

ANT.: Adquisición de control en Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. por parte de Toesca Infraestructura II Fondo de Inversión.
Rol FNE F252-2020.

MAT.: Informe de aprobación.

Santiago, 31 de diciembre de 2020.

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DE DIVISIÓN DE FUSIONES (S)

De conformidad a lo preceptuado en el Título IV del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, y sus modificaciones posteriores (“**DL 211**”), presento a usted el siguiente informe, relativo a la operación de concentración del antecedente (“**Operación**”), recomendando su aprobación en forma pura y simple, en virtud de las razones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 16 de noviembre de 2020, mediante el documento ingreso correlativo N°3905-2020, se notificó a la Fiscalía Nacional Económica (“**Fiscalía**”) una operación de concentración consistente en la adquisición, por parte de Toesca Infraestructura II Fondo de Inversión (“**Fondo Toesca 2**”) de influencia decisiva sobre la sociedad Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. (“**Essal**”), a través de una venta de acciones que le realizará Algonquin Power & Utilities Corp (“**Algonquin**” y, junto con Fondo Toesca 2, “**Partes**”).
2. Con fecha 27 de noviembre de 2020, se dictó una resolución mediante la cual se instruyó el inicio de una investigación a efectos de analizar la Operación, bajo el rol FNE F252-2020.
3. Fondo Toesca 2 es un fondo de inversión constituido conforme a las leyes chilenas, que es representado y administrado por Toesca S.A. Administradora General de Fondos (“**Toesca AGF**”). Su objetivo principal consiste en invertir, directa o indirectamente, en sociedades concesionarias de infraestructura pública, concesionarias eléctricas, concesionarias sanitarias, concesionarias portuarias, concesionarias de distribución y transporte de gas natural, concesionarias de telecomunicaciones, ciertas concesionarias municipales e infraestructura no concesionada como puertos, terminales de regasificación, plantas desalinizadoras, sistemas de transporte de agua, sistemas de transporte de gas, sistemas de transporte de petróleo y centrales de generación¹.

¹ Notificación, pp. 4-5.

4. Los fondos de inversión y otras entidades pertenecientes o administradas por el grupo empresarial de Toesca AGF (“**Toesca**”) incluyen distintos tipos de infraestructuras, principalmente carreteras (Rutas del Desierto, en la Región de Tarapacá; Valles del Desierto, en la Región de Atacama; Ruta de Algarrobo, en la Región de Valparaíso; Ruta del Limarí, en la Región de Coquimbo; y Valles del Bío-Bío, en la Región del Biobío), el Hospital de Antofagasta; Nueva Atacama o Aguas Chañar S.A., concesionaria sanitaria de la Región de Atacama (“**Aguas Chañar**”) que a su vez también ejecuta servicios no regulados²; GasValpo, empresa de gas de la ciudad de Valparaíso; el Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt y la Termoeléctrica Cochrane, en Mejillones, Región de Antofagasta)³.
5. Algonquin es una persona jurídica constituida conforme a las leyes de Canadá, que posee y gestiona una cartera diversificada de activos de servicios públicos de generación, distribución y transmisión, regulados y no regulados, organizando sus negocios en dos áreas principales: servicios regulados, con activos en Estados Unidos, Canadá, Bermudas y Chile; y el grupo de energías renovables, el cual opera activos diversos de generación renovable de energía⁴.
6. Por su parte el objeto de la Operación, Essal, es una sociedad actualmente controlada indirectamente por Algonquin, cuya actividad son los servicios sanitarios regulados, particularmente la producción y distribución de agua potable y el tratamiento y la eliminación de aguas servidas. Además, Essal realiza servicios no regulados de agua potable rural, tratamiento de residuos industriales líquidos, aportes financieros no reembolsables y leasing y servicios de construcción⁵.
7. La Operación consiste en la venta a Fondo Toesca 2, por parte de Algonquin, del 31,93% de las acciones de Eco AcquisitionsCo SpA, entidad que a su vez controla el 100% de las acciones de Essal. Conjuntamente con dicha participación, Fondo Toesca 2 adquirirá derechos políticos que le permitirán influir decisivamente en la administración de Essal⁶. La Operación así descrita constituye una de aquellas descritas en el artículo 47 letra b) del DL 211.

² Tales como abastecimiento de agua en sectores rurales mediante camiones aljibes, obras de reparación de servicios sanitarios, etcétera. Véase información vía web en <<https://www.nuevaatacama.cl/recursos-ata/Prestaciones%20no%20monopolicas/Prestaciones%20No%20Monop%C3%B3licas%20ATA%20CNM%20Segundo%20semestre%202020.pdf>> (última consulta: 28 de diciembre de 2020).

³ Fuente disponible vía web en <www.toesca.com> (última consulta: 28 de diciembre de 2020).

⁴ Notificación, p. 5.

⁵ Notificación, pp. 5-6.

⁶ La Notificación señala: “A la luz de la interpretación que adopta la Guía de Competencia de la FNE del término “*influencia decisiva*”, podría considerarse que ciertos vetos contenidos en el Pacto de Accionistas (Shareholder’s Agreement, “SHA”) que APUC y el Fondo suscribirían al cierre de la Operación, le permitirían al Fondo ejercer control sobre el comportamiento competitivo de ESSAL por ‘vía negativa’. En particular, si bien se podrían acordar derechos de veto sobre materias adicionales, las Partes Notificantes han acordado que los derechos a veto del Fondo al menos comprenderán las siguientes decisiones que afectan o involucran el comportamiento competitivo de ESSAL bajo la Guía: (i) la aprobación y modificación del Presupuesto Anual (Annual Budget) y el Plan de Negocios (Business Plan) de ESSAL; (ii) la destitución del CEO y del CFO de ESSAL, y (iii) la decisión de desarrollar una nueva línea de negocio o hacer cualquier cambio material en la naturaleza, alcance o área geográfica del negocio de ESSAL”. (Notificación, p. 7).

II. INDUSTRIA

8. Las empresas de servicios sanitarios operan, en áreas urbanas, bajo un sistema de concesión que les otorga exclusividad para el establecimiento, construcción y explotación de servicios de producción y distribución de agua potable y recolección y disposición de aguas servidas, dentro de un territorio definido. La concesión respectiva concede a las empresas sanitarias una posición monopólica derivada de la situación de monopolio natural que tienen los servicios sanitarios, dadas las economías de escala y red existentes en la industria⁷. Lo anterior, conforme a las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1982, Ley General de Servicios Sanitarios (“LGSS”) y otras normas aplicables⁸.
9. Sin perjuicio de lo anterior, las empresas sanitarias pueden prestar servicios no sujetos al régimen de concesiones, ya sea porque se prestan fuera de la zona urbana (agua potable rural) o porque corresponden a servicios no concesionados, como el tratamiento de residuos. En estos casos, la normativa que la LGSS establece para los servicios concesionados (que regula el precio y la calidad del servicio) no resulta aplicable⁹.
10. Essal tiene una zona de concesión que incluye las regiones de Los Ríos y Los Lagos, salvo la comuna de Valdivia, incluyendo 33 localidades entre las provincias de Valdivia, Ranco, Osorno, Llanquihue, Chiloé y Palena¹⁰, y realiza además otros servicios no regulados. Por su parte, Toesca AGF tiene influencia decisiva sobre Aguas Chañar, empresa de servicios sanitarios de la Región de Atacama¹¹.
11. A nivel nacional, la Superintendencia de Servicios Sanitarios enumera a otras 25 empresas concesionarias a lo largo del país¹².

⁷ Informe de Aprobación de adquisición de control indirecto en Aguas Nuevas S.A. por parte de MG Leasing Corporation, rol FNE F229-2020, pp. 3-4.

⁸ Otras normas relevantes son: (i) Decreto 1199 de 9 de noviembre de 2005, que contiene el Reglamento de las Concesiones Sanitarias de Producción y Distribución de Agua potable y de Recolección y Disposición de Aguas Servidas; (ii) la Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas; y (iii) la Ley 18.902, Ley Orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

⁹ Informe de Aprobación de adquisición de control indirecto en Aguas Nuevas S.A. por parte de MG Leasing Corporation, rol FNE F229-2020, p. 5.

¹⁰ ESSAL (2019): Memoria Anual. Disponible vía web en: <<https://www.essal.cl/inversionistas/memorias/2019>> (última consulta: 28 de diciembre de 2020), p. 18.

¹¹ La adquisición de influencia decisiva por parte de Toesca Infraestructura Fondo de Inversión sobre Aguas Chañar S.A. fue revisada conforme al Título IV del DL 211 bajo el rol FNE F140-2018, y aprobada pura y simplemente.

¹² 1) Aguas de Antofagasta S.A., 2) Tratalcal S.A., 3) ESVAL S.A., 4) Lago Peñuelas S.A., 5) Aguas Andinas S.A., 6) Aguas Cordillera S.A., 7) Aguas Décima S.A., 8) Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. (ESSAL), 9) Aguas Nuevo Sur S.A., 10) Empresa de Servicios Sanitarios del Bío Bío S.A. (ESSBIO VI y VIII regiones), 11) Aguas del Altiplano S.A., 12) Aguas del Valle S.A., 13) Aguas Araucanía S.A., 14) Explotaciones Sanitarias S.A., 15) Servicios Sanitarios Larapinta Selar S.A.; 16) Empresa de Servicios Sanitarios Lo Prado SEPRA S.A., 7) Aguas San Pedro S.A. (VIII, RM y X regiones), 18) Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Maipú (SMAPA), 19) Empresa de Servicios Sanitarios San Isidro S.A. (ESSSI), 20) Cooperativa de AP Santo Domingo S.A., 21) Coopagua Ltda., 22) Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua S.A., 23) Aguas Chañar S.A., 24) Aguas Patagonia de Aysén S.A., y 25) Aguas Magallanes S.A. Disponible vía web en <<https://www.siss.gob.cl/586/w3-article-17021.html>> (última consulta: 28 de diciembre de 2020).

III. ANÁLISIS COMPETITIVO

12. Tal como hemos señalado, previo a la Operación el adquirente ya tiene presencia en esta industria, a través de otro fondo de inversión administrado por Toesca AGF; Toesca Infraestructura Fondo de Inversión ("**Fondo Toesca 1**"), el cual tiene influencia decisiva sobre la sociedad concesionaria de servicios sanitarios de la Región de Atacama.
13. El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado que "*las empresas de servicios sanitarios, en áreas urbanas, operan bajo un sistema de concesiones que tiene por objeto el establecimiento, construcción y explotación de los servicios sanitarios ya mencionados. Para esto, se les concede un monopolio legal dentro de un territorio operacional, que se basa en su calidad de monopolio natural, dadas las economías de escala y de red existentes*"¹³.
14. Esta División ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre operaciones de concentración recaídas en la industria en que participa Essal. En todas estas ocasiones ha reconocido el carácter geográfico local de las concesiones sanitarias reguladas por la LGSS, y de los otros servicios no regulados. Así, en la operación consistente en la adquisición de acciones de Aguas Chañar por parte de Fondo Toesca 1, se señaló que: "*si bien Aguas Nuevas se encuentra activa en la prestación de servicios sanitarios por medio de su filial Aguas del Altiplano S.A., no existiría traslape alguno, dado que Aguas Chañar presta dichos servicios en la Región de Atacama, mientras que Aguas del Altiplano S.A., tal como fuera señalado con anterioridad, es titular de concesiones sanitarias geográficamente distantes*" (en ese caso en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, La Araucanía y Magallanes)¹⁴.
15. En una oportunidad más reciente, a propósito de la adquisición de control indirecto en Aguas Nuevas S.A. por parte de MG Leasing Corporation, rol FNE F229-2020, y en relación con los servicios no concesionados, se señaló: "*la distancia de más de 50 kilómetros entre las zonas en que ambas Partes actualmente prestan servicios no concesionados es relevante, por lo que se estima que no compiten por prestar dichos servicios*"¹⁵.
16. Consecuentemente, coincidiendo con las decisiones antes mencionadas, esta División considera que dado que el adquirente, a través de Aguas Chañar, y Essal no traslapan geográficamente sus actividades relacionadas a servicios sanitarios regulados, las cuales se desarrollan con más de mil kilómetros de distancia, no se produce como consecuencia de la Operación una mayor concentración, ni aún respecto de la prestación de servicios no sujetos a concesión desarrollados tanto por Essal como por Aguas Chañar.
17. Adicionalmente, considerando que la única actividad relacionada a Toesca que se realiza actualmente dentro de la zona de concesión asignada a Essal corresponde a

¹³ H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°85/2009, p. 77.

¹⁴ Informe de Aprobación de adquisición de influencia decisiva por parte de Toesca Infraestructura Fondo de Inversión sobre Aguas Chañar S.A., rol FNE F140-2018, pp. 3-4.

¹⁵ Informe de Aprobación de adquisición de control indirecto en Aguas Nuevas S.A. por parte de MG Leasing Corporation, rol FNE F229-2020, p. 6.

la operación del aeropuerto de la ciudad de Puerto Montt, donde es titular del 30,6% del capital de la sociedad concesionaria¹⁶, y la ausencia en general de un traslape vertical entre las actividades de Toesca y Essal, es posible descartar la ocurrencia de riesgos de tal naturaleza. Igualmente, atendidos análogos argumentos, es posible descartar riesgos de conglomerado.

18. Finalmente, considerando lo prescrito en los artículos 64 y 65 de la LGSS, se recomienda al Fiscal Nacional Económico se oficie a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, a fin de que ésta tome conocimiento, dentro del ámbito de sus competencias, de la intención de las Partes de celebrar la Operación analizada¹⁷.

IV. CONCLUSIÓN

19. En atención a los antecedentes antes señalados y a que la Operación no implica superposición entre las actividades de las Partes, esta División ha llegado a la conclusión que la Operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia. Por lo tanto, se recomienda aprobar la Operación de manera pura y simple, salvo el mejor parecer del señor Fiscal. Ello, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía para velar permanentemente por la libre competencia en los mercados analizados.

ANÍBAL PALMA MIRANDA
JEFE DE DIVISIÓN DE FUSIONES (S)

LLS

¹⁶ Fuente disponible vía web en < <http://www.toesca.com/en/infrastructure/el-tepual-airport>> (última consulta: 28 de diciembre de 2020).

¹⁷ El artículo 64 inciso primero de la LGSS señala: “Los acuerdos de fusión entre dos o más empresas prestadoras deberán someterse a la aprobación de la Superintendencia, la que deberá velar porque dicho acuerdo no infrinja las normas de esta ley”. A su vez, el artículo 65 inciso primero de la LGSS señala: “Las personas, o grupos de personas con acuerdo de actuación conjunta, que sean controladoras o tengan influencia decisiva en la administración de empresas concesionarias de servicios públicos que sean monopolios naturales de distribución eléctrica o de telefonía local, cuyo número de clientes exceda del 50% del total de usuarios en uno o más de estos últimos servicios, en las áreas bajo concesión de la empresa prestadora de servicios sanitarios, no podrán participar en estas mismas áreas [...]”.