

Santiago, dieciocho de mayo de dos mil diez.

**VISTOS:**

En estos antecedentes rol 5443-09 se trajeron los autos en relación para conocer de las reclamaciones interpuestas contra la sentencia de dos de julio de dos mil nueve, dictada a fojas 10.832 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en procedimiento contencioso iniciado por demanda de la empresa Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de la concesionaria de servicios sanitarios Aguas Nuevo Sur Maule S.A. (en adelante "ANSM"), procedimiento que motivó una investigación de la Fiscalía Nacional Económica y con fecha ocho de septiembre de dos mil ocho un requerimiento de dicha Fiscalía en contra de las siguientes empresas de servicios sanitarios: Empresa de Servicios Sanitarios de los Lagos S.A. (en adelante "ESSAL" Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío S.A. (en adelante "ESSBIO"), AGUAS ANDINAS S.A. (en adelante "AGUAS ANDINAS") y la demandada ANSM, requerimiento que por resolución de doce de septiembre de dos mil seis se acumuló a la presente causa. La sentencia objeto de las reclamaciones resolvió acoger parcialmente la demanda y requerimiento sólo respecto a las empresas ANSM y ESSBIO, a la primera por cobros arbitrarios y abusando de su posición dominante y a ambas por el cobro abusivo y arbitrario del factor denominado "nuevo consumo", disponiendo lo siguiente:

1. Acogió parcialmente las excepciones de prescripción interpuestas por Aguas Nuevo Sur Maule, ESSBIO S.A., y Aguas Andinas S.A. en contra del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, sólo 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, para ESSAL.
2. En cuanto a la demanda interpuesta por Constructora e Inmobiliaria Independencia en contra de Aguas Nuevo Sur Maule, la sentencia objeto de las reclamaciones la acoge parcialmente, declarando que esta empresa ha abusado de su posición dominante al aplicar a la actora cobros arbitrariamente discriminatorios y condenándola al pago de una multa de 1.338 U.T.A. con costas.

3. Asimismo, la citada sentencia acoge parcialmente el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica condenando a las empresas Aguas Nuevo Sur Maule S.A. y ESSBIO S.A. por haber utilizado un parámetro de cobro denominado "factor nuevo consumo" que es injustificado y abusivo por lo que a ANSM, sin perjuicio de la multa antes indicada, la condena a una multa adicional de 1.254 U.T.A. y a ESSBIO S.A. de 2.347 U.T.A. La sentencia desestimó el requerimiento en contra de ESSAL y AGUAS ANDINAS.
4. Además la sentencia 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.
5. Resuelve no condenar en costas a las requeridas, por no haber sido totalmente vencidas.
6. Impone a las requeridas, como medida correctiva de aquellas a las que se refiere el artículo 3° del DI, 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.
7. Resuelve, además, proponer al Ejecutivo, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del DL 211, la modificación de los preceptos legales y reglamentarios a fin de adecuarlos a las normas que protegen la libre competencia en el mercado afectado, tal como se señala en la parte considerativa del fallo, que se indica:
  - a) La Ley General de Servicios Sanitarios DEL 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.

- b) La Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, DEL 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:

El fallo antes descrito contiene una prevención del Ministro señor Menchaca el que no obstante concurrir al fallo, estuvo por imponer una multa total de 1.500 U.T.A. a Aguas Nuevo Sur Maule S.A. y de 1.400 U.T.A. a ESSBIO S.A.

La Cámara Chilena de la Construcción (en adelante CCHC) participa en estos autos como tercero coadyuvante a favor de la posición sostenida por la demandante y por la Fiscalía Nacional Económica. Asimismo, la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios A.G. (en adelante "ANDESS") se hizo también parte como tercero coadyuvante.

- I. Reclamación de la Fiscalía Nacional Económica: A fojas 1.962, consta la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica, en consideración a que la sentencia recurrida no dio lugar a todas las pretensiones de la Fiscalía solicitadas en el requerimiento en contra de las empresas sanitarias ESSAL S.A., ESSBIO S.A., AGUAS ANDINAS S.A.; y AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A., señalando como hechos fundantes de la reclamación el haber incurrido las requeridas 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.

La investigación de la Fiscalía Nacional Económica habría constatado actos abusivos por parte de las empresas de servicios sanitarios, 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 la Ley para que las empresas sanitarias concesionadas financien la expansión de sus servicios dentro de su área de concesión.

La Fiscalía Nacional Económica habría determinado, en su investigación durante el período 2003-2005, que las empresas sanitarias detentan una posición dominante en las áreas próximas a sus zonas de concesión y que las requeridas efectivamente habrían abusado en forma permanente de dicha posición.

Tales abusos se cometerían al imponer y hacer exigibles los términos en los contratos en los que se pactan las condiciones en que se proveerán los servicios sanitarios tanto en el caso de empresas sanitarias que obtengan la ampliación de la zona urbana de concesión, como en el de prestación de servicios en áreas rurales.

Señala que los abusos se caracterizan por la utilización de parámetros infundados y no detallados en las evaluaciones de proyecto cuyo efecto sería el que las requeridas realicen cobros improcedentes amparados en su posición de dominio.

Asimismo se habría constatado que algunas empresas sanitarias concesionarias han abusado del sistema de Aportes de Financiamiento Reembolsables (AFR), obteniendo utilidades sobrenormales y fundadas en el marco normativo actual que permite la obtención de dichas utilidades, al recomprar los instrumentos que aquellas 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. Hechos que habrían motivado a la Fiscalía Nacional Económica a solicitar se declarara que las empresas requeridas se encuentran incurriendo en conductas contrarias a la libre competencia que configuran una explotación abusiva de su posición dominante en el mercado relevante de la prestación de servicios de agua potable y alcantarillado. Al efecto, se solicitó la aplicación de multas de 65.000 U.T.A. para ESSBIO, 44.000 U.T.A. para ANSM, 48.000 U.T.A. para ESSAL y 50.000 U.T.A. para Aguas Andinas, sin perjuicio de otras medidas que señala tendientes a corregir los problemas detectados.

Indica que la sentencia objeto del recurso de reclamación comete los siguientes errores:

- a) En cuanto a la prescripción indica que el fallo, en virtud de su considerando trigésimo séptimo, declaró que conforme a lo dispuesto en el artículo 20 inciso 3° del DFL 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. Se sostiene que tal consideración, traducida en la parte decisoria de la sentencia, no habría considerado que la serie de hechos a que se refieren los contratos anteriores y posteriores a los dos años que preceden a la notificación del requerimiento de autos son situaciones que se han cometido durante años y se seguirían cometiendo como una política general abusiva, que de no mediar la intervención de la Fiscalía Nacional Económica seguiría produciéndose. Al efecto cita una jurisprudencia sobre fletes de carga.
  
- b) En cuanto a los cobros por morosidad o incobrabilidad, indica la Fiscalía Nacional Económica que en cuanto a la acusación en orden a que las requeridas incluyen en sus evaluaciones un parámetro injustificado y abusivo que representaría la "incobrabilidad y morosidad" de los futuros consumidores en cada proyecto inmobiliario, el fallo en el considerando centésimo undécimo estableció que la prueba acompañada en autos no permite establecer las tasas de morosidad e incobrabilidad válidas para cada caso, por lo que no es posible establecer la diferencia entre estas tasas y las aplicadas por las requeridas al calcular los montos cobrados a las empresas constructoras, no siendo posible determinar si existe una aplicación abusiva de este parámetro. Sostiene la Fiscalía Nacional Económica que los antecedentes aportados por ella eran suficientes para determinar el carácter abusivo de las tasas aplicadas y que el peso de la prueba se habría invertido, correspondiendo a las empresas demostrar la fundamentación de los porcentajes aplicados a los urbanizadores, lo que no hicieron.

Indica que fuera del área de concesión (zonas urbanas no concesionadas y rurales) al no existir regulación, las empresas aplicarían parámetros que en su zona de concesión no les han sido permitidos y que conducirían a tarifas abusivas. Al efecto, cita declaraciones de testigos e informes acompañados por la Fiscalía

Nacional Económica, indicando que las empresas siempre tienen la posibilidad de suspender el servicio a los usuarios y al efecto las normas del DFL 382 le confieren atribuciones para ello, en especial la norma del artículo 36 del cuerpo legal citado (clausura a los 6 meses de mora).

Agrega que el sistema tarifario para el área concesionaria considera inexistencia de morosidad y sólo considera un interés por mora. Señala que los mayores porcentajes para este factor se atribuye a las viviendas sociales, pero la casi totalidad de los ocupantes de esas viviendas tienen derecho a subsidio de agua potable, siendo una de las exigencias para recibirlo encontrarse al día en el pago de las cuentas. Respecto a las áreas rurales las herramientas para el cobro de cuentas son aún mayores ya que al efecto se consagran cláusulas especiales en los contratos respectivos y examina algunas cláusulas de los contratos de ANSM y otros de Aguas Andinas, en que los cobros suponen morosidades de tan largo tiempo que resultan inverosímiles. Todo lo anterior se traduciría, a juicio de la recurrente, en cobros excesivos que benefician a las empresas de servicios sanitarios.

c) En cuanto a la tasa de descuento aplicadas por las requeridas, señala la Fiscalía Nacional Económica que en lo que respecta a proyectos fuera del territorio operacional, las requeridas cobran sin justificación tasas de descuento o costo de capital muy superiores a las utilizadas dentro del territorio operacional. La sentencia recurrida establece que con los antecedentes que constan en autos el Tribunal no puede pronunciarse sobre el grado en que la tasa de descuento utilizada en cada caso corresponde a los verdaderos costos de financiamiento (considerando centésimo décimo tercero), decidiendo que al no haberse 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 lo ordenado en lo resolutivo de la sentencia, sobre las condiciones que deben cumplir este parámetro y el de todos los incluidos en los cobros, que deben basarse en condiciones objetivas, generales, públicas y no arbitrariamente discriminatorias.

Considera la Fiscalía Nacional Económica que los cobros no tienen justificación alguna desde que los proyectos fuera del territorio operacional no son más riesgosos, como lo sostienen las requeridas, ya 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 que se discute, no tiene riesgos adicionales.

Los proyectos relacionados con viviendas sociales son menos riesgosos que los ejecutados dentro del territorio operacional, por lo que la tasa de descuento establecida por las empresas no tiene justificación económica que no sea la del abuso de una posición de dominio. Al efecto señala que el riesgo de las empresas sanitarias es mínimo en los casos en que 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. En abono de su tesis la Fiscalía Nacional Económica hace diversas críticas al informe presentado por Aguas Andinas formulado por "Bitrán & Asociados".

- d) En cuanto a los cobros por concepto de gastos generales, señala la Fiscalía Nacional Económica que 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 aún cuando reconoce falta de consistencia en las planillas utilizadas para evaluar los proyectos de AguasAndinas, no acoge el requerimiento contra esa empresa (considerando 115 y 116) por estimar insuficiente la prueba aportada por la Fiscalía.

Indica que al contrario a lo indicado en el fallo, la Fiscalía justificó la existencia e improcedencia de esos cobros y que correspondía a la requerida demostrar la justificación en costos del referido cobro.

- e) En cuanto a la declaración de aportes a terceros, indica la Fiscalía Nacional Económica que respecto al cargo formulado que las requeridas no declararon en sus procesos tarifarios los ingresos financieros recibidos por la recompra de pagarés, la sentencia establece que no existe evidencia en autos que permita acreditar que las requeridas efectivamente no declararon como "Aportes a Terceros" en los correspondientes procesos tarifarios.

Indica que las requeridas habrían reconocido esta circunstancia, al señalar que sólo los aportes de infraestructura física serían aportes de terceros, lo que implicaría que reconocen que ellos no declaran los aportes monetarios que reciben de los urbanizadores, todos los cuales deben ser informados a la SISS.

Agrega que estos aportes de terceros no pueden considerarse activos propios y luego rentabilizar en la zona regulada sobre obras que han sido financiadas por parte de los urbanizadores; lo anterior conduciría a cobrar dos veces por los mismos activos.

Termina solicitando se enmiende el fallo, declarando en su reemplazo se acoge el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica respecto de las empresas sanitarias ESSAL S.A., AGUAS ANDINA S.A.; ESSBIO S.A. y AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A., aplicándole a todas ellas la multa indicada en el libelo y decretando se apliquen, además de las medidas previstas en el fallo recurrido, las demás solicitadas por la Fiscalía.

- II. Reclamación de Empresas de Servicios Sanitarios de Bío Bío S.A. S.A. (ESSBIO). A fojas 10995 consta la reclamación de ESSBIO, solicitando la revocación de la sentencia reclamada y, en su lugar, se acojan las peticiones concretas que se formulan en el petitorio, esto es: a) el rechazo del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica; b) en subsidio la rebaja de la multa en la cifra que esta Corte Suprema estime pertinente de acuerdo al mérito de autos y c) que en todo caso se revoque la sentencia en los resueltos 8 y 9 de la parte resolutive, por exceder el ámbito de las medidas que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pueda adoptar en un proceso contencioso en conformidad al artículo 26 del DL 211.

En su recurso ESSBIO, luego de describir el requerimiento que se le ha formulado relacionado con los cobros de interconexión fuera del territorio operacional o en algunos casos de ampliación del Terreno Operacional, señala que se explicó en detalle las diferencias de prestar servicios sanitarios, dentro y fuera del Territorio Operacional, lo que explica la existencia de costos no cubiertos por las tarifas cuando se prestan servicios fuera del citado Territorio o fuera del área de ampliación del Territorio Operacional.

Indica que se ha establecido por la sentencia que existiría abuso de posición dominante consistente en el cobro de precios abusivos, sin que se determinara por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cual sería el justo precio y sin que se determinara cual sería el mercado geográfico dominante, indeterminación que no resulta compatible con una condena por abuso de posición dominante, toda vez que el abuso se debe producir en un mercado individual específico y no en uno fijado hipotéticamente. Señala que no se ha demostrado la concurrencia de los

requisitos para configurar el tipo infraccional, establecido en la letra b) del artículo 30 del DFL 211, esto es i) la existencia de una posición de dominio fuera del territorio operacional; ii) la existencia de actuaciones que puedan ser calificadas de abusivas y iii) la concurrencia de culpa o dolo en tales acciones u omisiones.

Indica que es indispensable para establecer si un cobro es o no abusivo la determinación por parte de la Fiscalía Nacional Económica del "justo precio" y, en el caso de autos, la Fiscalía no rindió prueba alguna en este sentido y, además, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tampoco lo determinó en su sentencia. Agrega que el peso de la prueba recae en la Fiscalía Nacional Económica conforme lo dispone el artículo 1.698 del Código Civil, lo que habría sido reconocido en jurisprudencia de esta Corte y por la doctrina que cita.

Indica que, en cambio, ESSBIO (no siendo su carga procesal hacerlo) demostró que los precios que cobró en los contratos objetados resultan más bajos que los costos reales por proveer el servicio fuera del Territorio Operacional, citando al efecto varios informes, relacionando los costos alternativos de una solución particular con estándar rural y los cobrados por otras empresas de carácter regional por los mismos servicios fuera de su Territorio Operacional.

Señala que la "indeterminación del requerimiento" afectó y perturbó el derecho de defensa de ESSBIO.

Entre los errores que la reclamante achaca a la sentencia señala que además de no señalar el "justo precio" del servicio y de ciertos errores de cálculo reflejados en la tabla N° 3 del fallo, incurre en manifiestos errores de derecho al extender su resolución a materias distintas de aquellas que perentoriamente establece el artículo 26 del DL 211, como son proponer al Presidente de la República la modificación de preceptos legales que estime contrarios a la libre competencia, lo que no sólo imputa la referida infracción legal sino que se aparta de lo ya resuelto en la materia por la Excelentísima Corta Suprema, que cita.

La recurrente invoca también la omisión de la ponderación de parte de la prueba rendida e infringe el artículo 26 del DL 211 al no enunciar los fundamentos económicos de su resolución, como obliga la norma citada; es más, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se negó a entregar el modelo con el cual había efectuado los cálculos con el objeto que pudieran ser revisados por ESSBIO, y al

efecto reproduce la resolución que denegó dicha petición.

En otro acápite de su reclamación la recurrente reprocha al fallo una serie de inconsistencias y al efecto señala que a pesar de acoger la prescripción (considerando 37) en la Tabla N° 3 de la sentencia considera ocho contratos prescritos incluyendo sus valores en la determinación de "ingresos injustificados" y además considera esa cifra para los efectos de aplicar las multas. Otra inconsistencia planteada es que la sentencia sólo objeta en definitiva el parámetro denominado "factor nuevo consumo" y determina que los cobros excesivos sancionables corresponden sólo a ese parámetro, criterio que sería diferente cuando examina los cobros de ANSM en que determina que sólo aceptará como válidas las partidas "diferencia de tarifa" y "costo de ingeniería" (considerando 123) de modo que todas las demás partidas serían injustificadas.

Agrega que no hay prueba alguna de autos que acredite que los "cobros abusivos" que se imputan hayan redundado en un menor desarrollo de viviendas sociales, situación que sería estimada como un supuesto agravante, sin considerar que en el modelo aplicado por la empresa existe precisamente un significativo descuento a los proyectos de vivienda social.

Indica la recurrida que en la sentencia se concluye que la empresa habría cobrado al constructor la totalidad de la inversión necesaria para la capacidad requerida para proveer servicios sanitarios al total de las viviendas en el nuevo proyecto, lo que no resulta efectivo ya que ESSBIO sólo cobró a los inmobiliarios el 34% ponderado del valor de las inversiones. Indica como otras contradicciones el errático tratamiento de los gastos generales en que se aplicaron criterios distintos para cada empresa requerida y lo mismo señala que ocurre con los valores que considera el fallo en relación al IVA, en que en la mayoría de los casos aplica los valores sin ese impuesto y en otros lo incluye, colacionando valores que no han sido percibidos. También reprocha al fallo el error de incluir la partida "gastos de inspección" que no fue objeto del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

Indeterminación del mercado relevante.- Indica la recurrente que para que se configure la infracción de, "abuso de posición dominante" ella debe realizarse en un mercado relevante de producto, o geográfico por ser un elemento del tipo, lo que no ha sido determinado por la sentencia, ya que lo define como "zonas próximas a las áreas de concesión de las empresas sanitarias", lo que es indeterminado en el

caso de empresas con varias concesiones. La sentencia lo reconoce al señalar que el ámbito de extensión de sus redes es variable entre otros factores por características topográficas y de demanda, careciendo de la fundamentación económica para determinar los mercados relevantes.- Señala que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, si bien definió conceptualmente el mercado relevante geográfico como aquel que "queda determinado por la ubicación del proyecto inmobiliario que requiere de dichos servicios", lo establece tácitamente a partir del monopolio legal que las sanitarias mantienen dentro del área de concesión, concluyendo que gozan de economías de escala y ámbito que pueden extender fuera de éste, para concluir que las empresas de servicios sanitarios gozan de importantes barreras de entrada fuera de sus áreas de concesión, al menos en los terrenos que son adyacentes a éstas. Lo señalado, expresa la recurrida, demuestra la indeterminación del mercado relevante. Indica la recurrente que la tipificación de la infracción que se achaca es la de haber abusado de su posición dominante, es decir realizar cobros y exigencias injustificadas y desmedidas a los urbanizadores; sin embargo, en estos autos no se habría establecido la existencia de cobros abusivos, además de no configurarse el elemento subjetivo de culpa o dolo, señala que las empresas sanitarias fuera de su territorio operacional no están obligadas a prestar servicios y la ley las faculta para estipular libremente los precios en los respectivos contratos. Al efecto cita el artículo 24 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios y 52 bis de la Ley General de Servicios Sanitarios que reproduce, concluyendo que la sentencia infringe dichas normas y por tanto, el principio de legalidad, al pretender fijar tarifas sin facultad legal para hacerlo.

Acápite especial dedica el recurso a las medidas adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia excediendo su competencia contenciosa e infringiendo el principio de juridicidad. Al efecto se refiere a las medidas que el Tribunal puede adoptar y que establece el artículo 26 del DL 211 y que son normas de derecho público, pero el fallo recurrido además de pronunciarse sobre el requerimiento conforme a dicha disposición, ordena a las requeridas modificar sus modelos de evaluación, sin distinguir entre empresas sancionadas o no sancionadas, todo ello dentro del fallo, como también proponer al Presidente de la República la modificación de preceptos legales, facultades que escapan al ámbito jurisdiccional conforme a lo preceptuado en el artículo 18.- Al efecto cita jurisprudencia sobre el particular.

Finalmente se refiere al monto de la multa fijada por la sentencia recurrida, la que estima desproporcionada y no razonable. Indica que no guarda relación con otras multas aplicadas en casos similares, que no es razonable en relación a la infracción que se le atribuye, que al negar las planillas de elaboración propia (resolución de 8 de julio 2009) no ha permitido cuestionar los montos atribuidos a cobros excesivos. Indica que "el beneficio económico atribuido a ESSBIO por el uso del factor nuevo consumo ascendería a 41.074 U.F., según el fallo, lo que es errado e inexacto como ha quedado demostrado; por ello solicita en subsidio se aplique un significativo descuento de la multa aplicada.

### III. Reclamación de Aguas Nuevo Sur Maule (ANSM).

Señala la reclamante que es necesario precisar el negocio que está sometido al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que corresponde a la competencia específica de éste, ya que en el caso de ANSM existen dos demandantes, por una parte Constructora e Inmobiliaria Independencia Limitada (en adelante Independencia) y por la otra, la Fiscalía Nacional Económica. Señala que se le imputa por Independencia la infracción al artículo 3 letra b) del DI, 211, imputándole un cobro excesivo de conexión fuera del territorio operacional como promedio superior al 240% y la discriminación de precios manifiesta e infundada, basándose en una comparación de un porcentaje promedio ponderado de los Aportes de Financiamiento Reembolsables (AFR) que se cobran dentro del territorio operacional, con los precios de interconexión que la inmobiliaria acordó con ANSM en sendos contratos, por la interconexión de sus proyectos emplazados en zonas rurales.

Por su parte la Fiscalía Nacional Económica requirió a la reclamante junto a ESSAL, Aguas Andinas S.A. y ESSBIO por una serie de cobros y exigencias abusivas, imputándole, en el caso de ANSM, cobros en exceso sobre los \$700.000.000. Para fundamentar el supuesto carácter abusivo de los cobros convenidos con los urbanizadores, se objeta sin mayores explicaciones algunas partidas del modelo de evaluación que entregó la reclamante a la Fiscalía Nacional Económica y a requerimiento de ésta para justificar los cobros de interconexión fuera del territorio jurisdiccional.

En efecto, dentro del territorio jurisdiccional la concesionaria sólo puede cobrar las tarifas determinadas en el proceso de fijación tarifaria y que corresponden a las

tarifas eficientes de "una empresa modelo" que cubra todos los costos y margen de utilidad. Fuera del territorio operacional, la sanitaria no se encuentra obligada a prestar servicios sanitarios y cuando tal servicio le es requerido por una inmobiliaria, ella evalúa sus costos reales y no los de la empresa modelo y determina qué parte de esos costos no serán cubiertos por las tarifas que percibirá de los usuarios finales, de forma que la parte no cubierta por las tarifas constituye el precio que se cobra a las inmobiliarias y que la Fiscalía Nacional Económica consideró excesivo. Las tarifas que se cobran a los usuarios finales son las mismas tanto en la zona operacional como fuera de ella. El reproche de la Fiscalía en su requerimiento es el abuso de posición dominante por cobros injustificados y excesivos a los urbanizadores, lo que aumentaría los costos de éstos encareciendo el valor de los inmuebles, lo que infringiría el DL 211.

En lo sustancial la recurrente señala como agravios de la sentencia recurrida los siguientes:

- a) La sentencia recurrida habría incurrido en el vicio de ultra petita, consistente en que habría extendido su decisión a puntos y hechos no solicitados por las partes y que no formaron parte del debate. Dicho reproche lo explica señalando que la sentencia ha resuelto que ANSM habría incurrido en una conducta contraria a la libre competencia, consistente en abuso de posición de dominio que se materializa a través de "cobros arbitrariamente discriminatorios". Indica que si se analiza la demanda y la causa de pedir, se constata que toda la acción se sustentó sobre la base del "justo precio" por los servicios de interconexión que sería un porcentaje de los AFR's aportados por Independencia a ANSM por sus proyectos ubicados dentro del territorio operacional, valor respecto del cual se efectúa en la demanda una comparación para construir los supuestos cobros superiores en un 240% y la "discriminación de precios manifiesta e infundada". El citado justo precio equivaldría al promedio ponderado de los AFR's exigidos a la demandante dentro del territorio operacional, pretendiendo incluso que se debía considerar únicamente la parte efectivamente pagada por la empresa, es decir considerar como precio incluso el descuento con que la recurrente ha recomprado los pagarés. A pesar de que la sentencia desechó esa tesis, se sustrae de los términos de la acción de autos (competencia específica) y construye la fundamentación de condena en cuestiones que no fueron objeto de reproche y fundamento de la acción deducida.

Indica la parte reclamante que en el caso de autos la sentencia se apartó de la pretensión de la demandante expresada en su demanda alterando la causa de pedir en que fundaba su acción y recurriendo a elementos que no forman parte del debate para fundar su decisión, es decir ha alterado la causa de pedir del demandante recurriendo a hechos y fundamentos distintos a los esgrimidos por éste y sacando de ello una conclusión jurídica que excede lo pedido por aquél, incurriendo en consecuencia en el vicio de nulidad de la sentencia constituida por ultra petita en la forma de extra petita.

- b) Decisiones contradictorias. Indica la reclamante que la sentencia en el considerando resolutivo trigésimo séptimo acoge la excepción de prescripción alegada por la empresa y en consecuencia indica que no se podrá considerar los cobros contenidos en los contratos celebrados antes del 19 de octubre de 2004 y por lo mismo tampoco se tendrán en cuenta dichos cobros para calificar la gravedad de la conducta. No obstante lo anterior, al valorizar los cobros efectuados a título de factor nuevo consumo, considera en la tabla número dos del considerando centésimo segundo los contratos denominados hijuela primera, doña Ignacia y Santa Teresa, todos ellos celebrados antes de la fecha indicada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por lo mismo abarcados por la resolución de prescripción referida. No obstante en el monto total que se sostiene la sentencia que se habría cobrado en exceso se incluyen y colacionan los valores de estos tres contratos prescritos, con lo cual se está flagrantemente contradiciendo lo resuelto en el citado considerando trigésimo séptimo.

Como si lo anterior fuera poco, señala la reclamante al fundamentar la imposición de multa a la empresa, se considera "beneficio económico obtenido con motivo de la infracción" el que se valoriza en U.F. 21.946, monto en el cual se incluyen precisamente los cobros relacionados con los citados tres contratos declarados prescritos, que representan un valor de U.F. 5.789. En la especie, en lo que respecta a los tres contratos antes señalados, resulta evidente que no puede cumplirse simultáneamente la resolución que los declara prescritos con aquella que aplica una multa en que se considera a estos mismos contratos; en otras palabras, la sentencia recurrida primero resuelve que no los considerará y especialmente que tampoco se tendrán en cuenta para calificar la gravedad de dicha conducta, para luego proceder a considerarlo. Indica que esta sola decisión contradictoria incrementa por sí sola en un 36% la suma que el

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estima como renta monopólica o cobro abusivo respecto del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, lo que demuestra como ha influido en lo dispositivo del fallo.

- c) Falta de los fundamentos de hecho y económicos de la sentencia, errores en los cálculos numéricos e incorrecta o inexistente y/o errada ponderación de la prueba.

Indica la reclamante que, aun en el supuesto hipotético que se aceptaran los supuestos del fallo, los valores a que arriba el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son sustancialmente superiores a los cálculos correctos, lo que importa que en el caso de la demanda de Independencia se sobre valoró el supuesto cobro abusivo en U.F. 11.238, que representa un 105% y en el caso del requerimiento en U.F. 9.987, que representa un 74%, lo que en total importa una sobre determinación de U.F. 21.225 que representan un ochenta y ocho por ciento.

Refiriéndose al considerando octogésimo séptimo la recurrente señala que la sentencia concluye que las empresas sanitarias poseen poder de mercado en aquellas áreas donde presentan economías de escala y de ámbito no reproducible, materia respecto de la cual se habían resuelto previamente que la distancia en que tienen las economías que le otorga el poder de mercado será variable en cada área de concesión en función de características topográficas, de demanda y otros. Critica la sentencia en el sentido que no contiene considerando alguno en que se consignen los fundamentos de hecho y económicos en virtud de los cuales se establezca que en los mercados geográficos relevantes específicos correspondientes a cada uno de los proyectos o desarrollo inmobiliario materia de los contratos objetados a ANSM analizadas sus condiciones topográficas y de demanda se encuentran dentro de la distancia en que se mantiene las economías de escala y ámbito respecto de alguna de las treinta concesiones de la empresa y en consecuencia que gozaría de un poder de mercado. Agrega que sobre el particular no se rindió prueba alguna por parte de la Fiscalía Nacional Económica que de cuenta del análisis particular de todos los mercados geográficos relevantes en función a factores como topografía o demanda respecto de alguna de las treinta concesiones de ANSM en la Séptima Región.

La reclamante sostiene que tampoco se ha analizado como ocurre en el considerando septuagésimo séptimo la existencia de otros actores que pueden disputar el mercado a ANSM específicamente y además de los APR's, existen otras empresas sanitarias y también las de soluciones particulares. Sin embargo, agrega, la sentencia se limita a analizar en el considerando octogésimo tercero y siguiente sólo los APR omitiendo normas reglamentarias sobre la existencia de sustitutos de la oferta en las zonas rurales, concluyendo que sólo pueden ser sustituto con capacidad de disciplinar a la E.S.S. en aquellos lugares en que esta última no pueda aprovechar ningún tipo de economía de escala ni de ámbito. Señala que ha habido una deficiencia en el análisis en cada uno de los mercados geográficos relevantes y además no se compadecen las conclusiones con el mérito de la prueba rendida en autos ya que la reclamante habría acreditado que en la Séptima Región existen APR con la referida capacidad en torno a alguna de sus treinta concesiones, omitiendo totalmente ponderar la prueba y considerar el efecto de los otros actores con capacidad de disputar el mercado. Señala la reclamante que no sólo la sentencia debería contener los fundamentos de hecho y de derecho, sino que en forma muy importante los fundamentos económicos. En el caso de autos no se indican los fundamentos económicos que llevan al tribunal a estimar los supuestos cobros en exceso. Al efecto, señala que en el considerando octogésimo primero se expresa que existirían suficientes argumentos como para inferir la existencia de barreras de entrada fuera de los territorios operacionales; otro ejemplo es el denominado factor nuevo consumo respecto del cual se rindió prueba para demostrar la efectividad del sustento fáctico, esto es el desplazamiento de usuario desde dentro del territorio operacional a proyectos ubicados fuera de dicho territorio; sin embargo, la sentencia ni siquiera toma en consideración dichas pruebas que habrían demostrado que la mayoría de los usuarios de los proyectos en análisis con anterioridad ya eran clientes de ANSM.

Finaliza en este punto la parte reclamante sosteniendo que todos los antecedentes probatorios aportados demuestran que el precio cobrado por ANSM no resulta excesivo sobre normal o abusivo y que la sentencia con todos estos antecedentes probatorios simplemente no los consideró ni ponderó.

- d) Falta de fundamentos de hecho, derecho y económicos de la condena por cobro discriminatorio. Indica la reclamante que la sentencia recurrida en el número

seis de su parte resolutive establece que ANSM habría aplicado a Independencia cobros arbitrariamente discriminatorios.

Señala que para poder determinar si hay o no discriminación es indispensable que se deban observar dos cosas de manera tal que si no existe punto de comparación o al menos dos cosas comparables es imposible determinar la discriminación. Al efecto reitera que Independencia fundó su demanda en la existencia de dos cobros o precios, el primero dentro del territorio operacional que correspondía a un porcentaje de las AFR que esta aportó por sus proyectos emplazados en las zonas de concesión y el segundo el cobro efectivo de ANSM fuera del territorio operacional en las zonas rurales por los valores acordados en los respectivos contratos suscritos por la actora. Como la sentencia desestimó que los valores de los AFR fueran equivalentes al cobro, cargo o precio por la interconexión dentro del territorio operacional, e incluso se determinó que la constructora no paga las obras necesarias para interconectar nuevos desarrollos inmobiliarios, terminó por eliminar el punto de comparación que separa o distingue de los cobros reprochados como discriminatorios. Por otra parte, termina concluyendo que los únicos elementos de costo que resultan válidos del modelo de ANSM serían la diferencia tarifaria y los costos de ingeniería, razonamiento a partir del cual asume que todos los demás costos que contempla el modelo deben ser considerados como improcedentes, lo que contradice por lo demás el análisis que hace del mismo modelo respecto de los seis contratos que se repiten en el requerimiento, respecto al que concluye que sólo considerará como improcedente o injustificado el factor nuevo consumo llegando en la tabla número ocho a determinar un supuesto exceso pagado por urbanizador. De lo anterior concluye que no hay antecedentes que le permitan al tribunal dar por establecida una supuesta discriminación.

- e) No concurrencia de los requisitos del tipo infraccional imputado. Afirma la sentencia, según lo señala el reclamante, que existen importantes economías de escala que son aprovechadas por las empresas de servicio sanitarios, tanto dentro de su territorio operacional como en zonas adyacentes a éstas, que pueden constituir barreras de entrada para eventuales competidores en dichas zonas, señalando que a juicio del tribunal existirían suficientes argumentos como para inferir que las empresas sanitarias gozan de importantes barreras de entrada fuera de sus áreas de concesión al menos en los terrenos que son adyacentes a éstas. La sentencia adolecería de una tremenda indeterminación

ya que la zona en que según el fallo aprovecharía sus economías de escala y ámbito serían las adyacentes, pero sin indicar hasta donde llegaría esta influencia; por el contrario, los propios sentenciadores reconocen que esta distancia será variable en cada área de concesión en función de, por ejemplo, las características topográficas y de demanda. Señala que hasta este punto llega el análisis de la sentencia, lo que le permite concluir que en ese mercado relevante específico pueden aprovechar sus economías de escala y de ámbito y en consecuencia están en condiciones de hacer un ejercicio efectivo de poder de mercado.

Después de un extenso análisis concluye la recurrente que en la especie no se reúnen en el caso de autos los elementos del tipo infraccional imputado, no se rindió prueba que permita al tribunal establecer la concurrencia del ilícito anti competitivo, tanto porque no se determinó si en los mercados geográficos relevantes específicos se tenía poder de mercado como tampoco se estableció la existencia de cobro excesivo ni la existencia de actuaciones culpables o dolosas de la reclamante.

- f) Violación del principio de legalidad y del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Indica la recurrente que el tribunal ha resuelto qué puede cobrar la empresa, ya sea sacando ciertas partidas de costos o bien determinando cuáles costos puede cobrar. En otras palabras, el Tribunal de la Libre Competencia fija el precio máximo que puede cobrar la empresa reclamante. Indica que tal actuación excede claramente la competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ya que expresamente la legislación sectorial y la jurisprudencia autorizan a convenir precios de la prestación libremente.

En efecto, la Ley General de Servicios Sanitarios, DFL N° 382 de 1988 de Obras Públicas, permite a las empresas sanitarias cobrar por los servicios fuera de la zona urbana, precios que libremente puede establecer, tratándose además de una actividad facultativa y no obligatoria. Como es evidente, la sentencia que se reclama limita esa libertad afectando un derecho consagrado en la ley. Cita al efecto al artículo 24 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, que indica que si el prestador desea dar servicios no obligatorios podrá convenir libremente con los interesados los pagos y compensaciones que haya lugar. Por su parte el artículo 52 bis de la Ley General de Servicios Sanitarios indica el mismo

principio. En el mismo sentido cita el oficio de la Superintendencia de Servicios Sanitarios N° 1441 del 2006 y además jurisprudencia en apoyo de la tesis que sustenta.

Agrega que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no puede ejercer una potestad pública respecto de la cual es claramente incompetente a riesgo de incurrir en la infracción constitucional señalada en los artículos sexto y séptimo de la Constitución Política de la República, y cita además la disposición del artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales.

- g) Error de derecho al extenderse el fallo a materias no contenidas en el artículo 26 del DL 211. Señala la reclamante que en la sentencia que se reclama el tribunal ha ejercido la llamada "potestad requisitoria" consistente en proponer la dictación, modificación o derogación de normas legales o reglamentarias infringiendo de esa forma el Decreto Ley 211. Adicionalmente el Tribunal ha establecido medidas correctivas al imponer a las requeridas la utilización del modelo público. Al ejercer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ambas potestades se ha excedido de su competencia contenciosa infringiendo el principio de legalidad. Señala que la potestad requisitoria no puede establecerse en el marco de un procedimiento contencioso como lo ha hecho el Honorable Tribunal de la Libre Competencia en la sentencia que se reclama; indica que el artículo 26 del DL 211 prescribe que en la sentencia definitiva el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas que en síntesis son: a) modificación o término de actos o contratos por contrariar el DL 211; b) ordenar la modificación o disolución de personas jurídicas de derecho privado y c) aplicación de multas a beneficio fiscal. En ninguna parte de esta disposición se señala que el Tribunal puede efectuar propuestas legislativas; agrega que las potestades de un Tribunal son normas de derecho público, por lo que sólo puede hacer lo que expresamente está autorizado. Al efecto reproduce el considerando centésimo trigésimo segundo V concluye diciendo que es evidente que las medidas impuestas por el Tribunal no son de aquellas que puedan estar contenidas en una sentencia pues infringe manifiestamente el tenor literal del artículo 26 del DL 211. Sobre la materia cita la parte reclamante jurisprudencia de la Corte Suprema que resuelve la reclamación en contra de la sentencia N° 81-2009 del Tribunal de la Libre Competencia Rol 1855-2009, de 15 de junio del año pasado y al efecto reproduce parte de ella.

- IV. La Cámara Chilena de la Construcción solicitó se confirmara la sentencia, dado que recoge bien el asunto planteado, producto de una investigación de más de seis años por la Fiscalía Nacional Económica. Indica que las empresas de servicios sanitarios en la zona urbana concesionaria están sujetas a un monopolio legal y a decreto tarifario. Ocurre que en la zona cercana la empresa sanitaria goza de una posición dominante tal que hace imposible a la que desea desarrollar un proyecto inmobiliario recurrir a otra empresa distinta. Solicita se declare que a la conexión entre el proyecto inmobiliario y la empresa sanitaria en que se produce este monopolio de hecho se aplique el artículo 12 letra a de la Ley de Servicios Sanitarios y quede incluida en el decreto tarifario. En relación a las zonas rurales se aplique la autorregulación de la letra b del artículo 12.

Solicita se modifique el régimen de prestación de servicio fuera de las zonas urbanas regulando el Tribunal las condiciones de prestación de servicios sanitarios al amparo del artículo 52 bis de la Ley Sanitaria, tanto mediante la aplicación de tarifa como en cuanto a los aportes que deban efectuar los urbanizadores a la empresa sanitaria; promueva una reforma a la Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios en lo relativo a los aportes de financiamiento con el fin de dar mayor liquidez a los documentos de reembolso. Asimismo solicita ordenar a las empresas de servicios sanitarios establecer un marco general de condiciones de prestación de servicio en zonas rurales cercanas a sus áreas de concesión.

- V. La Asociación Chilena de Empresas Sanitarias plantea que las pretensiones de la Cámara Chilena de la Construcción no pueden formularse a través del recurso de reclamación previsto en el artículo 27 del DL 211, según el cual sólo será susceptible de recurso de reclamación para ante la Corte Suprema la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26 como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Agrega que la Cámara Chilena de la Construcción no está legitimada para deducir recursos de reclamación, pues su intervención en el juicio estuvo circunscrita a los aspectos regulatorios relativos al ejercicio por parte del Tribunal de las facultades que no están establecidas en el artículo 26 del DL 211 y las decisiones que el Tribunal pueda optar en tales aspectos se encuentran excluidas del recurso de reclamación de conformidad con el artículo 27 del mismo cuerpo legal. Que en lo que respecta al ejercicio de facultades no jurisdiccionales la decisión que el Tribunal adopte no constituye una sentencia definitiva y por lo tanto no se verifica el requisito previsto en el inciso segundo del artículo 27 del DL, 211 para que proceda recurso de

reclamación, es decir que se trate de una sentencia definitiva. Este criterio ha sido adoptado por el Honorable Tribunal de la Libre Competencia y confirmado por la Corte Suprema en sentencia de 15 de junio del año 2009.

- VI. La Constructora e Inmobiliaria Independencia, actora en estos autos en contra de ANSM, solicita la confirmación de la sentencia. Indica que su parte como constructora de viviendas sociales con pequeñas construcciones se ha visto obligada a concurrir a este juicio de más de cuatro años de duración contra defensas colectivas que la han conducido a una defensa muy costosa.

Indica que en estos autos lo que ha ocurrido es que la demandada ha procurado siempre esconder sus costos para poder realizar los cobros abusivos e injustificados, valiéndose para ello de su posición dominante en el mercado. Indica que se ha sostenido que el peso de la prueba no lo tendrían las empresas, pero al respecto se pregunta cómo puede la Constructora e Inmobiliaria Independencia probar si no tiene los elementos para acreditar los costos, esto es lo que se ha denominado elementos subjetivos de la prueba, y lo único que pudo hacer es, a través de la Fiscalía Nacional Económica, solicitar los antecedentes. Para estos efectos Aguas Nuevo Sur Maule inventó un nuevo concepto de cobro cual es el factor nuevo consumo. Además se ha demostrado que se ha discriminado respecto a la misma demandante entre los cobros que efectúa esta empresa entre un loteo y otro. Señala que para construir viviendas sociales cada vez hay que recurrir a terrenos que son más rurales en consideración al alto costo que tienen los terrenos que están en las zonas urbanas. Señala que los únicos ítems legítimos son la ingeniería y conexiones; todos los demás cobros son abusivos. En los recursos planteados se ha atacado la apreciación de la prueba, pero no se dice que la apreciación de la prueba debe hacerse de acuerdo a la sana crítica. La sentencia dio por probado que fuera del área concesionaria se hacían cobros discriminatorios y arbitrarios, al efecto se encuentra la tabla N° 8 en la cual se puede apreciar cobros de cantidades abultadas y discriminatorias en diferencias de metros porque lo que realmente ocurriría es que las empresas sanitarias pretenden quedarse con la utilidad de la empresa constructora. Señala que aquí no se está alterando como se ha sostenido por la recurrente el principio del non bis in idem, ya que claramente hay dos hechos y dos conductas reprochables: una es el cobro abusivo e injustificado utilizando entre otros el parámetro "factor nuevo consumo" que es común para la demandada y otra de las empresas sanitarias condenadas (ESBBIO); y la otra conducta que afecta sólo a la demandada, que es el abuso de

posición dominante al cobrarle a la demandante cantidades arbitrariamente discriminatorias. De lo anterior concluye que acá no ocurre una doble condena por una misma conducta, por lo que no se altera en absoluto el principio del non bis in idem.

Señala asimismo que en cuanto al voto del Ministro señor Menchaca en realidad no se trata de un voto disidente, sino que claramente su voto dice relación con su posición de rebajar las multas manteniendo en todo el fallo objeto de esta causa.

- VII. La Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos (ESSAL) concurre pidiendo que se confirme la sentencia que absolvió a ESSAL del requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica. Indica que ESSAL acompañó todas las pruebas que demuestran en forma clara que no ha incurrido en ninguna de las conductas que la Fiscalía Nacional Económica le reprocha, es más señala que tres constructoras clientes de ESSAL se desafiliaron de la Cámara Chilena de la Construcción. Señala que la Fiscalía Nacional Económica complicó enormemente todo lo relativo a la investigación que formuló a raíz de la investigación iniciada, notificó a ESSAL y además la incluyó en la demanda sin fundamento alguno. Es por eso que el Honorable Tribunal de la Libre Competencia absolvió a ESSAL de los reproches que le formulara la Fiscalía Nacional Económica. Señala que lo que pretende la Cámara Chilena de la Construcción es que el costo lo asuma íntegramente la empresa de servicios sanitarios, pero ocurre que las empresas constructoras adquieren terrenos cada vez de menor precio en zonas alejadas y luego se pretendería que todos los costos que ello involucra sean asumidos por las empresas de servicios sanitarios, mejorando su utilidad. Señala que la Fiscalía Nacional Económica en este largo proceso ha cometido una serie de irregularidades, como la duración de la investigación, la negativa de acceso a la misma, la negativa a entregar los antecedentes de cálculos empleados por ella y finalmente obtiene mezclar el procedimiento regulatorio y el procedimiento sancionatorio.

## **CONSIDERANDO:**

### **I. En cuanto al recurso de reclamación de la Fiscalía Nacional Económica:**

**Primero:** Que en cuanto a la prescripción declarada por la sentencia recurrida, la Fiscalía Nacional Económica solicita rechazar la prescripción parcial

declarada en la sentencia sosteniendo que los actos que se reprochan se continuarán produciendo hasta la intervención de la Fiscalía y al efecto cita una sentencia de esta Corte.

En el caso de autos, lo que la sentencia impugnada ha declarado prescrito se refiere a contratos celebrados con anterioridad a los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de notificación del requerimiento, en los períodos que se indican en el resolutivo quinto. Distinta es la situación de la sentencia de esta Corte, citada por la reclamante, en que se rechazó la prescripción porque la conducta atentatoria a la libre competencia se realizaba día a día y se mantenía en el tiempo, cada vez que un usuario requería los servicios de fletes entre el aeropuerto y las bodegas de la Empresa Portuaria y por ello se condenó a la requerida.

En la especie sólo se han declarado prescritos los actos y hechos que proceden de contratos celebrados con anterioridad a los dos años a la fecha de notificación del requerimiento, pero se condena a las requeridas por los actos que provienen de contratos actuales.

Por estas consideraciones se rechazará la petición de la Fiscalía Nacional Económica, manteniendo la excepción de prescripción acogida parcialmente en el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**Segundo:** Que en cuanto a los cobros por morosidad e incobrabilidad reprochados por la Fiscalía Nacional Económica como conducta contraria al DL 211 por ser cobros abusivos e injustificados, que la sentencia recurrida rechaza por estimar que la prueba acompañada en autos no permite establecer las tasas de morosidad e incobrabilidad, solicita la Fiscalía que se revoque el fallo en esta parte por considerar que los antecedentes aportados son suficientes para determinar el carácter abusivo de las tasas de incobrabilidad aplicadas por las empresas sanitarias requeridas. Como lo señala el considerando centésimo undécimo de la sentencia, al no poder establecerse las tasas de morosidad e incobrabilidad específicas y válidas para cada caso considerado en el requerimiento, no puede determinarse la diferencia entre esas tasas y las aplicadas por las empresas requeridas al calcular los montos cobrados a las empresas constructoras; y en consideración a la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica como lo ordena el inciso final del artículo 22 del DL 211 se resolvió del modo indicado, lo que este Tribunal comparte. La conclusión anterior no se altera por la circunstancia de que las empresas de servicios sanitarios estén facultadas

para suspender el suministro en caso de mora y de la posibilidad de poner término al contrato, ya que los porcentajes de incobrabilidad se determinan incluyendo la adopción de las medidas indicadas. Por las consideraciones anotadas, el Tribunal rechazará la reclamación de la recurrida también en esta materia.

**Tercero:** Que en relación a la tasa de descuento aplicado por las requeridas y que en concepto de la Fiscalía Nacional Económica la sentencia nuevamente, como ocurre en el caso de los cobros por morosidad e incobrabilidad, rechaza condenar a las empresas sanitarias requeridas por la aplicación fuera del territorio operacional de tasas de descuento o costo de capital muy superiores a las utilizadas dentro de ese territorio, en consideración a que no se ha acreditado por la Fiscalía Nacional Económica que las tasas de descuento o costo del capital aplicadas por las requeridas haya sido injustificado.

En la especie, además de lo razonado en el considerando centésimo decimotercero, en el sentido que con los antecedentes de autos el Tribunal no puede pronunciarse sobre el grado de la tasa de descuento utilizada que en cada caso corresponde a los verdaderos costos de financiamiento, no resulta razonable pretender utilizar tasas de descuentos o costo de financiamiento empleadas dentro del territorio operacional en situaciones que se desarrollan fuera de dicho territorio, sin que exista una justificación que demuestre que los costos de financiamiento son similares y que las tasas aplicadas son injustificadas. De lo anteriormente expuesto se sigue que esta Corte rechazará la reclamación formulada en este punto y confirmará la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**Cuarto:** Que en cuanto a los cobros por concepto de gastos generales, la Fiscalía Nacional Económica solicita se revoque la sentencia reclamada en cuanto rechaza la acusación formulada por ella respecto a la falta de justificación de los cobros que realizan las empresas de servicios sanitarios requeridas, en particular las pertenecientes al grupo Aguas en perjuicio de los urbanizadores por concepto de "gastos generales". Tal rechazo se fundamentaría nuevamente en una presunta falta de prueba, argumentando que sería la respectiva empresa requerida la que habría debido demostrar la justificación de los costos de los referidos cobros.

La sentencia recurrida en sus considerandos centésimo decimoquinto y centésimo decimosexto ha establecido que aun cuando en las planillas utilizadas para evaluar los proyectos de Aguas Andinas S.A. la partida de "gastos generales" en la valuación de

proyectos para las zonas urbanas y rurales no son consistentes, sin embargo no es posible establecer, sobre la base de la prueba rendida en autos, si los montos considerados en las planillas "gastos generales" corresponden a costos que se encontrarían consideradosn la tarifa al consumidor final -en cuyo caso considera correspondería a un doble cobro- o si por otras razones son efectivamente injustificadas.

Este Tribunal comparte las apreciaciones formuladas por la sentencia en cuanto al mérito de las pruebas rendidas y por tanto rechazará la reclamación en esta materia.

**Quinto:** Que en cuanto a la declaración de los Aportes de Terceros, la Fiscalía Nacional Económica reclama en contra del rechazo en la sentencia del cargo que dicha Fiscalía formulara a las empresas sanitarias porque no habrían declarado como "aportes de terceros" en los procesos tarifarios los ingresos financieros obtenidos por la recompra de pagarés.

Al contrario de lo que sostiene la recurrente, no está claro que se pueda concluir que en las ampliaciones de territorio operacional los aportes no reembolsables, al no ser declarados como aportes de terceros para el proceso tarifario del área de concesión, generarían un enriquecimiento ilícito. En efecto, la circunstancia que la Superintendencia de Servicios Sanitarios en su oficio haya indicado que no realiza control de los "aportes de terceros" y que desconoce la situación de los aportes monetarios no reembolsables aportados por las constructoras a las empresas sanitarias antes de que éstas amplíen su territorio, nada prueba, ya que como lo dice el mismo oficio en conformidad a la Ley de Tarifas sólo se regulan los aportes de terceros que ocurren dentro del territorio operacional. De los antecedentes de autos no se visualiza que se haya acreditado el abuso que se le atribuye a las requeridas, tal como lo ha establecido el fallo recurrido, por lo que se rechazará la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica respecto a los aportes a terceros.

**Sexto:** Que en cuanto a la absolución de Aguas Andinas S.A. y ESSAL, en su reclamación la Fiscalía Nacional Económica solicita 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 reconocidas en la sentencia, sino también ESSAL y AGUAS ANDINAS. Estima que las cuatro empresas sanitarias infringieron, además, el artículo 3 del DL 211 en su letra b) , pero sin que se precise objetivamente en la reclamación los yerros que visualizaría en la sentencia atacada por el recurso. Sobre el particular

es necesario tener presente que el peso de la prueba recae en la Fiscalía, la que debe suministrar las probanzas suficientes para adquirir la convicción de que las empresas sanitarias absueltas han incurrido en la conducta anticompetitiva imputada, por lo que no existe la infracción atribuida al fallo en el sentido que habría liberado a las absueltas del cargo de probar que los cobros no serían justificados. Con la prueba aportada la Fiscalía Nacional Económica no demostró que esos cobros fueran atentatorios a la libre competencia, lo cual era de su cargo probar.

## **II. En cuanto a las reclamaciones de Empresa Sanitaria del Bío Bío S.A. y Empresa Nuevo Sur Maule.-**

**Séptimo:** Que las recurrentes en sus reclamaciones fundan su petición de revocar la sentencia en que no se habría demostrado por el fallo la concurrencia de los requisitos para configurar el tipo infraccional establecido en la letra b) del artículo 3° del DFL 211, es decir, existencia de una posición de dominio fuera del territorio operacional, la existencia de actuaciones abusivas y la concurrencia de culpa o dolo en tales actuaciones. Al contrario de lo sostenido por las reclamantes, se ha establecido tanto la existencia de una posición dominante como de cobros abusivos; y respecto a la concurrencia de culpa o dolo, ello no constituye un requisito del tipo infraccional establecido en autos, ya que la norma de la letra b) del artículo 3° del DL 211 no alude ni exige la concurrencia de ese elemento subjetivo, ya que basta la infracción a la norma para que el actuar se estime culposo, lo que constituye culpa infraccional o normativa. Por tanto, no se configura la falta que se atribuye al fallo.

**Octavo:** Que en cuanto a lo sostenido por las reclamantes sobre ultra petita en la forma de extra petita, al extenderse la resolución a materias distintas de aquellas que perentoriamente establece el artículo 26 del DL 211, alegación que es también sostenida por las demás empresas de servicios sanitarios, incluso las absueltas, como asimismo por la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios A.G., se atribuye a la sentencia excederse de las materias objeto de la controversia y sometidas al juzgamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como son proponer al Presidente de la República la modificación de preceptos legales que serían contrarios a la libre competencia, infringiendo el principio de legalidad al establecer la potestad requisitoria y administrativa en el marco de un procedimiento contencioso.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su potestad jurisdiccional, conforme lo dispone el artículo 26 del DL 211, en la sentencia definitiva que dicte

puede adoptar las medidas que taxativamente indica esa disposición y que son: a) modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente Ley; b) ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. A continuación se refiere a materias propias de la aplicación de las multas.

Por su parte, el artículo 27 del DL 211 en su inciso segundo señala: "Sólo será susceptible del recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas"

Se encuentra fuera de toda discusión que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la esfera de sus atribuciones administrativas se encuentra investido de la facultad a que alude el N° 4 del artículo 18 del DL 211, que establece que el citado Tribunal puede: "4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas". Estas medidas, al contrario de lo que sostiene el fallo, no pueden formar parte de una sentencia llamada a dirimir un conflicto contencioso que sólo puede terminar aplicando alguna de las sanciones expresamente señaladas en el artículo 26 del DL 211, o en la absolución.

**Noveno:** Que confirma lo antes señalado en el sentido que las medidas referidas en el artículo 18 N° 4 del DL 211 citado se deben adoptar fuera de la esfera jurisdiccional la circunstancia de que no pueden ser objeto del recurso de reclamación, ya que el artículo 27 inciso segundo del DL 211 dispone que sólo puede serlo para ante la Corte Suprema la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas contempladas en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de tales medidas. Asimismo es necesario considerar que la proposición de toda modificación legal debe hacerse al Presidente de la República por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a través del Ministro de Estado que corresponda, al tenor de lo señalado en el citado N° 4 del artículo 18 del DL 211, por lo que mal podría hacerse a

través de una sentencia llamada a dirimir una controversia.

**Décimo:** Que en mérito de lo razonado este Tribunal acogerá dicha alegación, en cuanto reprocha a la sentencia proponer modificaciones legales, las que pueden formularse por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ámbito de sus atribuciones no jurisdiccionales, cuestión que no admite discusión o controversia alguna.

**Undécimo:** Que en lo concerniente a la alegación planteada por las requeridas en cuanto a que el tribunal no podía adoptar medidas correctivas, cabe señalar que dentro de las facultades que le han sido conferidas por el legislador -conforme lo consigna el artículo 3 del DL 211- están las de disponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, sin perjuicio de las demás que enumera el artículo 26. En efecto, este último precepto, al indicar las medidas que podrá contener la sentencia definitiva, incluye en su literal a) la de "Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley", con lo cual queda en evidencia la aptitud que detenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de ejercer la atribución descrita en el citado artículo 3°. De esta manera, dicha pretensión contenida en las reclamaciones referidas deberá ser desestimada.

**Duodécimo:** Que respecto a la solicitud de inadmisibilidad de las peticiones formuladas por la Cámara Chilena de la Construcción, ella se rechazará por estimar este Tribunal que el asunto a que se refiere la intervención del citado organismo ha sido materia de la controversia en el juicio, sin perjuicio de lo señalado en el considerando décimo precedente.

**Décimo Tercero:** Que en cuanto a la objeción formulada en la reclamación por Aguas Nuevo Sur Maule S.A., en el sentido que la sentencia habría infringido el principio de "non bis in idem" sancionando a la reclamante dos veces por un mismo hecho y alterando al mismo tiempo la causa de pedir en que se fundó la demanda, cabe referir que la causa de pedir en concepto de la reclamante se materializaría en "cobros que excederían el justo precio" y, en cambio, el Tribunal resolvió que Aguas Nuevo Sur Maule S.A. habría incurrido en una conducta contraria a la libre competencia consistente en abuso de posición de dominio, la que se concretaría a través de "cobros arbitrariamente discriminatorios", lo que generaría el vicio ultrapetita en la forma de extrapetita. En cuanto a la violación del principio "non bis in idem", ello

se produce al sancionar al pago de una multa al acoger la demanda de Independencia (U.T.A. 1.338) por aplicar cobros arbitrariamente discriminatorios y al mismo tiempo aceptar el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica condenando por el cobro del factor "nuevo consumo" que estima injustificado y abusivo.

Al contrario de lo sostenido por la recurrente no se produce vulneración al principio del "non bis ni idem", ya que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, acogiendo la demanda de Independencia por abuso de posición dominante, la que hizo consistir en los cobros arbitrariamente discriminatorios que se constataron en los efectuados incluso a la misma demandante, no se aparta de la causa de pedir cuyo fundamento no es otro que el abuso de posición dominante que se consideró materializado en los cobros discriminatorios por sobre el justo precio.

Tampoco se produce la vulneración del principio indicado por haber acogido la sentencia el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en cuanto estima injustificado y abusivo el cobro por el factor "nuevo consumo", que constituye una conducta distinta, fundada en hechos distintos a los considerados en la condena por cobros discriminatorios en la demanda de Independencia. En efecto, la sanción de esta conducta que es común con la condena a ESSBIO S.A. por el cobro por factor "nuevo consumo" implica una imposición a aceptar una supuesta

prestación complementaria que, según estima el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, carece de justificación y constituye también una expresión del abuso de una posición de dominio, constituyendo una verdadera cláusula de atadura del contrato.

Por lo anterior, esta Corte rechazará la reclamación de Aguas Nuevo Sur Maule S.A. en relación a estas supuestas infracciones.

**Décimo Cuarto:** Que en cuanto a las decisiones contradictorias que Aguas Nuevo Sur Maule S.A. atribuye a la sentencia respecto a que por una parte acogió la prescripción de tres contratos y declaró que no se considerarán para calificar la gravedad de la conducta, pero por la otra los incluye en el cálculo del factor nuevo consumo y por tanto los considera al calificar la gravedad de la falta, ello será tomado en cuenta junto a otros aspectos en las consideraciones que se efectuarán más adelante en relación a los fundamentos económicos y de hecho considerados en la sentencia reclamada.

**Décimo Quinto:** Que con relación al reproche formulado acerca de que la sentencia habría vulnerado el principio de legalidad del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, al pronunciarse acerca de las partidas que son o no aceptables, fijando precio a prestaciones que no están sujetas a tarifas y que se encuentran bajo libertad de precios, al efecto se consideran infringidos los artículos 24 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios y 52 bis de la Ley General de Servicios Sanitarios. Dichas disposiciones se refieren a los servicios prestados fuera del área de concesión respecto a los cuales se pueden pactar libremente los servicios y los precios. Sobre el particular esta Corte rechazará dicho reproche, ya que la materia en cuestión se contempla como una recomendación en la parte resolutive de la sentencia que ha sido objeto de un análisis separado, pero el cuestionamiento de los precios que permiten al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aplicar sanciones en uso de sus facultades jurisdiccionales no puede considerarse que afecte el principio de legalidad del artículo 19 N°21 de la Constitución Política del Estado.

**Décimo Sexto:** Que de los antecedentes de autos se colige que la condena a Aguas Nuevo Sur Maule S.A. a una multa por aplicar cobros arbitrariamente discriminatorios en perjuicio de la demandante Inmobiliaria y Constructora Independencia Ltda., por prestaciones sanitarias para proyectos ubicados fuera del radio operacional de la concesión, ha sido establecida en la sentencia sobre la base de determinar el exceso pagado por la actora respecto a los costos no cubiertos por tarifa público. El citado exceso resultaría de comparar lo efectivamente pagado por la Inmobiliaria y la cantidad resultante de la suma del valor presente del costo por "diferencia tarifaria" y el componente relevante de los costos por "servicios de ingeniería", todos los cuales no serían cubiertos por las tarifas al consumidor final. En otros términos la sentencia concluye que si en un proyecto determinado el cobro que Aguas Nuevo Sur Maule S.A. efectuó a la Inmobiliaria y Constructora Independencia es superior a los costos no cubiertos por las tarifas a los usuarios se estaría en presencia de cobros que se generarían merced al abuso de la posición dominante que la empresa sanitaria detentaría. La conclusión anterior la sentencia la respaldaría en el cuadro N°8, en el que se examinan nueve proyectos. A partir de los resultados de ese cuadro determina que Aguas Nuevo Sur Maule S.A. realizó respecto de esos proyectos inmobiliarios cobros arbitrariamente discriminatorios que en total ascenderían aproximadamente a U.E. 23.410.

**Décimo Séptimo:** Que para apreciar la conclusión de la sentencia en relación

a Aguas Nuevo Sur Maule S.A. respecto a los cobros arbitrariamente discriminatorios, es imprescindible considerar al momento de la determinación de la aplicación de la multa ciertos hechos y circunstancias que la propia sentencia considera al indicar que no se cuenta en autos con datos sobre costos específicos de cada proyecto, pero sí respecto de las evaluaciones realizadas por Aguas Nuevo Sur Maule S.A. para determinar los cobros que hizo a la Constructora Independencia en los proyectos incluidos en la demanda y, sobre la base de comparación de un porcentaje ponderado de los aportes de financiamiento reembolsables que se cobran dentro del territorio operacional, con los precios de interconexión acordados en proyectos emplazados en zonas rurales. Por otra parte, se habrían incluido entre los montos de cobros excesivos que se reprochan tres contratos respecto a los cuales se acogió la excepción de prescripción. Otro aspecto que cabe considerar es la poca claridad en la delimitación de lo que debe entenderse por mercado relevante, en el caso concreto de las empresas de servicios sanitarios en relación a zona cercana a la zona concesionaria o de extensión y zona rural, elemento que resulta indispensable para configurar el tipo infraccional de la letra c) del artículo 3 del DL 211. La figura de posición de dominio debe proyectarse sobre un mercado determinado y claramente delimitado y no como una figura abstracta, según ha sido reconocido por la doctrina.

Por estas consideraciones, esta Corte, sin perjuicio de confirmar la condena de Aguas Nuevo Sur Maule S.A. por la figura infraccional de cobros arbitrariamente discriminatorios abusando de su poder de mercado, estima que el monto de la multa aplicada por esta infracción es excesivo y, por tanto, acogerá la petición subsidiaria formulada por la reclamante y procederá a rebajarla como se establecerá en la parte resolutive.

**Décimo Octavo:** Que la sentencia recurrida condena a las empresas Aguas Nuevo Sur Maule S.A. y ESSBIO S.A. a la multa de 1.254 U.T.A. a la primera y de 2.347 U.T.A. a la segunda por haber utilizado un parámetro de cobro, denominado "factor nuevo consumo", que estima injustificado y abusivo. Al efecto la sentencia desestima la argumentación de las requeridas en el sentido que el factor nuevo consumo se explica porque un porcentaje importante de los usuarios que se establecen en los proyectos inmobiliarios que se emplazan fuera de la zona operacional corresponden a desplazamientos de actuales usuarios de la empresa de servicios sanitarios al nuevo emplazamiento y que el nuevo consumo en el nuevo proyecto tiene como contrapartida una disminución del consumo dentro de la zona operacional. En efecto, considera que como la inversión en extensión y redes de

distribución es asumida por la constructora no se le debería cobrar nada adicional pues la eventual emigración de clientes, siguiendo el argumento de las requeridas, generaría una compensación entre lo que se habría dejado de consumir dentro del territorio operacional con el consumo fuera del mismo, no existiendo, en consecuencia, nuevo consumo. Además no existiría disminución de ingresos para la empresa de servicios sanitarios ya que cobraría la misma tarifa, sea dentro o fuera del territorio jurisdiccional.

El cobro injustificado es aún más evidente si se considera que el crecimiento habitacional fuera del territorio operacional obedece al aumento poblacional, por lo que ello más bien redundaría en un aumento del consumo sin que se genere una disminución del mismo dentro del territorio operacional de las empresas de servicios sanitarios.

Este Tribunal concuerda con las conclusiones del fallo recurrido y, en consecuencia, rechazará la reclamación de Aguas Nuevo Sur Maule S.A. y ESSBIO S.A. y confirmará la sentencia en relación a estimar injustificado el cobro del factor nuevo consumo, pero considera que los montos de las multas establecidas en la sentencia son desproporcionados en relación a la conducta infraccional que se atribuye a las dos empresas requeridas y, en especial, a que la materialización del tipo de la letra c) del artículo 3 del DL 211 se basa en una serie de apreciaciones acerca del factor nuevo consumo que, aun cuando fundadas, no son demostrativas con exactitud de los montos que habrían beneficiado a las empresas sanitarias en desmedro de las constructoras. Además, como lo reconoce el fallo, Aguas Nuevo Sur Maule S.A. ni ESSBIO S.A. han sido condenadas previamente por infracciones a la libre competencia y teniendo presente la petición subsidiaria de ambas empresas en el sentido de solicitar una rebaja de las multas, esta Corte procederá a rebajarlas del modo que se dirá en lo resolutivo.

**Décimo Noveno:** Que en cuanto a la reclamación de la Cámara Chilena de la Construcción de fojas 11115 en el sentido de que se revoque la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto no dio lugar a la petición de ordenar la tarificación por la prestación de los servicios sanitarios que otorgan las empresas requeridas fuera de su territorio jurisdiccional, esta Corte comparte las consideraciones del fallo en cuanto a la inconveniencia de requerir la tarificación en dichas zonas, pero además y muy especialmente por la razón de que la vía jurisdiccional no es la que corresponde para tal requerimiento, como por lo demás ha quedado señalado en considerandos anteriores.

**Vigésimo:** Que de la manera como se viene razonando, la sentencia impugnada será confirmada en cuanto al acogimiento de la excepción de prescripción y en cuanto condena a Aguas Nuevo Sur Maule S.A. a multa por cobros arbitrariamente discriminatorios y a esta última y a ESSBIO S.A. a multa por el cobro del factor "nuevo consumo", pero regulando las citadas multas según se expresa en lo resolutivo; y se confirmará además el rechazo de la pretensión de la Cámara Chilena de la Construcción para tarificar servicios prestados por las sanitarias fuera del territorio operacional de las mismas. Asimismo, se confirmará la sentencia en cuanto se ordena a las requeridas modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión para lograr parámetros explícitos que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios. Se mantendrá lo resuelto en el fallo sobre costas y sobre el establecimiento de medidas correctivas, y se le modificará en cuanto a la proposición de adecuaciones legales y reglamentarias, conforme se dirá.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 3, 20 y 27 del DI, 211, se resuelve que:

1. **Se rechaza** la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la sentencia N° 85 de dos de julio de dos mil nueve, e escrita a fojas 10.832, según lo razonado en los considerandos primero al sexto.
2. **Se rechazan** las reclamaciones interpuestas por ESSBIO S.A. y Aguas Nuevo Sur Maule S.A. en lo principal de fojas 11.995 y 11.048, respectivamente, en contra de la referida sentencia en la parte que acoge el requerimiento y de la Fiscalía Nacional Económica respecto de ambas empresas.
3. **Se rechaza** la reclamación de Aguas Nuevo Sur Maule S.A. en contra de la misma sentencia en cuanto acoge la demanda de Inmobiliaria y Constructora Independencia Ltda. dirigida en su contra.
4. **Se acoge** la petición subsidiaria formulada por ESSBIO S.A. y se regula la multa a beneficio fiscal por el cobro injustificado del parámetro "factor nuevo consumo" en la suma de 1.100 Unidades Tributarias Anuales.
5. **Se acoge** la petición subsidiaria planteada por Aguas Nuevo Sur Maule S.A. en

cuanto se regula la multa a beneficio fiscal, por abuso de posición dominante por cobros arbitrariamente discriminatorios a la demandante Inmobiliaria y Constructora Independencia, en la suma de 700 Unidades Tributarias Anuales; y por cobro injustificado del parámetro "factor nuevo consumo", se regula la multa en la suma de 800 Unidades Tributarias Anuales.

6. **Se rechaza** la reclamación de la Cámara Chilena de la Construcción A.C. de fojas 11.115 en cuanto se desestimó ordenar la tarificación de los servicios sanitarios que otorgan las requeridas fuera de su territorio jurisdiccional.
7. **Se rechazan** las reclamaciones. de ESSBIO S.A. y Aguas Nuevo Sur Maule S.A. respecto de la medida dispuesta en lo resolutivo N° 8 del fallo, la que se mantiene.
8. **Se acogen** las reclamaciones de ESSBIO S.A. y Aguas Nuevo Sur Maule S.A. respecto de la medida ordenada en el resolutivo N° 9 de la sentencia, la que se deja sin efecto por no ser materia de la controversia, según lo razonado en los fundamentos octavo, noveno y décimo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Gorziglia.

Rol N° 5443-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Sra. Sonia Araneda y los Abogados Integrantes Sr. Luis Bates y Sr. Arnaldo Gorziglia. No firman, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo los Abogados Integrantes señores Bates y Gorziglia por estar ausentes.

Santiago, 18 de mayo de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a dieciocho de mayo de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.