio operacional, de tasas de descuento o costo de capital muy superiores a las utilizadas dentro del territorio operacional, la Sentencia recurrida, en su considerando Centésimo decimotercero, expresa: *“Que, con todos los antecedentes que constan en autos, este Tribunal no puede pronunciarse sobre el grado en que la tasa de descuento utilizada en cada caso corresponde a los verdaderos costos de financiamiento. En consecuencia, no habiéndose acreditado que el nivel de las tasas de descuento aplicadas por las requeridas haya sido injustificado, no se acogerá el requerimiento en esta materia, sin perjuicio de que, como ya se señaló, en lo resolutivo de esta sentencia se ordenará que el cálculo de este parámetro, así como el de todos los incluidos en los cobros, se base en condiciones objetivas, generales, públicas y no arbitrariamente discriminatorias”*.
43. Es decir, nuevamente a partir de un supuesto vacío probatorio, no se condenó a las requeridas por este concepto, pese a los profusos antecedentes que dan cuenta de la efectividad de su aplicación abusiva.
44. Las empresas de servicios sanitarios ANSM y ESSBIO señalaron en sus contestaciones, en síntesis, que “la empresa sanitaria enfrentará una demanda con una varianza mucho mayor en un nuevo loteo, mientras que adentro esa mayor varianza afecta a una porción muy minoritaria de sus consumos”. Agregan que “al comprometer la empresa sanitaria la entrega de su servicio a un nuevo loteo, ésta realiza las obras de infraestructura necesarias desde un comienzo y luego espera recuperarlas a través del flujo que le generará la venta de sus servicios a los nuevos clientes. El ritmo de construcción y de venta de casas, será por tanto decisivo en la rentabilidad efectiva que obtenga su proyecto...”
45. Al respecto se puede señalar que consta de los documentos acompañados y de lo señalado por las requeridas que **las inversiones no se realizan desde**

un comienzo y que además el ritmo de construcción y ventas en viviendas sociales, que son la mayoría para el caso de marras, no tienen riesgos asociados En tal sentido, el informe de Flores y Holz (2007), de fojas 3384 y siguientes, en sus págs. 109 a 114, deja en claro que los fundamentos entregados por las empresas sanitarias no explican las diferencias de tasas de descuento utilizadas para proyectos fuera del área de concesión versus aquellos ubicados en las zonas de concesión.

46. En este sentido, es importante que el H. Tribunal tenga en cuenta que el riesgo de los flujos de los proyectos es similar, y en el caso de las viviendas sociales, incluso inferior, al tener su demanda asegurada. ¿Qué riesgos mayores van existir si las obras hasta el punto de conexión las realizan los urbanizadores y las sanitarias ni si quiera realizan inversiones antes?
47. La utilización de una tasa de descuento considerablemente superior a aquellos proyectos de urbanización que se encuentran en zonas aledañas al área de concesión de la empresa sanitaria no tiene justificación económica alguna, que no sea la del abuso de una posición de dominio.
48. La justificación que brinda Aguas Andinas para una mayor tasa de descuento yace en que los proyectos fuera del territorio operacional serían más riesgosos. En el caso de proyectos para viviendas sociales se considera una tasa de descuento de 12%, y para los proyectos no sociales se considera un 15%. Tal como se muestra a continuación, no hay razones para que Aguas Andinas considere en sus evaluaciones de proyectos fuera del territorio operacional tasas tan distintas a las que se consideran para el área de concesión, es decir en la zona donde se emula un mercado competitivo.
49. El informe económico de Bitrán & Asociados intenta, principalmente, justificar las elevadas tasas de descuento utilizadas por Aguas Andinas. En efecto, en dicho estudio se estimó la Tasa de Descuento que Aguas Andinas debería usar, a juicio de este consultor, en base a distintas alternativas (Pág. 40 y siguientes):

- La primera opción para estimar la tasa de descuento antes señalada fue la aplicación de la metodología CAPM. Aceptando que la empresa sanitaria, al decidir abastecer un nuevo loteo, asume el principal riesgo propio del negocio inmobiliario -el ritmo de venta de casas- no parecería abusivo que la empresa descontara esos proyectos con la tasa aplicable a ese sector. (cap. VIII, Pág. 40).

La tasa de descuento a aplicar a los flujos de los proyectos que se encuentran en el mercado relevante geográfico definido para estos autos, debería ser equivalente a la tasa de costo de capital fijada en la regulación sanitaria para el área de concesión de la empresa monopólica. La razón de ello se debe a que dicha tasa de costo de capital refleja una tarifa que emula las condiciones de un mercado competitivo. Lo anterior, en la medida que las condiciones tanto dentro como fuera del área de concesión sean similares, lo cual ocurre en el mercado geográfico relevante.

Es importante señalar que en el argumento planteado en ese estudio existe una contradicción. Esta se da al considerar que el riesgo de la sanitaria fuera de su área de operación sería el mismo que el del negocio inmobiliario, lo cual estaría determinado por el ritmo de crecimiento del número de viviendas. Lo contradictorio surge al considerar que tal riesgo sólo se tiene fuera del territorio operacional y no dentro del área de concesión de la empresa sanitaria, lo cual es absurdo, toda vez que el ritmo de expansión de las viviendas afecta a ambas áreas geográficas.

Además, ¿cuál es el riesgo cuando el urbanizador realiza las obras hasta el punto de conexión y la empresa sanitaria va realizando inversiones en el tiempo, dado que tiene capacidad excedentaria? Complementariamente, en el caso de los proyectos sociales, el riesgo de demanda tiende a cero, porque dichas casas están asignadas previamente por la autoridad.

No obstante lo mencionado, sólo a manera de ejemplo para mostrar que los cálculos del estudio de Bitrán & Asociados son exagerados, considérese el informe de empresas que realiza el Departamento de Estudios de Banchile

Inversiones. Para Aguas Andinas, en noviembre de 2007¹⁷, se calculó que la tasa de descuento de activos (WACC) utilizada en dicho análisis era de 7,4% para la valoración de los activos de esa empresa sanitaria¹⁸. Esta tasa es más baja que la fijada por la regulación tarifaria a esa empresa.¹⁹

- Otra vía por la cual el Sr. Bitrán estimó esa tasa de descuento fue la extrapolación de la relación riesgo/retorno dentro del TO a los negocios fuera del TO. Para ello, se calculó el coeficiente de Sharpe a partir de la TIR tarifaria y de la varianza esperada de los flujos dentro del TO. El resultado del ejercicio arrojó una TIR de 18,5%. (cap. VIII, Pág. 50).

Para tratar de justificar una mayor tasa de descuento para los proyectos fuera del área de operación de Aguas Andinas, el autor utiliza una metodología para determinar la TIR media o retornos obtenidos por negocios de ampliación del territorio operacional, tomando en cuenta varios supuestos que, a nuestro juicio, no son pertinentes. Un claro ejemplo de ello es el consumo de los hogares, el cual –tal como fue planteado en dicho estudio- es un factor de incertidumbre (diversificable) presente en los nuevos loteos. Tal como se afirma en informe, “en la práctica las previsiones suelen no coincidir del todo a la realidad” (Pág. 45), lo cual no justifica que sea diferente para las áreas fuera del territorio operacional respecto del área de concesión. Además, de la información proporcionada por Aguas Andinas se desconoce el motivo de las diferencias entre la demanda real y proyectada. La empresa sanitaria puede ser uno de los causantes de la demora en el inicio en el consumo de servicios sanitarios. Se debe agregar que la empresa sanitaria tiene instrumentos para estimar la demanda que tendrá un nuevo loteo. A este respecto, es oportuno mencionar que en el año 2005, según la información de Aguas Andinas, a

¹⁷ Disponible en <http://www.banchileinversiones.cl/pls/portal/docs/1372407.PDF>

¹⁸ WACC (Weighted Average Cost of Capital) es la tasa de descuento que debe utilizarse para descontar los flujos de fondos operativos para valuar una empresa utilizando el descuento de flujos de fondos, que incluye tanto el costo del capital propio como el costo de la deuda.

¹⁹ En el mismo estudio de Banchile, se señala que la relación VE/EBITDA (múltiplo de Ebidta) se proyecta en 11,2 veces para 2008, de lo que se deriva una TIR implícita de 8,9.

nueve proyectos todavía no se les comenzaba a otorgar servicios sanitarios²⁰.

50. El informe de Bitrán señala, además, que los distintos riesgos que enfrenta la empresa sanitaria dentro del TO -que el autor utiliza para justificar el establecimiento de tasas de descuento más altas para evaluar los proyectos de factibilidad de nuevos loteos- se clasifican en los siguientes grupos:

- *Perfil de Demanda*

“En cuanto a la demanda, ésta tiene tres componentes de incertidumbre para la sanitaria:(i) el ritmo de crecimiento, si bien ello está plenamente reflejado en el ritmo de venta de casas, (ii) la cuantía de los consumos unitarios de clientes con perfil parcialmente predecible pero desconocido, y (iii) la forma de la curva de demanda, esto es, la forma mensual de sus consumos a través del año (estacionalidad de la demanda).”

Con respecto al primer elemento de incertidumbre, tal como lo plantea la sanitaria, no es cierto que influya sobre el riesgo por cuanto los proyectos de viviendas sociales brindan certeza respecto al ritmo de venta de viviendas, principalmente porque están asociadas al presupuesto público.

Por otra parte, la cuantía del consumo de las viviendas es estándar según las características de la vivienda y la cantidad de habitantes de ella, por lo tanto es fácilmente previsible. En el caso de las viviendas sociales, con mayor razón, por cuánto los usuarios tienen acceso a los subsidios de servicios sanitarios.

- *Macroeconómicos*

Según este consultor, el ritmo de venta de casas en los nuevos loteos puede verse severamente afectado por esta variable

Con respecto al riesgo del ritmo de venta de casas en los nuevos loteos, es obvio que constituye un riesgo para la empresa sanitaria, pero también es un

²⁰ Cuadro Consumo Facturado (M3), Información Interna de Aguas Andinas, Anexo A, informe

riesgo que debe afrontar la empresa constructora. Además, los incentivos se encuentran alineados en el sentido de que tanto al urbanizador como a la empresa sanitaria les conviene que dicho riesgo sea el menor posible, con lo cual el urbanizador realizará un esfuerzo alto, lo cual beneficia a la empresa sanitaria.

Por otra parte, es un error, tal como se hace en el estudio de Aguas Andinas, atribuir el efecto de una condición macroeconómica sólo al territorio fuera de la concesión de la empresa sanitaria. Es decir, el riesgo que menciona ese estudio no puede considerarse como diferente para los loteos que se encuentran al interior del territorio operacional de la sanitaria y respecto de aquellos que están fuera de su área de concesión.

Por último, cuando el estudio afirma que “en síntesis, la varianza de ingresos que la empresa sanitaria enfrenta dentro del área de concesión es sustancialmente inferior”, deja en evidencia que su análisis es incorrecto; toda vez que sus argumentos pasan por una simple comparación entre la varianza del PIB versus la varianza del indicador de actividad de la construcción (IMACON). La volatilidad de este indicador no puede ser utilizado, como hace el estudio de Aguas Andinas, para sostener que la demanda de la empresa sanitaria fuera del área de concesión tiene una mayor varianza. Esto es totalmente incorrecto, ya que el IMACON es un índice mensual que permite medir el estado de la actividad del sector construcción en el corto plazo, y que utiliza cinco indicadores parciales de actividad relacionados con el sector construcción: i) despachos de materiales de construcción; ii) ventas de proveedores; iii) facturación de contratistas generales; iv) permisos de edificación; y v) empleo sectorial²¹ ²². Asimismo, no es el indicador más apropiado para tomar decisiones de inversión de largo plazo. En segundo lugar, la teoría económica predice que un shock en la actividad de la construcción afectaría tanto a la zona fuera del área de concesión como a la

Deloitte.

²¹ Piguillem, F., 2004, "Un Indicador Mensual De Actividad De La Construcción", Cámara Chilena de la Construcción, Documento de Trabajo No. 20.

²² Tejada, M., 2006, "Índice Mensual de Actividad de la Construcción: Un Estimador en Frecuencias Mixtas", Cámara Chilena de la Construcción, Documento de Trabajo No. 20.

que está dentro, ya que no habría razones –al menos a priori- para pensar que aquellos proyectos dentro del área operacional de la empresa sanitaria se verían más afectados que los que se encuentran fuera de su área de operación.

▪ *Costos de Provisión del Servicio*

“Al crecer a un nuevo loteo, la empresa hace una estimación de los costos que ello le irrogará. Este elemento queda más claramente ejemplificado al considerar que un nuevo loteo puede requerir que la empresa sanitaria se vea forzada a concurrir al mercado de derechos de agua para adquirir nuevas unidades, para lo cual realizará una estimación de precios y disponibilidad que puede no verse cumplida en la realidad” (Bitrán, Pág. 36).

Para mostrar que la afirmación anterior no es correcta, es necesario tener presente que los posibles costos que implicaría un nuevo loteo en cuanto a adquirir derechos de agua es un costo pequeño en términos de los otros costos en que incurre la empresa sanitaria, principalmente los de inversión en las redes²³. Además, esta situación (necesidad de requerir más derechos de agua) no sólo es propia de los proyectos fuera del territorio operacional, sino que también pueden ser necesarios para nuevos proyectos dentro del área de concesión de la empresa sanitaria. Por lo tanto, es un error considerar que los derechos de agua adicionales para los proyectos nuevos sólo afecten a los proyectos fuera del área de concesión.

51. Finalmente, hay que destacar que las requeridas de modo alguno acreditaron en autos cuándo hicieron efectivamente las supuestas inversiones relacionadas con los distintos proyectos.
52. Se encuentra acreditado, entonces, que las requeridas utilizaron injustificadamente, en proyectos fuera del territorio operacional tasas de descuento o costo de capital muy superiores a las utilizadas dentro del territorio operacional,

d) Cobros por concepto de gastos generales

53. En relación a la acusación efectuada por esta Fiscalía Nacional Económica respecto a la falta de justificación de los cobros efectuados por las empresas sanitarias requeridas —en particular, las pertenecientes al Grupo Aguas— en perjuicio de los urbanizadores por concepto de “gastos generales”, la Sentencia recurrida señaló lo siguiente:

“Centésimo decimoquinto. Que este Tribunal ha constatado, asimismo, que los montos y criterios que se señalan a fojas 694 en la contestación de Aguas Andinas como incorporados en la partida de “gastos generales”, en la evaluación de proyectos para las zonas urbanas y rurales, no son consistentes con los montos y los ítems considerados en las planillas utilizadas para evaluar los proyectos de Aguas Andinas (...).

“Centésimo decimosexto. Que, sin embargo, para este Tribunal no es posible establecer, sobre la base de la prueba rendida en autos, si los montos considerados en la partida denominada “gastos generales” corresponden total o parcialmente a costos que se encontrarían considerados en la tarifa a consumidor final —en cuyo caso correspondería a un doble cobro— o si, por otras razones, en algún porcentaje son efectivamente injustificados, abusivos o discriminatorios, por lo que no se acogerá el requerimiento contra Aguas Andinas en este aspecto, sin perjuicio de las medidas correctivas que se establecerán en lo resolutivo de esta sentencia”.

54. En otras palabras, el H. Tribunal, una vez más, “castigó” el requerimiento de esta Fiscalía, por presunta falta de pruebas, en circunstancias que la respectiva empresa requerida ha debido demostrar la justificación en costos del referido cobro, sobre todo si se considera que esta parte requirente justificó su existencia e improcedencia²⁴.

²³ Estas últimas las realiza paulatinamente la empresa, según sus necesidades.

²⁴ Véase, por ejemplo, Págs. 82 y 83 del Informe de Flores y Holz (2007), de fojas 3384 y siguientes.

f) En cuanto a la declaración de los Aportes de Terceros

55. Finalmente, en lo que respecta a que las requeridas no declararon en su proceso tarifarios los ingresos financieros recibidos por la recompra de pagarés, el considerando Centésimo octogésimo tercero del fallo recurrido, expresa que: *“(...) no existe evidencia en autos que permita acreditar que las requeridas efectivamente no declararon como “Aportes de Terceros”, en los correspondientes procesos tarifarios, los ingresos financieros obtenidos por la recompra de pagarés. No obstante, debe tenerse presente que la SISS ha reconocido —en su Oficio Ord. N° 3105— que no efectúa un control efectivo de los ingresos por este concepto que podrían constituir “Aportes de Terceros”, ni tampoco una revisión ex post de aquéllos que son declarados por las ESS en cada proceso tarifario”.*
56. Nuevamente, el H. Tribunal, en autos, no tuvo por establecidos hechos manifiestamente acreditados por esta Fiscalía y que las requeridas debieron, a lo menos intentar revertir, lo cual no hicieron. La evidencia es clara, en cuanto a que en las ampliaciones de territorio operacional, los aportes no reembolsables no son declarados como aportes de terceros para el proceso tarifario del área de concesión, lo que genera un **enriquecimiento ilícito**.
57. Es más, las requeridas reconocen esta circunstancia, ante lo cual indican que solamente los aportes de infraestructura física son aportes de terceros (ver, por ejemplo, contestación de ESSBIO). Por lo anterior, se reconoce que ellos no declaran los **aportes monetarios** que reciben de los urbanizadores al firmar los contratos de ampliación del territorio operacional²⁵. Estos aportes de terceros deben ser informados a la SISS anualmente en el Sistema de Información de Facturación (SIFAC). Por lo precedente, ESSBIO debió haber informado los aportes recibidos en el marco del contrato con Inversiones Pingueral Limitada y con Inmobiliaria Pingueral S.A.

²⁵ Así lo reconoce, por ejemplo, el gerente general de ANSM, a fojas 3640 (respuesta a posición N° 37 de la Fiscalía).

58. En relación a este punto, la respuesta de la SISS señaló: “Esta superintendencia desconoce la situación de aportes monetarios no reembolsables aportados por empresas constructoras a las empresas sanitarias antes de que éstas amplíen su territorio. Cabe hacer presente que, en conformidad con la Ley General de Servicios Sanitarios y Ley de Tarifas, sólo se regulan los aportes de terceros que ocurren dentro del territorio operacional.”

“El artículo de la Ley de Tarifas, que regula los aportes, sólo hace mención de aportes en obras y no menciona los aportes monetarios que no estén asociados a obras.”

“En atención a que esta superintendencia no tiene conocimiento de estos aportes monetarios, las tarifas no han sido corregidas por este concepto.”²⁶

59. Lo anterior significa que las tarifas de las áreas de concesión no son corregidas por estos ingresos que reciben las sanitarias y por lo tanto, obtienen un VAN (valor actual neto) mayor al buscado en la regulación sectorial. No tiene sentido económico que solamente se corrija los activos sobre los que rentan las empresas sanitarias en cuanto a obras físicas y no monetarias.

60. Aguas Andinas –también reconociendo lo indicado por esta Fiscalía Nacional Económica en esta materia- ha indicado que los aportes monetarios no deben ser declarados como aportes de terceros. En el numeral 42 de su contestación, Pág. 33, señala que *“Del total del aporte, una parte se justifica en función de la diferencia entre las distintas tasas de descuento. Esa parte del aporte sólo paga el mayor riesgo que debe asumir el prestador al ingresar a una nueva área de concesión. Declarar el total del aporte como aporte de terceros en la siguiente fijación tarifaria supondría que en la práctica Aguas Andinas estaría renunciando a la remuneración por el riesgo asumido,*

²⁶ Respuesta de Superintendencia de Servicios Sanitarios a la Fiscalía Nacional Económica, Ord. N° 3105, de 08 de agosto de 2007, acompañada en autos mediante escrito de 19 de marzo de 2008.

*mediante una reducción en la base de cálculo de las tarifas, en forma tal que **el crecimiento de las áreas de concesión se haría a tasa regulada***²⁷, tal como pretende el Sr. Fiscal.” La SISS debe determinar la tasa regulada de las zonas de concesión, y evidentemente no la empresa sanitaria. ¿Qué sentido tiene el estudio tarifario que realiza la SISS, si la tasa de descuento de las zonas expansión queda definida ex ante por los aportes monetarios?

61. La FNE consultó a la SISS con Ord. N° 457 respecto a los aportes de terceros que fueran declaradas a ella en los proyectos que Aguas Andinas informó a la FNE de ampliación de su concesión, a lo cual el Regulador Sectorial respondió que: “Los proyectos a los que hace referencia el punto d) de su ordinario, no forman parte de los aportados por terceros informados por dichas empresas a esta Superintendencia.”
62. De acuerdo a lo analizado en el Informe de Flores y Holz (2007), que la empresa sanitaria no considera aportes monetarios como aportes de terceros significa que tiene la capacidad para solicitar, antes de la ampliación de concesión, solamente aportes monetarios que cubran una serie de obras en infraestructura, y no recibir obras materiales, para luego rentabilizar en la zona regulada sobre obras que han sido financiadas por parte de los urbanizadores y que, en consecuencia, no se pueden considerar un activo propio de la empresa. Desde el punto de vista de la competencia, más allá incluso de la interpretación legal sectorial, esto significa que la empresa cobra dos veces por los mismos activos, tal como ocurre en el caso de Aguas Andinas.
63. Ha quedado acreditado, y con creces, el abuso cometido por las requeridas por esta vía.

²⁷ El énfasis es nuestro.

III. EL DERECHO

64. Como esta Fiscalía señalara en su requerimiento, puesto que, en los hechos, se trata de servicios no concesionados que se otorgan en las zonas colindantes a las áreas concesionadas de las empresas sanitarias, son prestados en condiciones monopólicas, de acuerdo a los principios que informan la legislación tarifaria, debieran proveerse sujetos a un marco tarifario regulado.
65. Ratifica esta apreciación el artículo 12 A del D.F.L. N° 70, de 1988, que dispone: *“En el caso que sea necesario determinar tarifas para nuevas prestaciones, o para componentes adicionales de una prestación, las tarifas que se determinen de acuerdo al procedimiento señalado en esta ley podrán adicionarse a las fórmulas tarifarias a través de un decreto tarifario complementario y tendrán vigencia hasta el término del período en curso. Igual procedimiento se aplicará en el caso de prestaciones que la Comisión Resolutiva establecida en el decreto ley N° 211, de 1973, determine que tienen características monopólicas y por tanto sea necesario fijarles tarifas dentro del respectivo período tarifario”*.
66. Así lo entendió el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sucesor legal de las Comisiones Resolutiva y Preventivas, al reconocer la calidad de facilidad esencial de dichas empresas en las aludidas zonas y la necesidad de aplicar regulaciones y medidas diversas a las existentes hasta la fecha en el mercado.
67. Sin embargo, las empresas requeridas ESSAL S.A., AGUAS ANDINAS S.A., ESSBIO S.A. y AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A. infringieron, además, el artículo 3° del decreto Ley N° 211, en particular su letra b), que entiende con atentatoria a la libre competencia -entre otras conductas- *“la explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”*.

68. Dicha circunstancia amerita que no sólo ESSBIO S.A. y AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A. sean sancionadas en autos, a partir de la serie de hechos e irregularidades expresamente reconocidas por el H. Tribunal, sino también S.A. y AGUAS ANDINAS S.A., actualmente empresas coligadas.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos citados y en los artículos 1°, 3°, 27, 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, y demás normas aplicables,

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

Tener por interpuesto recurso de reclamación fundado en contra de la Sentencia N° 85/2009, de 2 de julio de 2009, de ese H. Tribunal, concederlo y ordenar que suban los autos en original a la Excm. Corte Suprema, con el fin que ese Alto Tribunal enmiende conforme a Derecho el referido fallo, declarando en su reemplazo que se acoge el Requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica, respecto de las empresas sanitarias ESSAL S.A., AGUAS ANDINAS S.A., ESSBIO S.A. y AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A., aplicándoles a todas ellas la multa indicada en el libelo, y decretando se apliquen –además de las medias previstas en el fallo recurrido- las demás solicitadas por esta Fiscalía, tendientes a solucionar los aspectos pendientes reseñados en el cuerpo del presente escrito.