

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**SENTENCIA Nº 85/2009.**

Santiago, dos de julio de dos mil nueve.

**VISTOS:**

**1. DEMANDA DE CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA INDEPENDENCIA LTDA.:**

Con fecha 25 de octubre de 2005, la empresa Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. (en adelante "Constructora Independencia") interpuso una demanda en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A. (en adelante "ANSM"), concesionaria de servicios sanitarios, por supuestas conductas contrarias a la libre competencia, fundando su acción en los antecedentes de hecho, económicos y de derecho, que a continuación se indican:

1.1. Señala que para el desarrollo de su giro y, en especial, en lo que dice relación con la construcción de viviendas sociales en la VII Región, requiere contar con las obras necesarias para la conexión a los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de aguas servidas. Con respecto a lo anterior, hace presente que si están dentro de la zona de concesión de ANSM, éstos deben ser prestados por esa empresa en las condiciones tarifarias vigentes, que además recibe un Aporte Financiero Reembolsable, pagado por la constructora, para financiar por adelantado las inversiones en infraestructura requeridas. La restitución de este aporte, que se encuentra también regulada en la legislación sectorial, se realiza generalmente mediante un pagaré suscrito por la empresa sanitaria a favor de la constructora, a 15 años plazo. Conforme a los términos pactados en un convenio suscrito entre la empresa sanitaria y la Cámara Chilena de la Construcción, ANSM puede recomprar el pagaré con un 35% de descuento sobre el valor del mismo por lo que, en la práctica, sólo reembolsa un 65% del aporte;

1.2. Constructora Independencia considera que este sistema de reembolso distorsiona las decisiones de inversión de ANSM, incentivando a sobreinvertir en capacidad, pues dicha empresa no internaliza el 100% de los costos de estas inversiones adicionales y, además, la empresa constructora no está en condiciones de saber si efectivamente se realizaron tales inversiones adicionales;

1.3. Señala que ante la evidente escasez de terrenos disponibles a costos que permitan la construcción de viviendas sociales, tanto la demandante como la

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

mayoría de las empresas inmobiliarias han debido desarrollar proyectos fuera del territorio operacional de ANSM;

1.4. En estos casos, para proyectos fuera del área concesionada, los servicios sanitarios no se encuentran regulados, según disponen los artículos 52 bis de la Ley General de Servicios Sanitarios (en adelante la “LGSS”) y 24 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios. A su juicio, ANSM los ha prestado en condiciones injustificada y significativamente más onerosas que las aplicadas a proyectos dentro de su área concesionada (cobros por conexión en promedio 240% superiores), abusando de su condición monopólica. Esta distorsión de precios afectaría a toda la cadena de desarrollo y construcción de viviendas sociales. Con respecto a lo anterior señala que, en un caso en el que una parte de un mismo proyecto se encontraba dentro del área concesionada de ANSM y la otra fuera, para esta última el cobro fue más de un 150% superior al de la regulada, sin que existiera una justificación en costos adicionales;

1.5. Hace presente por su parte que, dadas las características de los servicios sanitarios, se presentan importantes economías de escala y costos hundidos que corresponden a un monopolio natural lo que, en ausencia de una adecuada regulación, produce rentas monopólicas —con la consiguiente pérdida del excedente del consumidor— e ineficiencia por la sub-provisión del servicio;

1.6. Posteriormente, describe el modelo regulatorio aplicado en las áreas de concesión, que corresponde a un monopolio legal, con exclusividad, obligación de servicio, parámetros de calidad mínima, tarifas fijadas periódicamente sobre la base de una empresa modelo eficiente autofinanciada y con una tasa de rentabilidad acorde al riesgo del negocio;

1.7. Constructora Independencia señala que, en la práctica, ANSM se encuentra en una posición dominante en las áreas adyacentes a su territorio operacional, es la única prestadora de servicios sanitarios en el área rural de la VII Región y, bajo estas circunstancias, resulta virtualmente imposible que una nueva empresa ingrese a competir con la concesionaria en el área geográfica no regulada;

1.8. En su opinión, estos proyectos, si bien se encuentran fuera del límite urbano, no poseen características rurales. Por el contrario, presentan una alta densidad y no constituyen polos de consumo alejados, por lo que no existiría justificación económica para las diferencias existentes entre los valores cobrados en uno y otro caso y, en consecuencia, se debería regular el monopolio natural de ANSM en las mismas condiciones en que se le regula en su zona de concesión.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

De esa forma, se evitaría la posibilidad de que dicha empresa imponga unilateralmente sus condiciones de contratación con las empresas inmobiliarias;

1.9. Considera la demandante que el mercado geográfico relevante corresponde a las zonas adyacentes o contiguas a la zona de concesión de ANSM, en el que ésta cuenta con una clara posición dominante para la prestación de servicios sanitarios. Así, ha exigido condiciones más onerosas, de entre \$10 millones a \$110 millones, para cada uno de los proyectos de Constructora Independencia en la VII Región;

1.10. Considera que la fijación unilateral y arbitraria del precio por estos servicios, dada la posición dominante de ANSM, infringe la letra b) del artículo 3º del Decreto Ley Nº 211, y daña no sólo a Constructora Independencia, sino también al interés económico general, al incidir en el mercado de viviendas sociales restringiendo la iniciativa pública y privada para este tipo de proyectos, así como el acceso de sectores de más bajos recursos a viviendas en condiciones razonables;

1.11. Con relación a este punto, señala casos específicos de proyectos desarrollados desde el año 2003 al 2005, indicando para cada uno de ellos las características relevantes en cuanto a densidad y distancia respecto del territorio operacional de ANSM, y los cobros que considera injustificados y excesivos;

1.12. En mérito de lo descrito, solicita la demandante:

1.12.1. Se declare la existencia de una conducta contraria a la libre competencia consistente en el abuso de la posición dominante de ANSM en los cobros que ha formulado, propuesto, cobrado y percibido por prestaciones sanitarias para proyectos ubicados fuera del radio operacional de la concesión o un pronunciamiento en igual, similar o idéntico sentido;

1.12.2. Se ordene a ANSM aplicar a las prestaciones de servicios sanitarios que otorgue en el futuro, y que se refieran a proyectos habitacionales ubicados fuera del territorio operacional de la concesión, un modelo con parámetros reales, serios, objetivos y justificados, conocidos por todas las partes. En particular, que la tasa de descuento no pueda superar arbitrariamente a la tasa de costo de capital determinada en el proceso de fijación tarifaria, o un pronunciamiento en igual, similar o idéntico sentido;

1.12.3. Se impongan las demás medidas que apunten a los propósitos contenidos en las peticiones anteriores y que el H. Tribunal determine conforme a sus facultades y competencia;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

1.12.4. Se aplique a ANSM una multa de 12.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA) o la que estime conforme a derecho;

1.12.5. Que se condene en costas a la demandada.

**2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A.:**

Con fecha 9 de diciembre de 2005, a fojas 209, ANSM contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

2.1. Como consideración preliminar, señala que Constructora Independencia es la principal constructora e inmobiliaria de la VII Región y que ha tenido una larga relación comercial con ANSM, relación marcada por un evidente plano de igualdad en el que ambas partes negocian las condiciones contractuales en forma libre y voluntaria, por lo que sus alegaciones en el sentido de que no habría igualdad jurídica y que no imperaría la libertad contractual en dichas relaciones no tendrían ningún asidero. En razón de lo anterior, señala que la presente contienda no es más que una disputa comercial entre Constructora Independencia y ANSM, y que de manera alguna importa un conflicto de relevancia en el ámbito de la libre competencia ni ningún otro tipo de infracción de ley, ni mucho menos un problema con implicancias de carácter social como pretende hacerlo ver la demandante.

2.2. A continuación, explicando el régimen jurídico aplicable al sector sanitario, señala que según lo dispone la LGSS, están sujetos al régimen de concesiones todos los prestadores de servicios sanitarios destinados a producir agua potable, distribuir agua potable, recolectar aguas servidas y disponer aguas servidas; y que la concesión tiene por objeto permitir el establecimiento, construcción y explotación de estos servicios públicos sanitarios. Con respecto al ámbito territorial de vigencia de las concesiones sanitarias, explica que ellas se otorgan para la zona de carácter urbano que señale el respectivo decreto de concesión dictado por el Ministerio de Obras Públicas, en favor de la respectiva concesionaria, haciendo presente que la diferencia formal entre rural y urbano queda establecida por encontrarse dentro o fuera del límite urbano de la comuna, el que se define a través de los correspondientes instrumentos de planificación territorial, elaborados por los órganos competentes. Agrega ANSM que, dentro del área de concesión, en las zonas urbanas, rige el principio de obligatoriedad en la prestación de servicios sanitarios, mientras que fuera de estos territorios, ya sea en el ámbito urbano no concesionado o rural, la prestación de servicios sanitarios para las

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

empresas es absolutamente facultativa. Asimismo, señala que en las zonas concesionadas las empresas de servicios sanitarios se encuentran sujetas a fijación de tarifas con el carácter de precios máximos, mientras que en las zonas no concesionadas existe un régimen de libertad tarifaria, pudiendo pactarse las tarifas libremente por los interesados.- Finalmente señala que, con el objeto de que las empresas de servicios sanitarios puedan cumplir con la obligación de prestar servicios con determinados niveles de calidad, la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios (en adelante “LTSS”) contempla el mecanismo de los Aportes Financieros Reembolsables (en adelante “AFR”), que consisten en determinadas cantidades de dinero u obras que los prestadores de servicios sanitarios pueden exigir a quienes solicitan ser incorporados como clientes, o soliciten una ampliación del servicio, y que tienen por objeto solventar infraestructura que legalmente incumbe soportar al prestador, haciendo especialmente presente que este sistema es aplicable únicamente en las zonas concesionadas. Así, los prestadores de servicios sanitarios en las zonas ubicadas fuera de las zonas concesionadas pueden pedir estos aportes para financiarse, pero no estarían obligados a reembolsarlos, porque las obras de expansión a que da lugar la conexión del interesado no están reconocidas en la tarifa aplicable a la zona concesionada. Así, explica ANSM, el financiamiento de las obras necesarias para la prestación de servicios sanitarios en zonas no concesionadas sería de cargo del urbanizador, lo que a su juicio resulta eficiente y equitativo.

2.3. A continuación, ANSM señala que, en su opinión, el mercado relevante de producto en autos corresponde a la prestación de servicios sanitarios a loteos en las zonas no concesionadas de la VII Región del Maule.

2.4. Respecto de la estructura del mercado relevante, señala que, de conformidad a la LGSS y al Reglamento de los Servicios de Agua Destinados al Consumo Humano (en adelante “RSADCH”), los servicios sanitarios en las zonas no concesionadas son prestados por: (i) las empresas de servicios sanitarios (en adelante “ESS”); (ii) los servicios particulares que se registran ante la Autoridad Sanitaria (en adelante los “Servicios Particulares”); y (iii) los comités y cooperativas de agua potable rural (en adelante “APR”). En relación con lo anterior, explica que la opción de las ESS es la que da mayores garantías a los futuros clientes de la inmobiliaria, por lo que no debe extrañar que los terrenos que cuentan con factibilidad de una ESS tengan un valor superior a las otras opciones, valor que justamente proviene de las obligaciones que las ESS asumen a favor de las viviendas que se construyen. Además hace presente que en la VII región actualmente existen dos ESS operativas, la “Cooperativa de Agua Potable de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Maule” y ANSM, y que personas relacionadas a Constructora Independencia a principios del año 2004 constituyeron la ESS “Aguas del Centro S.A.”. A continuación, explica que los Servicios Particulares pueden ser definidos como aquellos destinados a producir y distribuir agua potable y disponer las aguas servidas de una vivienda o cualquier recinto particular que no tenga acceso a un servicio público. Agrega que el único requisito que se impone para comenzar a prestar servicios sanitarios en las zonas no concesionadas, por parte de agentes que no sean ESS, es la previa aprobación y autorización de los proyectos y de las obras por la Autoridad Sanitaria, y que es en este contexto en donde las empresas inmobiliarias han procedido a proveerse por sí mismas la factibilidad sanitaria. Finalmente, respecto a los comités y cooperativas de agua potable rural o APR, señala que son aquellos servicios que se prestan en áreas calificadas como rurales, conforme con los respectivos instrumentos de planificación territorial (Plan Regulador), y no reúnen los requisitos de servicio público de distribución de agua potable que establece la LGSS para estos efectos. Agrega que, dado que los sistemas de APR no cuentan con una regulación y no están sujetos al cumplimiento del régimen de concesiones sanitarias, se forman y constituyen como un Servicio Particular, bajo la forma de comité o cooperativa, obteniendo los permisos de funcionamiento del Ministerio de Salud, y que el régimen de precios de los servicios que prestan los APR se regula por las disposiciones estatutarias de cada comité o cooperativa.

2.5. A continuación, señala que, de información obtenida del Servicio de Salud del Ambiente y de ANSM, entre los años 2003 y 2005, en las zonas no concesionadas de la VII Región, se aprecia que existen dos Servicios Particulares en tramitación ante la Autoridad Sanitaria para abastecer 45 loteos a los que otorgó factibilidad ANSM; y 122 loteos que obtuvieron factibilidad de los sistemas de APR. Asimismo, señala que ANSM cuenta en las zonas no concesionadas de la VII Región con 3.902 clientes finales, mientras que el sistema de APR cuenta con 53.755 clientes. Así, en su opinión, en las zonas no concesionadas de la Región del Maule, el sistema de APR es el actor dominante en el otorgamiento de factibilidad a empresas inmobiliarias, superando por mucho a ANSM.

2.6. Asimismo, hace presente que, en su opinión, el mercado en el que compiten las ESS, los Servicios Particulares y los APR tiene como característica el ser desafiante y competitivo. En este sentido, señala que, a diferencia de las zonas concesionadas, en las zonas no concesionadas nadie goza de derechos exclusivos y excluyentes, pudiendo ingresar al mercado, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que establece la normativa sanitaria, que sólo exige la

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

aprobación y autorización por parte de la Autoridad Sanitaria. Agrega además que ante la hipótesis de que existieran capacidades específicas para el desarrollo del negocio sanitario, la evidencia indicaría que éstas no son insalvables, y que la hipótesis sobre economías de escala y de red presentes en un sistema de agua potable y alcantarillado, que tiene plena validez en el caso de áreas urbanas, resulta menos relevante en un sector de menor densidad o en áreas rurales.

2.7. Respecto de la conducta imputada por Constructora Independencia, esto es, abuso de posición dominante, ANSM argumenta que, según lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, para que se perfeccione el ilícito se exige que concurren dos requisitos copulativos: (i) que la empresa ostente una posición dominante en el mercado; y (ii) que esa posición dominante sea ejercitada en forma abusiva, requisitos que no concurrirían en la especie. Respecto de una eventual posición de dominio de ANSM, señala que sólo ostenta una participación de mercado de un 28% en las zonas no concesionadas de la VII Región, lo que no constituiría una posición dominante y que, más aún, sería el sistema de APR el que posee una posición mayoritaria en el mercado relevante. Respecto de las conductas imputadas por Constructora Independencia, en primer lugar, señala que no es efectivo que los cobros por conexión fuera de la zona de concesión superen en un 240% los cobros que deben soportar las viviendas emplazadas dentro del territorio operacional de ANSM, y que tal afirmación de la demandante se basa en el hecho de que ésta sólo consideró el 35% de los costos reales que tiene la conexión a la red sanitaria dentro de la zona de concesión. En relación con este punto señala que, según los datos que maneja, las diferencias que se dan entre los cobros efectuados a los loteos de Constructora Independencia en las zonas concesionadas y los efectuados en las zonas no concesionadas reflejan que, en algunos casos, se cobra más en las zonas concesionadas y que, en otros, se cobra menos, y que bajo ninguna circunstancia muestran las marcadas diferencias que ésta afirma.- Con relación a la acusación de discriminación de precios que hace Constructora Independencia, señala que no tiene ningún asidero y que, dado que el negocio del agua está regulado en forma rígida y que las empresas destinan su capacidad de gestión y técnica a cumplir con un estricto programa de inversiones y operaciones, cualquier evento fuera de lo planificado tiene un impacto significativo, y que eso es lo que justifica que los cobros efectuados a diferentes loteos sean diferentes en virtud de las inversiones específicas que cada uno demanda.- Finalmente, ANSM niega que haya realizado cobros crecientes en el tiempo y señala que, si bien antiguamente no efectuaba cobros asociados a la prestación de servicios sanitarios fuera del territorio operacional distinto al cobro

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

regular, a partir de marzo de 2004 lo que hizo fue cambiar su política de cobros en relación a la conexión de clientes en zonas fuera del área de concesión dado que, al no ser reconocidas en la tarifa, importaba asumir un costo que no era reembolsado por los clientes, situación que, en su opinión, era de justicia corregir.

2.8. Por último, señala ANSM que la multa solicitada por Constructora Independencia resulta a todas luces exagerada, lo que denotaría su afán de perjudicarla.

2.9. Por todas estas consideraciones, ANSM solicita tener por contestada la demanda de autos y rechazarla en toda sus partes, con expresa condena en costas;

**3. REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA:**

Con fecha 8 de septiembre de 2006, a fojas 287, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante la “FNE” o la “Fiscalía”) presentó requerimiento en contra de las empresas sanitarias ESSAL S.A. (en adelante “ESSAL”), ESSBIO S.A. (en adelante “ESSBIO”), AGUAS ANDINAS S.A. (en adelante “Aguas Andinas”) y ANSM. Este requerimiento fue ingresado bajo el Rol C N° 107-06, y se acumuló a la presente causa mediante resolución de 12 de septiembre de 2006, rolante a fojas 324. El requerimiento de la Fiscalía se basó en las siguientes consideraciones:

3.1. Señala la Fiscalía que, a partir de una denuncia realizada por la Cámara Chilena de la Construcción (en adelante “CCHC”), abrió una investigación en cuyo curso habría constatado la existencia de diversos abusos de posición dominante por parte de las requeridas, en contra de los desarrolladores inmobiliarios que necesitan de sus servicios, y que consistirían en: (i) exigencias y cobros abusivos para el otorgamiento de servicios sanitarios a usuarios que se encuentran en zonas urbanas, próximas al área de concesión; (ii) exigencias y cobros abusivos para el otorgamiento de servicios sanitarios a usuarios que se encuentran en zonas rurales, próximas al área de concesión; y (iii) aplicación abusiva del sistema de AFR, establecidos por la ley para que las empresas sanitarias concesionadas financien la expansión de sus servicios, dentro de su área de concesión.

3.2. Agrega a continuación que existe consenso en el hecho que los servicios de agua potable y alcantarillado corresponden a monopolios naturales, y que en comparación con otros servicios, los costos hundidos, las economías de densidad y/o escala y el consumo masivo son en éstos más acentuados, lo que llevó al



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Estado a someter a los prestadores de servicios sanitarios a regulaciones de carácter estructural, definiendo un régimen de concesiones que establece exclusividad para proveer el servicio sanitario en un área geográfica y, además, un régimen de tarifas máximas y calidad mínima exigible a las empresas prestadoras.

3.3. Respecto del mercado relevante de producto, la FNE señala que estaría constituido por la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, cuyos destinatarios –en cuanto afectados por las conductas perpetradas- son, además de los usuarios finales de dichos servicios, los urbanizadores, quienes desarrollan las actividades económicas de construcción y venta de viviendas y otros inmuebles. Agrega que el servicio de agua potable contempla la producción y distribución de agua potable, mientras que el servicio de alcantarillado abarca la recolección y disposición de aguas servidas. Asimismo hace presente que, al no haber sustitutos del agua potable ni del servicio de alcantarillado, los urbanizadores están obligados a contar con tales servicios en sus proyectos inmobiliarios ya que, de lo contrario, sus obras no serían aprobadas por las autoridades pertinentes y los consumidores no estarían dispuestos a adquirir sus viviendas. Respecto del mercado relevante geográfico, por su parte, señala que está constituido, a nivel nacional, por las zonas próximas a las áreas de concesión de las empresas sanitarias, en las que no existe una regulación respecto de las condiciones en que se deben prestar los servicios, existiendo por lo tanto múltiples mercados geográficos, cada uno relacionado con una concesionaria específica.

Respecto de las características del mercado relevante, después de precisar que el análisis en el caso de autos se refiere a la oferta de servicios sanitarios en las zonas urbanas no concesionadas y en las zonas rurales, la FNE señala que, al contrario de lo que sucede en las zonas concesionadas, en las zonas no concesionadas, cuando un desarrollador inmobiliario solicita servicios sanitarios a una ESS, lo referido al financiamiento y cobros no se encuentra regulado. Asimismo, hace presente que en algunas áreas rurales próximas a áreas urbanas también se realizan proyectos inmobiliarios que necesitan de la prestación de servicios sanitarios, cuyo financiamiento y cobros tampoco se encuentran regulados, lo que posibilita que las ESS puedan cometer abusos. Señala asimismo que, en el caso de terrenos urbanos ubicados fuera del territorio operacional, la prestación de los servicios queda condicionada a la obtención de una concesión sanitaria sobre esos terrenos. En estos casos, en forma previa a la solicitud de ampliación del área de concesión, generalmente se pacta un convenio entre la ESS y el urbanizador, en el que se establecen los plazos para iniciar la entrega del servicio y las condiciones monetarias para la realización de estos. En el caso de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

prestaciones en el ámbito rural, la legislación sanitaria no regula los términos y condiciones en que se deben prestar los servicios sanitarios, por lo que las ESS tienen la facultad de convenir libremente con cualquier interesado la prestación de tales servicios, bajo la condición de no afectar o comprometer la calidad y continuidad del servicio público sanitario, según lo dispone el artículo 52 bis de la LGSS, lo que posibilita que las ESS impongan condiciones y cobros sin justificación económica. Agrega que en Chile, a diciembre de 2005, existían 52 empresas sanitarias, que atienden áreas de concesión exclusivas, pero que en cada Región del país existe una empresa que concentra la participación de mercado de la población abastecida de agua potable y alcantarillado.

Asimismo, la Fiscalía hace presente que, en general estas empresas integran verticalmente todas las etapas sucesivas del proceso de prestación de servicios de agua potable y alcantarillado.- Respecto de la existencia de otros oferentes en la prestación de servicios sanitarios, señala que existen los Comités y Cooperativas de Agua Potable Rural que, como dice su nombre, prestan servicios en áreas definidas como rurales, y no en áreas urbanas, haciendo hincapié en que tales entes son servicios privados que no tienen que cumplir con el régimen de concesiones sanitarias establecido en la LGSS, y que su objetivo es el autoabastecimiento de agua potable sin fines de lucro, por lo que no tienen como finalidad atender nuevos proyectos y, en general, no cuentan con capacidad técnica para realizar tales labores. También indica que existen otros *servicios particulares*, que son aprobados por la autoridad sanitaria, y que se rigen fundamentalmente por el Decreto Supremo N° 735, de Salud, de 1969; el Decreto Supremo N° 50, de Obras Públicas, de 2002, y los artículos 67 y siguientes del Código Sanitario.- Finalmente, destaca que en este mercado la demanda está constituida por todos aquellos que, dentro del área geográfica relevante, requieren de agua potable y alcantarillado, fundamentalmente empresas constructoras e inmobiliarias, municipalidades y grupos organizados en comités, como asimismo los usuarios finales, que se constituyen en demandantes cuando adquieren o hacen uso de un inmueble.

3.4. Respecto de las condiciones de entrada a este mercado, la Fiscalía indica que, como en todas las regiones hay una empresa sanitaria con una participación cercana al 100%, existen muy pocas áreas no concesionadas que se encuentran simultáneamente contiguas a zonas de concesión de empresas sanitarias distintas; y que, en la medida que sólo exista una empresa sanitaria operando en una zona contigua a un área no concesionada, esta empresa tendrá ventajas competitivas para prestar el servicio en la zona contigua, ya que puede aprovechar

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

sus redes existentes e interconectarse, lo que limita la entrada de nuevas empresas.- Respecto de las barreras a la entrada, la Fiscalía hace presente que la principal barrera a la entrada en este mercado son las economías de escala, que solamente posee la empresa sanitaria que abastece de servicios sanitarios a la concesión próxima al área de interés y que fundamenta la característica principal de este sector como un monopolio natural. Otra barrera, que reforzaría la anterior, es que los proyectos en zonas contiguas a las zonas de concesión son, por regla general, marginales, y que, por ende, no generan por sí mismos economías de escala. En efecto, según la FNE, la mayoría de los proyectos de urbanización que se desarrollan en las zonas contiguas a las áreas de concesión corresponde a decenas o cientos de viviendas, número que no alcanza a un nivel tal que permita a una empresa sanitaria, distinta de la próxima, aprovechar economías de escala, lo que debe sumarse a la existencia de una serie de costos hundidos para entrar al mercado, como todas las inversiones en capital específico, que significan que la mayoría de la infraestructura en la que se invierte no tenga usos alternativos. Respecto de la competencia potencial, precisa que la alternativa de Comités o Cooperativas de Agua Potable no se puede considerar como un potencial competidor de las empresas sanitarias contiguas al área de interés no concesionada, dado que este sistema, además de no producir economías de escala, tiene otras limitaciones, como que su objetivo sea el autoabastecimiento y que la asesoría técnica sea brindada por las empresas sanitarias, por lo que, en caso que éstas quieran prestar el servicio al urbanizador, entrarán en conflicto de intereses respecto a la asesoría que le prestan a los Comités y Cooperativas.- Así, en opinión de la FNE, las ESS próximas a las áreas no concesionadas tienen una posición dominante en éstas, la cual, generalmente, no puede ser disputada por parte de empresas sanitarias existentes en lugares distantes de la zona de interés, ni por Comités o Cooperativas de Agua Potable Rural, ni por potenciales nuevos entrantes.- Posteriormente, la Fiscalía, refiriéndose a las eventuales conductas anticompetitivas de las requeridas, señala que, después de analizar la información proporcionada por éstas, pudo determinar que las empresas ESSAL, ESSBIO, AGUAS ANDINAS y ANSM han abusado de su posición dominante, imponiendo tarifas y condiciones desmedidas e improcedentes a los urbanizadores que solicitan sus servicios en áreas urbanas no concesionadas y rurales, lo cual configura la conducta descrita en la letra b) del artículo 3° del Decreto Ley N°211.- En relación con lo anterior, señala que no existe uno solo de los contratos informados a la FNE por ESSBIO, AGUAS ANDINAS y ANSM, relacionados con la ampliación de territorio operacional y/o la prestación de servicios en áreas rurales, en que aquéllas no hayan hecho efectivo cobros a los urbanizadores,

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

circunstancia que, si bien no constituye *per se* una conducta anticompetitiva, resulta peculiar, ya que en general toda la infraestructura necesaria para atender a la nueva zona de concesión, desde las redes de urbanización hasta los puntos de conexión de agua potable y aguas servidas definidas por las empresas sanitarias, es financiada por el urbanizador; lo cual significa que, generalmente, el porcentaje de las obras aportadas por terceros en esa zona o proyecto es mayor que lo aportado dentro de las áreas de concesión, en las cuales quien debe invertir es fundamentalmente la empresa sanitaria. En este sentido, la FNE indica que un indicio claro de estos abusos serían los cobros no reembolsables exigidos a los urbanizadores en los contratos por la ampliación de zona de concesión y en áreas rurales, los que no son declarados posteriormente como aportes de terceros, al momento de solicitar la concesión.- Posteriormente, la Fiscalía analizó en forma somera los supuestos abusos cometidos por cada una de las requeridas, estimando (i) que AGUAS ANDINAS habría cobrado a los urbanizadores más de \$800.000.000 adicionales a los necesarios para garantizar un valor actual neto (VAN) igual a cero, (ii) que ANSM y ESSBIO habrían cobrado sobre \$700.000.000 y \$1.000.000.000 adicionales para lograr igual retorno, y (iii) que ESSAL no aportó información fidedigna que permitiera hacer este cálculo, pero que los supuestos entregados no resultan verosímiles y no tienen fundamento que los sustenten.- Finalmente, la FNE agrega que estos abusos cometidos por las requeridas aumentan los costos de los urbanizadores, quienes luego los traspasan parcialmente a sus clientes a través de mayores precios de las viviendas. De esta forma, se encarecería el valor de los inmuebles y, tratándose de programas de viviendas sociales, hasta podría causar que algunos proyectos no se puedan concretar, lo que generaría una pérdida en el bienestar social.

3.5. A continuación, la Fiscalía señala que, sin perjuicio de los ilícitos descritos precedentemente, detectó una preocupante distorsión del mercado sanitario, que repercute seriamente en el mercado inmobiliario, originada en la forma en que opera el sistema de aportes de financiamiento reembolsables, establecidos por ley para que las empresas sanitarias, dentro de su área de concesión, abastezcan pronta y suficientemente determinado proyecto inmobiliario. En su opinión, el desarrollo del mercado de capitales ha causado la obsolescencia de esta normativa, lo que hace necesario modernizar las disposiciones legales que regulan la emisión de estos aportes. De hecho, según la FNE, esta obsolescencia ha significado que no hay liquidez de los pagarés emitidos por las empresas sanitarias y que éstas están obteniendo utilidades sobrenormales, relacionadas con la recompra a bajo precio de dichos papeles, amparadas en la regulación

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

vigente. Por lo anterior, la FNE considera que la existencia de estos aportes reembolsables debería ser eliminada del marco regulatorio actual, dado que ha desaparecido su razón de ser y que, actualmente, distorsionan significativamente el mercado, generando pérdidas en el bienestar, y subsidios desde las empresas urbanizadoras, usuarios finales y el Estado, en favor de las empresas sanitarias

3.6. Finalmente, la Fiscalía estima indispensable que se introduzcan reformas legales que permitan el acceso diligente y razonable de las zonas urbanas que se encuentran fuera del territorio operacional de una empresa sanitaria, a la prestación del servicio esencial de agua potable y alcantarillado, en condiciones emuladoras de la libre competencia, y que en tal contexto la nueva normativa debería establecer que la empresa sanitaria próxima a la zona urbana que no cuenta con servicio sanitario, deba ampliar obligatoriamente la prestación del servicio a dicha zona urbana, cuando un proyecto inmobiliario así lo requiera, bajo condiciones que aseguren que los usuarios del área de concesión original no subsidien a los usuarios de la nueva área. Por otro lado, tratándose de zonas rurales ubicadas fuera del área de concesión, pero próximas a ésta, en donde no se plantean exigencias de urbanización para desarrollos inmobiliarios, en opinión de la Fiscalía es necesario establecer condiciones de prestación del servicio razonables y fundamentadas, emuladoras de un mercado competitivo, tanto en lo relacionado con la aplicación de tarifas y los plazos en que las empresas sanitarias aceptan definitivamente proveer los servicios, como en cuanto a los aportes que deban efectuar los urbanizadores a dichas sanitarias.

3.7. Por lo anterior, la Fiscalía solicita tener por interpuesto requerimiento en contra de las empresas ESSAL, ESSBIO, AGUAS ANDINAS y ANSM, admitirlo a tramitación, y en definitiva, que este Tribunal resuelva:

3.7.1. Declarar que las empresas requeridas se encuentran incurriendo en las conductas contrarias a la libre competencia descritas, las cuales configuran una explotación abusiva de su posición dominante en el mercado relevante de la prestación de servicios de agua potable y alcantarillado, en las zonas próximas a sus áreas de concesión;

3.7.2. Sancionar a las requeridas, imponiendo una multa, a cada una de ellas, ascendente a 65.000 Unidades Tributarias Mensuales para ESSBIO, 44.000 Unidades Tributarias Mensuales para ANSM, 48.000 Unidades Tributarias Mensuales para ESSAL, y de 50.000 Unidades Tributarias Mensuales para AGUAS ANDINAS; o la suma que este Tribunal se sirva fijar;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

3.7.3. Ordenar a las requeridas que cesen en toda conducta que implique explotación abusiva de su posición dominante, tanto de manera directa como por medio de empresas coligadas, al momento de firmar con los desarrolladores inmobiliarios contratos de ampliación del territorio operacional, o destinados a abastecer zonas rurales;

3.7.4. Declarar que, para los efectos del artículo 12 A del D.F.L. N° 70, de 1988, los servicios que prestan las empresas sanitarias a los urbanizadores en las zonas próximas a su área de concesión, en los que existan economías de escala que no pueden ser replicadas por otras empresas sanitarias y que implican un menor costo para el usuario final, se prestan en condiciones monopólicas; y que, en consecuencia, en estos casos, con la finalidad de impedir abusos de posición dominante, la Superintendencia de Servicios Sanitarios deberá aplicar el régimen tarifario correspondiente a dichos servicios;

3.7.5. Solicitar al Supremo Gobierno el patrocinio de una modificación legal que confiera a la Superintendencia de Servicios Sanitarios facultades para exigir al concesionario la ampliación de su territorio a áreas urbanas, que en su opinión, fundada técnica y económicamente, sea menester incorporar en los casos en que existan economías de escala que no puedan replicar otras empresas sanitarias y que impliquen un menor costo para el usuario final. La licitación de la concesión del área urbana que no cuente con servicios sanitarios, sólo debería aplicarse de manera excepcional para aquellos casos en donde exista evidencia del interés de dos o más postulantes por dicha área;

3.7.6. Instar a la Superintendencia de Servicios Sanitarios para que, cuando deba convocar a licitaciones en razón de existir otra empresa sanitaria interesada en prestar el servicio, proceda a fijar las tarifas de interconexión obligatorias para dichas licitaciones;

3.7.7. Tratándose de zonas rurales ubicadas fuera del área de concesión y próximas a éstas, ordenar a las empresas sanitarias requeridas que establezcan un marco general, con las condiciones de prestación del servicio razonables y fundamentadas, emuladoras de un mercado competitivo, tanto en lo relacionado con la aplicación de tarifas y los plazos en que las empresas sanitarias aceptan definitivamente proveer los servicios, como en cuanto a los aportes que deban efectuar los urbanizadores a dichas empresas. El marco general debe ser aprobado por este Tribunal;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

3.7.8. Solicitar al Supremo Gobierno el patrocinio de una modificación legal al sistema de aplicación de los Aportes de Financiamiento Reembolsables, derogando tal mecanismo o, en subsidio, introduciendo reformas destinadas a impedir la comisión de abusos en esta materia, en los términos que el Tribunal determine;

3.7.9. Condenar en costas a las requeridas.

**4. PARTICIPACIÓN DE LA CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN:**

4.1. Con fecha 31 de octubre de 2006, a fojas 616, la CCHC se hizo parte como tercero coadyuvante del requerimiento presentado por la FNE, en los siguientes términos:

4.1.1. Señala que el requerimiento de la Fiscalía tuvo como origen una denuncia planteada por la CCHC, en la cual se denunciaron diversos abusos de posición dominante por parte de varias empresas de servicios sanitarios, consistentes en: (i) exigencias y cobros abusivos para el otorgamiento de servicios sanitarios a usuarios que se encuentran en zonas urbanas, fuera del área de concesión de las referidas empresas, pero próximas a ella; (ii) 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; y (iii) aplicación abusiva del sistema de AFR establecido por ley para que las empresas sanitarias concesionadas financien la expansión de sus servicios, dentro de su área de concesión; abusos que se cometen al imponer condiciones en los contratos para proveer los servicios sanitarios, utilizando parámetros infundados y no detallados en las evaluaciones de proyecto, cuyo efecto es que se producen cobros abusivos a los desarrolladores inmobiliarios.

4.1.2. Con respecto a la prestación de servicios sanitarios en zonas urbanas ubicadas fuera del área de concesión de las ESS, señala que, en la actualidad, quienes deseen obtener la prestación de servicios sanitarios en tales zonas y que no deseen desarrollar proyectos de vivienda social en tales zonas, deben iniciar una difícil y larga negociación con la empresa sanitaria colindante a la referida zona, empresa que gozaría de una posición dominante respecto de tales áreas. En este escenario, las empresas sanitarias supeditan el otorgamiento del servicio requerido al cumplimiento de altas exigencias, entre las que se encuentran la ejecución de todas las obras de capacidad y extensión necesarias para la prestación del servicio sanitario, el pago de un determinado monto de dinero por cada vivienda que se construya, la entrega de derechos de aprovechamiento de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

aguas, etc., cuya imposición podría calificarse como un abuso de posición dominante por parte de las ESS.- Por otro lado, la CCHC agrega que, de acuerdo con la normativa que regula el sector, en las zonas urbanas que se encuentran fuera del área de concesión, el legislador privilegió un régimen de competencia en el acceso, que en la práctica no ha tenido efecto. En este sentido, hace presente que, según la LGSS, cada vez que exista necesidad de asegurar la provisión del servicio sanitario en determinadas zonas dentro del límite urbano, la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante "SISS") deberá efectuar una licitación pública, y que sólo en caso que dicha licitación fracase, la SISS puede exigir la ampliación forzada de la concesión. Sin embargo –agrega-, para que la SISS pueda ejercer dicha facultad respecto del prestador más cercano, es preciso que concurren copulativamente dos requisitos, a saber, (i) que la incorporación de las nuevas áreas sea "factible técnicamente"; y (ii) que el aumento del territorio operacional sea "razonablemente factible de enfrentar administrativa y financieramente por el prestador". El problema, según la CCHC, se produce porque la SISS ha entendido que sólo puede exigir la ampliación forzada de la concesión en forma restrictiva, con carácter excepcional. Asimismo, la SISS habría sostenido que no le corresponde efectuar un llamado a licitación para otorgar servicio a sectores cuyo desarrollo sea a largo plazo, o donde no exista una necesidad actual o inminente de asegurar la provisión de estos servicios, criterio que habría sido corroborado por la Contraloría General de la República. Así, la CCHC agrega que las empresas sanitarias colindantes a las zonas urbanas que no cuentan con servicio sanitario, supeditan el otorgamiento del servicio en tales zonas, a quienes desarrollan un proyecto de urbanización en ellas, a la entrega de importantes aportes que, por cierto, superan con creces los aportes que ellas pueden exigir a quienes solicitan servicio dentro de su área geográfica de concesión. Lo anterior, en su opinión, hace que sean en definitiva las empresas sanitarias las que determinen el desarrollo de las ciudades, y no el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.- A continuación, señala que, en razón de lo expuesto, se dictó la Ley N° 20.038, que establece que el llamado a licitación para una nueva concesión sanitaria adquiere el carácter de obligatorio para la SISS cuando el Ministerio de Vivienda y Urbanismo así lo requiera para el desarrollo de sus proyectos de vivienda social, cuyo valor no exceda de 750 UF. Sin embargo, hace presente que dicha ley no ha sido del todo eficaz, dado que no establece plazos fatales para que la SISS ejerza dicha facultad, y mantiene la incertidumbre existente en cuanto al resultado final del proceso de licitación. Así, en su opinión, para resolver el problema planteado se requiere introducir una reforma legal que permita establecer que, por regla general, la empresa sanitaria colindante a la



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

zona urbana que no cuenta con servicio sanitario, esté obligada a ampliar la prestación del servicio a las referidas zonas urbanas, bajo condiciones que aseguren que los usuarios del área de concesión original no subsidién a los usuarios de la nueva área, y que la respectiva empresa sanitaria no se vea perjudicada en su patrimonio.

4.1.3. Con respecto a la prestación de servicios sanitarios en zonas rurales ubicadas fuera del área de concesión de las empresas de servicios sanitarios, la CCHC señala que, con el fin de dar efectiva cobertura sanitaria a dichas zonas, se introdujo el artículo 52 bis a la Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante "LGUC"), que tuvo por finalidad permitir a los prestadores explotar sistemas de agua potable en sectores rurales, fuera de su territorio operacional, bajo la condición de no afectar o comprometer la calidad o continuidad del servicio público sanitario. Según explica la CCHC, los servicios que otorgan las empresas sanitarias de conformidad con este artículo no se han entendido bajo el carácter de Servicio Público Sanitario, toda vez que son servicios que se otorgan en el área rural y, por tanto, la obligatoriedad de la prestación de los servicios sanitarios se convierte, en el sector rural, en una mera facultad del prestador; y las compensaciones y pagos a que da lugar la prestación de los mismos se convienen directamente con el interesado, a través de los contratos que se celebren al efecto entre los prestadores y los usuarios, los que muchas veces son abusivos. Por lo anterior, en opinión de la CCHC, este Tribunal debería regular las condiciones de prestación del servicio de acuerdo con el citado artículo 52 bis, tanto mediante la aplicación de tarifas como en cuanto a los aportes que deben efectuar los urbanizadores a las empresas sanitarias.

4.1.4. Por último, respecto del sistema de aportes reembolsables de financiamiento, la CCHC señala que su operatoria produce una clara distorsión en el sector inmobiliario y de viviendas sociales. En relación con lo anterior, hace presente que, atendido que son las propias empresas sanitarias las que compran a las inmobiliarias los papeles representativos de AFR que ellas mismas les vendieron, la recompra de AFR bajo su valor par genera, por definición, rentas monopólicas que superan el retorno contemplado en la ley, toda vez que las obras financiadas con AFR se consideran activos propios de las empresas sanitarias para el cálculo de sus tarifas, por lo que se pagaría dos veces por el mismo concepto. Así, en su opinión, para resolver este problema, se requiere introducir una reforma legal a la Ley de Tarifas, en cuya virtud se pueda dar mayor liquidez a los documentos de reembolso de los aportes reembolsables de financiamiento, de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

modo que no sean únicamente las empresas sanitarias las interesadas en su adquisición.

4.2. A fojas 2765, con fecha 19 de abril de 2007, la CCHC explica la normativa aplicable al sector sanitario, especialmente respecto al territorio operacional, al otorgamiento de servicio fuera del territorio operacional, el funcionamiento del artículo 52 bis de la LGSS, y la regulación de los AFR y su clasificación en AFR por Capacidad (en adelante "AFRC") y por Extensión (en adelante "AFRE").

4.3. A fojas 4276, con fecha 11 de julio de 2007, la CCHC hace presente ciertas consideraciones respecto a la regulación de tarifas de las empresas de utilidad pública.

**5. PARTICIPACIÓN DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS SANITARIOS A.G.:**

Con fecha 14 de noviembre de 2006, mediante presentación de fojas 678 y siguientes, la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios A.G. (en adelante la "ANDESS"), se hizo parte en la presente causa como tercero caduante de la FNE, por tener en su opinión un interés directo en sus resultados, toda vez que en la misma, además de perseguirse la imposición de sanciones contra las empresas sanitarias requeridas, se ha solicitado a este Tribunal que proponga modificaciones al marco regulatorio vigente, las que afectan a la industria de la prestación de servicios sanitarios en su conjunto.

**6. CONTESTACIÓN DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DE AGUAS ANDINAS S.A.:**

Con fecha 18 de noviembre de 2006, a fojas 694 y siguientes, Aguas Andinas contestó el requerimiento de autos, en los siguientes términos:

6.1. Después de hacer un resumen del contenido del requerimiento de la FNE y de señalar cuáles serían a su juicio sus supuestos errores, analiza el mercado relevante, señalando que, en su opinión, el mercado relevante de producto corresponde a la entrega de factibilidad para la prestación de servicios sanitarios, que en el caso de nuevos loteos urbanos se hace por la vía de ampliar el área de concesión o territorio operacional de las empresas sanitarias, y que en el caso de zonas rurales, se hace mediante la suscripción de un convenio de los referidos en el artículo 52 bis de la LGSS. Respecto del mercado relevante geográfico, señala que la forma y extensión que tomará cada uno de ellos dependerá de las áreas en que se verifiquen costos medios homogéneos, por lo que, en sentido estricto, se

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

debe considerar cada terreno para el que se solicita la factibilidad de prestación de servicios sanitarios como un mercado geográfico en sí mismo.

6.2. Posteriormente, en relación con su eventual posición de dominio, Aguas Andinas señala que la Fiscalía incurre en un error al señalar que ella se basaría en el carácter de monopolio natural que tendría la prestación de servicios sanitarios. Lo anterior dado que, en los hechos, sí existiría competencia respecto de la provisión de factibilidad sanitaria por áreas no concesionadas, de modo que la magnitud de las barreras de entrada pareciera no ser suficiente para impedir el surgimiento de nuevas sanitarias. Aún más, señala que, según los datos recogidos en el último estudio tarifario de Aguas Andinas, si bien es necesario contar con un cierto tamaño para prestar servicios sanitarios, las economías de escala se agotan rápidamente, salvo en lo relativo al tratamiento de aguas servidas, y que incluso en este caso las diferencias de costos no son directamente proporcionales con la escala de los servicios proveídos, por existir soluciones tecnológicas distintas según el tamaño de la población atendida. Por lo anterior, en opinión de Aguas Andinas podría concluirse que existe un espacio para que se constituyan empresas sanitarias de diverso tamaño que atiendan nuevas urbanizaciones, fuera del área de concesión de la empresa mayoritaria, y que incluso los hechos demuestran que la autoprovisión de servicios sanitarios es factible. Así, no sería efectivo que Aguas Andinas pueda comportarse de manera independiente de sus competidores, como se requeriría para una calificación de dominancia.

6.3. Respecto del supuesto abuso de posición dominante que se le imputa, señala que, según se desprende del requerimiento, para la FNE no habría más alternativa de conducta que la competencia perfecta (emulada de acuerdo al modelo regulatorio) o el abuso. En su opinión, tal argumentación sólo se sostendría si no existiera diferencia alguna entre la prestación del servicio en las zonas concesionadas y las que no lo están. Sin embargo, la situación es justamente la contraria ya que, fuera de la zona de concesión, los costos, riesgos y oportunidades para la empresa sanitaria son distintos a las obligaciones y contraprestaciones existentes bajo el régimen tarifario normal. Además, para la estimación de ingresos y costos de los proyectos ubicados fuera del área concesionada no corresponde utilizar como base la empresa modelo, como hace el régimen tarifario, sino los datos y costos reales de Aguas Andinas. Así, en su opinión, resulta obvio que el análisis de oportunidades de negocios y riesgos, como las que representa la ampliación de la zona de concesión, sea distinto al que se hace al interior del área ya concesionada, donde se han aceptado reglas del juego establecidas por la ley en la forma de contratos forzosos y dirigidos. Por otro

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

lado –agrega-, los riesgos de otorgar factibilidad de servicios sanitarios fuera del área de concesión son distintos a los de otorgarlos dentro de la misma. Asimismo, señala que, al ampliar la zona de concesión, asume riesgos que, en parte, no tienen un equivalente en el régimen tarifario normal. Tales riesgos, a juicio de Aguas Andinas, dirían relación principalmente con el ritmo de construcción y venta de las viviendas y riesgos asociados a la demanda de agua potable. En consideración de lo anterior, hace presente que la tasa de descuento fijada para la zona de concesión no debe extenderse a zonas no concesionadas. En este sentido, señala que la tasa de descuento regulada sólo considera la tasa libre de riesgo, más un premio por riesgo acotado, y que sólo toma en cuenta como factores el tamaño de la empresa y el tipo de sus clientes. En contraste, fuera del área de concesión, la empresa sanitaria asumiría mayores riesgos, equivalentes, según sus palabras, a los asumidos por los urbanizadores.

6.4. Posteriormente, Aguas Andinas argumenta que la supuesta obligación que pretende hacer valer el Fiscal Nacional Económico, consistente en forzar a las empresas sanitarias a invertir en proyectos fuera del área de concesión bajo los supuestos de retorno y riesgo contemplados en la regulación tarifaria, tiene como principal efecto el de crear distorsiones en el mercado que permitirían a los urbanizadores obtener significativas ganancias, a costa de las obligaciones de precio y servicio asumidas por las empresas sanitarias. Por otro lado, sostiene que la autoridad tiene las herramientas legales para corregir las diferencias entre zonas urbanas y áreas de concesión. En relación con lo anterior, hace presente que, mediante la Ley N° 19.549, se introdujeron a la LGSS los artículos 12 A y 12 B, que otorgan las herramientas legales a la autoridad regulatoria para subsanar los eventuales problemas derivados de la discrepancia entre zonas concesionadas y zonas urbanas; y que, asimismo, la citada ley introdujo en la LGSS el artículo 33 A, que faculta a la SISS para ampliar el área de concesión de una empresa sanitaria en caso que sea técnica y económicamente factible, previo llamado a licitación pública. Por lo demás –agrega-, se debe tener presente que la LGSS contiene normas que estimulan la competencia al momento de solicitarse una concesión sobre áreas urbanas vacantes, tales como publicaciones, oposiciones o concursos y adjudicación por tarifas más bajas.

A continuación, Aguas Andinas señala que los cobros efectuados por ella a los urbanizadores son lícitos y tienen fundamento económico en las diferencias regulatorias y de riesgo existentes entre las áreas concesionadas y las que no lo son. En este sentido, hace presente que la prestación de servicios fuera del área de concesión tiene asociados riesgos y costos distintos a los del negocio regulado

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

que, al menos en parte, no son cubiertos por las tarifas fijadas por la autoridad, por lo que normalmente se requiere un aporte de los urbanizadores para que el VAN sea igual a cero. Así, un eventual abuso monopólico en el cálculo de ese aporte ocurriría si tal determinación tuviera como objetivo extraer del urbanizador su disposición a pagar o, en otras palabras, el abuso existirá sólo si el supuesto monopolista contrajera la oferta hasta el punto donde la curva de costo marginal iguala a la curva de ingreso marginal del demandante. Sin embargo, lo anterior no ocurriría, ya que Aguas Andinas calcularía el monto correspondiente mediante una metodología general basada en sus costos, que adicionalmente permite a los urbanizadores participar de las eventuales economías de escala (en particular en tratamiento de aguas servidas) y de ámbito de la empresa sanitaria, por lo que la hipótesis de un abuso *per se* debe ser descartada. En relación con lo anterior, Aguas Andinas señala que definió como política general la de cobrar al urbanizador el mayor costo que representa la prestación de servicios sanitarios en la nueva área concesionada, en relación a la tarifa del área de concesión más próxima. De esta forma, se privilegia la mantención de la tarifa a los usuarios finales, evitando que los costos y riesgos conexos a la ampliación del área de concesión sean traspasados a los clientes ubicados en la zona concesionada más próxima. Así, según explica, el aporte de cargo del urbanizador se calcula considerando los ingresos proyectados, menos las inversiones requeridas, los costos de operación y mantenimiento de las instalaciones, los costos asociados a facturación y cobranzas, los gastos generales y los riesgos de la expansión del área de concesión a que hace referencia, siendo estos últimos incorporados mediante el descuento de los flujos estimados del proyecto a una tasa del 15% o del 12%, tratándose de proyectos relativos a viviendas sociales. El aporte resultante sería la suma de dinero necesaria para que el VAN sea igual a cero. Por otro lado, en relación con la acusación de la FNE, relativa a los supuestos montos abusivos cobrados por ella por concepto de gastos generales, y a las supuestas contradicciones existentes en el sistema de cobros, Aguas Andinas señala que nada de eso resulta efectivo, y que la justificación de dichos cobros fue incluida en una carta enviada a la FNE con anterioridad a la presentación del requerimiento. Además, hace presente que, respecto de los gastos generales, el modelo de evaluación contempla el cobro de un monto fijo de 110 UF/año, que se desagrega en gastos de administración de la concesión, por emisión y renovación de boletas de garantía; y en gastos de administración de la concesión por planes de desarrollo y estudios tarifarios. Asimismo –agrega–, los gastos generales asociados a convenios celebrados al amparo del artículo 52 bis, los ha estimado en un monto equivalente al de las ampliaciones de las áreas de concesión, pues

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

varias de las partidas le son también aplicables y, dada la tendencia registrada, en el futuro el área concesionada probablemente se ampliará para cubrir los terrenos rurales en que se construyeron los proyectos inmobiliarios.

6.5. Respecto de los supuestos problemas de información de los urbanizadores, Aguas Andinas indica que la FNE, al estimar que no se les informa el detalle de las evaluaciones, revela un profundo desconocimiento sobre la forma en que funciona este mercado, por cuanto en estos casos existen largas negociaciones entre Aguas Andinas y el respectivo urbanizador en relación con la valoración de ciertos parámetros del modelo; en particular, sobre lo relativo a la velocidad de venta de los inmuebles, la demanda esperada de agua potable, y la forma de pago del aporte (un solo pago o pago en cuotas). Así, resulta innecesario entregar información desglosada o detallada respecto del cálculo del aporte, pues las variables condicionantes de éste, así como la metodología, ya son conocidas por el urbanizador en el marco de las negociaciones entre ambas partes. Por otro lado, aún aceptando la supuesta posición dominante que se imputa a Aguas Andinas, según esta empresa no habría abuso alguno en la especie, por cuanto, aunque se estimara que la posición negociadora de las partes es asimétrica, la información con que cuentan las partes no lo es. Los urbanizadores son expertos en lo relativo al costo de construcción e implementación de las soluciones de infraestructura necesarias para abastecer de agua potable a los nuevos desarrollos inmobiliarios. De este modo, la utilización de un modelo de evaluación con parámetros predefinidos, cuya valoración es conocida por la otra parte, impide, en los hechos, cualquier abuso por parte de Aguas Andinas.

6.6. Respecto del modelo de evaluación de proyectos de viviendas sociales, Aguas Andinas señala que la Fiscalía incurre en un error al sostener que dicha empresa tiene un comportamiento contradictorio, al considerar, por una parte, una deuda incobrable “excesiva” en la evaluación de proyectos de viviendas sociales y, por otra, al considerar que abastecerá durante todo el horizonte de evaluación a todos los clientes, paguen o no paguen sus cuentas. Según Aguas Andinas, el error de la FNE tendría su origen en confundir dos conductas, que poseen diversos fundamentos y cuyo efecto es también diverso y no comparable. En este sentido, hay un doble error: primero, considerar “excesivo” el monto de deuda incobrable y, segundo, estimar que la facultad de corte de servicio compensa los menores ingresos de la compañía. En relación con esta materia, Aguas Andinas explica que, al elaborar sus modelos, considera que en los proyectos de urbanización relativos a viviendas sociales sólo se recibirá el 70% de los ingresos proyectados, calculados de acuerdo al modelo de evaluación, y que esta

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

corrección al modelo se funda en su experiencia en poblaciones compuestas de viviendas asignadas a familias de un nivel socioeconómico similar a las consideradas en los proyectos evaluados, donde se ha producido normalmente una incobrabilidad promedio cercana al 30%. Así, la tasa de incobrabilidad ocupada de un 30% para este tipo de proyectos no puede ser considerada abusiva. Por otro lado, hace presente que, de acuerdo con sus estadísticas, sólo se ejecuta un 66% del total de cortes generados en razón de cuentas impagas. Sin embargo, si se considera sólo la muestra referida a viviendas sociales, ese porcentaje baja a un 7%. En razón de lo anterior, Aguas Andinas hace presente que su modelo de evaluación, como toda simplificación de la realidad, es imperfecto y que, en este sentido, los supuestos usados representan la mejor estimación, con la información disponible, para determinar el comportamiento de las variables en el horizonte de evaluación. Además, señala que todos los aportes que ha recibido de los urbanizadores en los términos indicados por la ley han sido debidamente declarados como aportes de terceros a la SISS a efectos de la fijación de tarifas en las zonas urbanas, y que en los procesos de ampliación de concesión relativos a los convenios informados a la FNE, Aguas Andinas no declaró la existencia de aportes de terceros porque a esa fecha no había recibido obras a título de aportes no reembolsables. De esta forma, Aguas Andinas no habría incurrido en el supuesto doble cobro imputado por la Fiscalía en su requerimiento.- Finalmente, en relación con este punto, hace presente que junto a la CCHC están elaborando un documento que recoge el sistema de evaluación de proyectos desarrollado por Aguas Andinas, y que si bien existen materias en las que aún no se alcanza acuerdo, es evidente que tanto la existencia de cobros a los urbanizadores como la estructura del modelo de evaluación de proyectos utilizada por ella han sido validadas por los denunciantes originales. Aún más, según señala, incluso algunos de los parámetros que el Fiscal Nacional Económico considera abusivos, como la utilización de un horizonte temporal de 35 años, han sido expresamente considerados en los borradores de acuerdo. Así, no puede argumentarse la existencia de posición dominante alguna, pues la contraparte de Aguas Andinas en las negociaciones ha sido la propia CCHC, que representa los intereses corporativos de las empresas constructoras.

Respecto de las propuestas de la FNE para la modificación del marco legal vigente, señala que, en su opinión, la existencia de herramientas legales destinadas a corregir las discordancias entre las áreas de concesión y las áreas urbanas definidas por los planes reguladores locales hace innecesaria cualquier modificación legal al respecto, y que la circunstancia de que la autoridad no haga

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

uso de los mecanismos de que dispone cuando así le es requerido por los urbanizadores no constituye razón suficiente para modificar el marco legal. Además, señala que las modificaciones propuestas por la Fiscalía son incompatibles con los objetivos que persigue la regulación del sector sanitario, a saber: (i) la eficiencia asignativa; (ii) el autofinanciamiento; y, (iii) la existencia de incentivos para una inversión eficiente. Por último, señala que con sus propuestas la Fiscalía pretende otorgar en los hechos un *call* a los urbanizadores para forzar a las empresas sanitarias a ampliar su área de concesión a aquellos terrenos donde los urbanizadores lo requieran. Sin embargo, en su opinión, este sistema no atendería simétricamente los intereses de las empresas sanitarias y de los urbanizadores, y perjudicaría en definitiva a los usuarios finales, haciendo presente que estos efectos son aún más graves tratándose de la propuesta de la Fiscalía respecto de las zonas rurales, si lo que se pretende mediante el establecimiento de las condiciones generales de servicio es la ampliación a zonas rurales de las reglas que rigen la prestación de servicios sanitarios dentro de las áreas de concesión. Según Aguas Andinas, esto significaría en la práctica establecer un área de concesión ilimitada, en que los efectos negativos antes explicados se agravarían.

6.7. Finalmente, Aguas Andinas opone excepción de prescripción respecto de todos los actos ocurridos antes del 14 de septiembre de 2004, esto es, dos años antes de la notificación del requerimiento de autos, y hace presente que la multa propuesta por el señor Fiscal, ascendente a 50.000 Unidades Tributarias Mensuales, es en todo caso superior al eventual perjuicio atribuible a Aguas Andinas y no guarda ninguna proporción con la gravedad de la conducta imputada.

6.8. En razón de todo lo expuesto, Aguas Andinas solicita tener por evacuado el traslado al requerimiento, y en mérito de los argumentos económicos y jurídicos expuestos, declarar:

6.8.1. Que se rechaza el Requerimiento en todas sus partes;

6.8.2. Que Aguas Andinas no ha incurrido en explotación abusiva de una posición dominante ni ha infringido de modo alguno las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el Decreto Ley N°211; o,

6.8.3. En subsidio, que la multa solicitada por el señor Fiscal Nacional Económico se rebaje a la suma que el H. Tribunal estime conveniente.



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**7. CONTESTACIÓN DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DE LA EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DEL BÍO-BÍO S.A.:**

Con fecha 18 de noviembre de 2006, a fojas 717 y siguientes, ESSBIO contestó el requerimiento de autos, en los siguientes términos:

7.1. Después de precisar ciertas consideraciones respecto de la prestación de servicios sanitarios y de su marco regulatorio, y de explicar las razones por las cuales no se pueden comparar los servicios de agua potable y saneamiento dentro y fuera del área de concesión (principalmente por razones de costos y riesgos), delimita el asunto sometido a este Tribunal y lo circunscribe a las relaciones comerciales que se verifican fuera de las zonas de concesión y respecto únicamente a los terceros (urbanizadores) que solicitan interconexiones a las ESS y, más específicamente, sobre el precio que se cobra por tal interconexión. Agrega que ESSBIO es una sociedad anónima abierta y que es titular de concesiones para prestar servicios públicos de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas en más de 90 localidades de la Sexta y Octava Región, las que adquirió de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° Transitorio de la LGSS.

7.2. Posteriormente, ESSBIO se aboca a definir el mercado relevante, haciendo presente que el mercado definido por la FNE es erróneo ya que, según se desprendería del mismo requerimiento, no existe imputación alguna en estos autos que diga relación con los precios que las ESS cobran a sus clientes finales por la prestación de los servicios sanitarios. Lo anterior, en sus palabras, no podría ser de otra forma, dado que las ESS cobran el mismo precio a todos sus consumidores finales, independientemente de que estén dentro o fuera de la zona operacional, lo que importaría un manifiesto beneficio social. Así, en su opinión, el mercado de producto o servicio de autos correspondería única y exclusivamente a la interconexión de servicios sanitarios de producción y distribución de agua potable y la recolección y disposición de las aguas servidas.- Con respecto al mercado geográfico, señala que los costos medios de proveer servicios sanitarios (costos totales de largo plazo) pueden ser muy distintos, según las realidades particulares de las diversas zonas geográficas, por lo que, en definitiva, el mercado estaría determinado por cada sector no concesionado en el que se desarrolle un proyecto inmobiliario y en el que los costos de inversión (interconexión), operación y mantenimiento de redes sean homogéneos, lo que significaría aplicar, como principal criterio, el de un análisis cualitativo enfocado en

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

las características del sector no concesionado para el cual se pide el respectivo servicio.

7.3. Con respecto a los actores que participan en el mercado relevante de autos, señala que éstos son, además de las ESS, los servicios particulares que se registran ante la Autoridad Sanitaria y los Comités y Cooperativas de Agua Potable Rural, por lo que, contrariamente a lo que se señala en el requerimiento de la Fiscalía, el inmobiliario o urbanizador cuenta con diversas alternativas para proveer de servicios sanitarios sus proyectos fuera de la zona operacional de ESSBIO, siendo la más simple, la posibilidad de que sea el propio urbanizador quien desarrolle la infraestructura para prestar tales servicios. Por lo demás, agrega que no sería efectivo que no exista disponibilidad de fuentes para producir agua cruda sino que, por el contrario, al menos en la región en que opera ESSBIO no existen problemas de disponibilidad de fuentes de agua.- Por otro lado, en lo que dice relación con la participación de mercado, señala que, según información obtenida del Servicio de Salud del Ambiente y de la propia ESSBIO, entre los años 2003 y 2005, en las zonas no concesionadas de las VI y VIII Regiones, existen (i) servicios particulares para abastecer a loteos; (ii) 34 loteos a los que les otorgó factibilidad ESSBIO, atendiendo a 5.883 viviendas; y (iii) 345 loteos que obtuvieron factibilidad de los sistemas de APR, atendiendo 11.580 viviendas y loteos. En razón de lo anterior, ESSBIO señala que no se puede afirmar que ella goce de una posición dominante sino que, por el contrario, la mayoría de los desarrollos inmobiliarios se procura de servicios sanitarios por medios no relacionados a dicha empresa.

7.4. Respecto de la desafiabilidad del mercado, señala que en la especie no existen barreras a la entrada, naturales, ni legales ni artificiales, y que las utilidades que obtiene por la prestación de servicios en el área no concesionada no pueden considerarse como supranormales. Asimismo, señala que no existen barreras de salida o costos hundidos en esta industria, ya que varias ESS creadas para proveer el servicio de suministro y recolección han sido vendidas a empresas sanitarias, por lo que las inversiones en ellas han sido recuperadas. Por otro lado, en el caso que la salida de una ESS no sea voluntaria, por no haber tenido éxito el proyecto inmobiliario, no sería imputable a una actuación de una ESS concesionada, y correspondería más bien a costos hundidos del respectivo proyecto inmobiliario.

7.5. En relación con el supuesto abuso de posición dominante imputado en el requerimiento, ESSBIO señala que, según lo establecido en la letra b) del artículo

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

3° del Decreto Ley N° 211, para que se configure el ilícito materia de autos, tiene que acreditarse: (i) la posición dominante de ESSBIO en un mercado perfectamente definido y delimitado, tanto desde el punto de vista del producto como del espacio geográfico, y (ii) el elemento volitivo en las conductas, que se traduciría en el abuso de dicha posición; elementos que no se configurarían en la especie. ESSBIO argumenta que resulta evidente que el mercado relevante, al menos en su dimensión geográfica, no fue delimitado por la Fiscalía y que, además, según explicó al tratar de los actores que participan en este mercado, jamás ha tenido una posición dominante en el mismo. Por otro lado, agrega que no existiría la posibilidad de aplicar precios monopólicos, ya que existen alternativas normalmente con costos muy similares a los de las ESS, que cumplen la función de acotar la posibilidad de establecer precios altos y que, aún así, la FNE no ha aportado antecedentes que acrediten que ESSBIO ha cobrado a los urbanizadores algo cercano a su costo alternativo sino que, por el contrario, toda la discusión se ha centrado en la diferencia entre precios dentro y fuera de la zona de concesión.

7.6. A continuación, ESSBIO plantea como defensa la indeterminación del requerimiento en lo que respecta a la definición del mercado relevante, a los contratos que se reputan como contrarios a la libre competencia y a las supuestas conductas anticompetitivas imputadas en su contra, lo que a su juicio dificulta sobremanera su derecho a defensa y tendría graves consecuencias en etapas claves del procedimiento, como la recepción de la causa a prueba y la rendición de la misma. Al respecto, señala que la Fiscalía no analiza ni individualiza con precisión los contratos que ESSBIO habría celebrado con distintos actores inmobiliarios y en los que supuestamente se habría producido el abuso de posición dominante denunciado. Así, explica que la FNE se limita a indicar en forma genérica e indeterminada que se habrían analizado, respecto de ESSBIO, 27 contratos de áreas no concesionadas en zonas rurales, y que sólo puede imaginar que se trataría de aquellos contratos que entregó en su oportunidad a la FNE durante la etapa de investigación.

Posteriormente, ESSBIO señala que, en su opinión, la discusión de autos es una materia que no resulta relevante para la libre competencia, ya que sólo afecta intereses particulares, haciendo hincapié en que la libre competencia se encarga de velar por el mercado en su conjunto y no por un sector o eslabón específico del mismo, como lo son los actores inmobiliarios o los urbanizadores de determinados proyectos inmobiliarios. Precisado lo anterior, agrega que es importante tener presente que son los gestores inmobiliarios quienes optan libremente por

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

desarrollar sus proyectos fuera de la zona operacional de las ESS, buscando maximizar sus utilidades y que, además, los urbanizadores pueden recurrir a otros actores para que les presten servicios sanitarios o, incluso, autogenerarse una solución particular, como sería de usual ocurrencia. Finalmente, señala que el carácter privado del presente conflicto queda en evidencia por la tramitación del requerimiento de autos, ya que de oficio este Tribunal ordenó su acumulación a una demanda iniciada por un particular, y que en dicha causa se habría llamado a conciliación en dos oportunidades.

7.7. Respecto de las imputaciones de hecho que hace la Fiscalía, ESSBIO señala que se hace necesario insistir en que, más allá de la pretensiones de dicho organismo, las ESS son libres y soberanas para prestar servicios fuera de su zona de concesión y pactar los precios y cobros que estimen pertinentes, de modo que no resulta jurídicamente posible pretender que las ESS hagan las interconexiones y obras para prestar servicios fuera de su área operativa a título gratuito o a título de beneficencia y que, en los hechos, lo que los urbanizadores y gestores inmobiliarios pretenden es maximizar sus utilidades a costa de eliminar o rebajar los cobros que por interconexión han pactado libremente en contratos lícitos y que son ley para las partes. Agrega a continuación que el monto total que se cobra por la interconexión es un todo y que, como tal, es este cobro el que debe analizarse para determinar si es o no abusivo. Así, en opinión de ESSBIO, sólo habría infracción a la libre competencia en caso que se logre acreditar que el monto total cobrado por interconexión es abusivo. Asimismo, ESSBIO señala que no es efectivo que haya acompañado a la Fiscalía información no fidedigna, y que la imputación de la Fiscalía en dicho sentido se funda en una confusión, ya que dicho organismo supone que el modelo teórico de justificación de los cobros se habría aplicado desde el año 2003 en cada precio de interconexión que se acordó con los urbanizadores o inmobiliarias, lo que no es correcto. Agrega que, por lo demás, el hecho de entregar información no fidedigna podría ser reprochable desde un punto de vista ético o ser constitutivo de una falta, pero jamás podría ser considerado como un abuso de posición dominante. Finalmente, ESSBIO nuevamente hace alusión a la falta de precisión del requerimiento, argumentando que sus numerosas imputaciones fueron formuladas en términos muy generales y amplios.

7.8. Posteriormente, ESSBIO interpone excepción de prescripción respecto de todos los contratos celebrados con urbanizadores con una fecha anterior al 12 de septiembre de 2004, fundando tal excepción en el hecho de que desde la fecha de su celebración y la interposición del requerimiento han transcurrido más de dos años. Lo anterior, por cuanto en su opinión es claro que lo que se le imputa es

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

haber incurrido en una supuesta conducta de abuso de posición dominante, que se configuraría en los contratos que ESSBIO celebró con los urbanizadores.

7.9. Asimismo, ESSBIO hace presente que, en su opinión, las multas solicitadas por la Fiscalía son manifiestamente desproporcionadas. En este sentido, hace presente que le llama la atención que la FNE, no habiendo desarrollado en su requerimiento con precisión los factores y cobros calificados de especulativos y abusivos, y menos su cuantía, haya podido concluir que las multas cuya aplicación se solicita, tengan supuestamente en consideración el beneficio económico que las conductas reprochadas habrían tenido para ESSBIO. En razón de lo anterior, en subsidio de las demás excepciones y defensas, solicita que, en caso de estimarse que cometió alguna conducta contraria a la libre competencia, se determine la multa sobre la base de la siguiente fórmula: Beneficio Económico =  $w - x - y - z$ ; dónde “w” equivale a la suma total de los costos cobrados por ESSBIO a los urbanizadores en la totalidad de los contratos, “x” equivale a la suma total de los costos cobrados por ESSBIO a los urbanizadores en los contratos que se encuentran prescritos, “y” equivale a la suma de aquellos costos justificados, y “z” equivale al margen de utilidad.

7.10. Respecto de la solicitud de modificaciones legislativas, ESSBIO señala que las pretensiones de la Fiscalía tienen el efecto de desnaturalizar el sistema tarifario e introducir un factor de falta de certeza, ya que la ESS, en el evento que estuviera obligada a prestar servicios fuera de su zona operacional, dejaría en manos de los urbanizadores la extensión de sus operaciones, lo que hace imposible cualquier previsión de costos o políticas de desarrollo y traslada el riesgo del negocio inmobiliario a las ESS. Por otro lado, ESSBIO señala que el cambio en la recaudación que determina el sistema tarifario actual, ante el aumento de la demanda que produciría acceder a las peticiones de la FNE, no permitiría a la “empresa real” financiar las obras necesarias para el aumento de capacidad.- Respecto de la solicitud de cambio a la legislación sobre AFR, señala que no se debe olvidar que dicho mecanismo es el que en definitiva permite a las ESS cumplir con su obligación legal de prestar los servicios sanitarios con determinados niveles de calidad y continuidad. Por otro lado, en su opinión, desvincular completamente los costos de la infraestructura sanitaria de las decisiones de los urbanizadores implicaría un subsidio indebido en favor de los urbanizadores, pues no internalizarían los costos correspondientes.- Por otro lado, en relación con la propuesta de la Fiscalía de imponer la extensión forzosa de las concesiones, en vez de realizar una licitación, señala que esto significaría introducir un grave factor de incertidumbre dado que, si pierde el control sobre el

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

crecimiento de su negocio, ya no le será posible planificar eficientemente sus inversiones. Asimismo, señala que la extensión forzosa que persigue la FNE es derechamente inconstitucional ya que, en su opinión, forzar a un privado a invertir en su negocio por decisión de terceros, constituye una severa restricción del derecho de propiedad y al derecho a desarrollar una actividad económica.- En lo que respecta a la solicitud de la FNE de que se establezca un marco general con las condiciones de contratación, señala que la misma se enmarca dentro de la facultad del Tribunal para dictar instrucciones generales, por lo que tendría que necesariamente someterse al procedimiento especial no contencioso del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, por lo que debe ser desestimada. Por otro lado, respecto a la solicitud de la Fiscalía en el sentido de que la SISS aplique el régimen tarifario de los servicios regulados a los precios libres, señala que es derechamente ilegal, y que en la práctica significaría fijar precios, situación de carácter excepcional en nuestro derecho.- Por último, respecto de la fijación de las tarifas de interconexión solicitada por la FNE, ESSBIO señala que constituye otra ilegalidad, ya que es la ley la que señala expresamente cuáles son las causales para interconectar instalaciones propias con las de competidores, sin que los reguladores puedan idear nuevas razones para interconectarse. Por lo demás, agrega, la interconexión entre prestadores es materia de fijación de tarifas, por lo que la petición sería superflua, salvo que lo que persiga la FNE sea la interconexión obligatoria para el concesionario adyacente, en cuyo caso se replican los problemas de legalidad que ha explicado.

7.11. Por todo lo anterior, solicita tener por contestado el requerimiento de la FNE, y que en definitiva se rechace en todas sus partes, con costas.

**8. CONTESTACIÓN DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DE AGUAS NUEVO SUR MAULE S.A.:**

Con fecha 18 de noviembre de 2006, a fojas 863 y siguientes, ANSM contestó el requerimiento presentado por la Fiscalía, en los mismos términos que ESSBIO. En consecuencia, la principal diferencia de su presentación respecto de la de ESSBIO dice relación con su mercado geográfico y ciertas particularidades de los contratos que ha celebrado con los urbanizadores.

Así, señala que ANSM es titular del derecho de explotación de la concesión de los servicios públicos de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas de propiedad de la Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A. en 30 localidades de la VII Región del Maule, y que el contrato de transferencia del derecho de explotación de ESSAM (hoy ESSAN) a

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

ANSM fue efectuada el 7 de diciembre de 2001. Por otro lado, respecto de su cuota de participación de mercado, señala que, según información del Servicio de Salud del Ambiente y ANSM, entre los años 2003 y 2005, en las zonas no concesionadas de la VII, existieron (i) 2 Servicios Particulares en tramitación ante la Autoridad sanitaria; (ii) 45 loteos a los que otorgó factibilidad; y (iii) 122 loteos que obtuvieron factibilidad de los sistema de APR, por lo que resulta claro que en las zonas no concesionadas de la VII región el sistema de APR es el actor más relevante en el otorgamiento de factibilidad a empresas inmobiliarias.

**9. CONTESTACIÓN DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DE LA EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DE LOS LAGOS S.A.:**

Con fecha 18 de diciembre de 2006, mediante presentación rolante a fojas 1053, ESSAL contestó el requerimiento de autos, en los siguientes términos:

9.1. Señala que ESSAL es una sociedad anónima que explota, dentro de cada una de sus zonas de concesión, el negocio de producción y distribución de agua potable y de recolección y tratamiento y disposición de aguas servidas; y que, en su calidad de empresa concesionaria, ejerce dicha actividad dentro de los territorios operacionales, como un monopolio legal en base a exclusividad, adquiriendo como contrapartida ciertas obligaciones, como la de dar servicio a quien lo solicite, cumpliendo con los estándares de calidad que le exige la normativa aplicable. De esta forma, apunta que sólo en dicho territorio operacional se puede señalar, con razón, que ESSAL es un monopolio lo que, en todo caso, no operaría en perjuicio de los usuarios, pues se trata de una actividad regulada en su calidad y precio, cuyo desarrollo se encuentra sometido a la fiscalización permanente de la SISS.

9.2. Explica a continuación el funcionamiento del negocio sanitario en general y las diferencias que existirían entre las zonas rurales y las zonas urbanas fuera del área de concesión, y señala que, detrás de la solicitud de la CCHC que ha hecho suya la FNE, existe el ánimo de traspasar mecánicamente a las empresas sanitarias la presión y costos asociados a la extensión de zonas urbanas, todo ello en directo beneficio de las empresas inmobiliarias, de forma que ni siquiera queden expuestas a la incertidumbre propia de un mercado competitivo como el actual. Agrega que, en los hechos, y tal como lo habría confirmado la SISS, el sistema regulatorio ha operado adecuadamente, por lo que no se justificaría ninguna de las propuestas de la FNE. Asimismo, argumenta que el ingreso a la actividad sanitaria en áreas no concesionadas, sean o no urbanas, es libre para cualquier privado que tenga interés en ello. Esto sería especialmente cierto en

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

una cuenca abierta como la de la Décima Región, en la que no existen limitaciones relevantes derivadas de la abundante disponibilidad de recursos hídricos. En este sentido, indica que, en la región en que opera, los interesados pueden, por regla general, adquirir derechos de aprovechamiento de aguas por vía originaria y, en consecuencia, casi sin incurrir en costos materialmente significativos. Además, hace presente que cualquier interesado puede solicitar a la SISS una concesión para prestar servicios sanitarios en un área no concesionada, cumpliendo con los requisitos que establece el artículo 12 de la LGSS y el artículo 15 del Reglamento. Dichos requisitos –apunta-, son aplicables a cualquier interesado, sin que existan ventajas legales o de otro tipo para las concesionarias existentes. Por otro lado, ESSAL afirma que en este mercado no existen barreras de entrada tales como economías de escala u otras, las que serían más relevantes en materia de tratamiento de aguas servidas. En este sentido, hace presente que en la Décima Región se puede apreciar que cada vez son más los comités de agua potable rural y loteos particulares o municipales que se han desarrollado o se encuentran en vías de implementación de soluciones de tratamiento de aguas servidas. Así, existiría un considerable número de actores que prestan los servicios de tratamiento de aguas servidas en localidades de un tamaño sustantivamente menor al que presentan los proyectos objetados por la FNE. Además, señala que, atendido el mercado competitivo que existe, las empresas sanitarias –o incluso otro tipo de empresas- pueden acordar con las inmobiliarias la prestación de todos los servicios asociados al proceso de licitación ante la SISS, obligándose incluso a participar en el mismo en ciertas condiciones mínimas y, en caso que la inmobiliaria no logre acuerdo con la empresa sanitaria y decida desarrollar directamente el proyecto respectivo, la misma tiene absoluta libertad para solicitar la concesión, previo cumplimiento de requisitos formales mínimos, tal cual como lo han hecho algunas inmobiliarias o constructoras que trabajan en la Décima Región.

9.3. Agrega que ESSAL presenta una serie de particularidades que son relevantes a objeto de analizar la situación del mercado en la zona en donde ella opera, que hacen que su posición relativa no pueda asimilarse a las condiciones genéricas que asume la FNE, con las importantes consecuencias que ello debe generar al momento de determinar si existe una posición de dominio y el abuso de ella. Dichas características serían las siguientes: (i) en la Décima Región, las cuencas hidrográficas relevantes no se encuentran agotadas y, en consecuencia, se puede, en general, acceder a derechos de aprovechamiento de las aguas sin necesidad de realizar un pago en el mercado secundario; (ii) en la región en que



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

opera ESSAL, existe una multiplicidad de cursos de agua que pueden operar como cuerpos receptores para el vertido de aguas servidas tratadas, lo que permite la existencia de múltiples soluciones en materia de tratamientos de aguas servidas; (iii) de las 33 localidades que atiende, la mayoría de las concesiones se han obtenido en poblados de tamaño relativo menor y sus instalaciones no operan interconectadas, de manera que, para servir las mismas, se han tenido que desarrollar inversiones completas sin el aprovechamiento de las economías de escala que anota la FNE; (iv) las localidades que cubre ESSAL con su actividad son muy distantes unas de otras, presentando los servicios costos medios sumamente variables de poblado en poblado, lo que impide la asimilación mecánica en un solo mercado relevante que pretende la FNE al interior de la Décima Región; (v) en la región en que opera ESSAL existen otras concesiones sanitarias no explotadas por ella. Al respecto, señala que Aguas Décima S.A. opera en la ciudad de Valdivia y atiende 35.703 arranques, por lo que no habría duda que tiene capacidad para competir con ESSAL; y (vi) ESSAL, en virtud de los acuerdos que celebra con los urbanizadores, renuncia en los contratos impugnados a su derecho legal de solicitar AFR, asumiendo de tal forma el costo financiero de solventar sus eventuales inversiones sin tener certeza de que las mismas se verán pagadas por la tarifa a cobrar en el futuro, lo que tendría importantes efectos en relación a la justificación de los cobros que realiza.

9.4. ESSAL continúa argumentando que, en el mercado relevante, el urbanizador dueño del terreno opera como único demandante posible de los servicios sanitarios, al extremo que es él quien determina todos los elementos centrales de tales servicios. En este sentido, él sería quien establece el tipo y cantidad de viviendas, el mercado a que destinará las mismas, el diámetro de los arranques con que dotará a las viviendas y, por consiguiente, el tipo de demanda esperable, por lo que puede decirse que, con su elección de terreno y definición del proyecto, el desarrollador inmobiliario determina el servicio sanitario que requerirá. Por otro lado, existirían múltiples oferentes posibles de servicios sanitarios, lo que al menos en el caso de la Décima Región se ha traducido en que ESSAL no siempre se ha adjudicado los contratos de factibilización sanitaria o de prestación de servicios sanitarios a los que ha sido invitado a participar.

Posteriormente, ESSAL señala que la Fiscalía cometió un error al definir el mercado relevante de autos, ya que los verdaderos mercados relevantes de los productos o servicios de autos son aquellos en los que se transan servicios y bienes incorporales específicos objeto de las relaciones contractuales impugnadas, los que sólo existen en forma previa a la prestación de los servicios

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

sanitarios propiamente tales, haciendo presente que se trataría de “los” “mercados” de las “factibilizaciones sanitarias” de predios. Hace presente además que en los mercados relevantes de estos productos no existen, al momento de la celebración de los contratos que originan los cobros impugnados por la FNE, usuarios de servicios sanitarios y, menos, pueden considerarse demandantes de dichos servicios sanitarios a las urbanizadoras. Por otra parte, ESSAL señala que, desde el punto de vista del mercado relevante geográfico, se trata de cada uno de los predios potencialmente urbanizables ubicados al interior de algún radio urbano o de cada uno de los predios rurales, en ambos casos ubicados fuera de los perímetros de las áreas cubiertas por concesiones de servicios sanitarios y respecto del cual un urbanizador ha requerido su factibilización sanitaria por cualquier vía. Así, antes de que el urbanizador requiera la factibilización sanitaria de un predio, no existe mercado geográfico relevante para tales efectos, ni para ESSAL, ni para cualquier otro agente interesado en efectuar tal factibilización. En relación con lo anterior, señala que existe un mercado monopólico de prestación de servicios sanitarios al interior de la zona de concesión, el que ha sido precedido por una competencia “por la cancha” (sea al licitarse la concesión o en la competencia por el control de la sociedad que posee en su activo la concesión) y que tiene como contrapartida una regulación y fiscalización detallada. Respecto de los servicios en zonas urbanas (que también denomina SZU), señala que se trata de servicios y obligaciones que asume ESSAL con el objeto de factibilizar desde un punto de vista sanitario un predio urbanizable ubicado fuera de su zona de concesión, pero al interior del perímetro urbano. Específicamente, señala que ESSAL se obliga a solicitar las concesiones sanitarias sobre dicho predio o la ampliación de las concesiones aledañas existentes, de manera que las urbanizadoras puedan iniciar la ejecución de sus proyectos y asegurar a sus futuros clientes servicios sanitarios en condiciones equiparables a las vigentes al interior de la zona de concesión. ESSAL básicamente asumiría el costo de iniciar el proceso de constitución o ampliación de la concesión, se obligaría a participar en la licitación que sigue a dicha solicitud, a ofrecer la tarifa fijada para la zona aledaña, renunciando a su derecho a determinar una tarifa diferente al alza, de ser justificable, y renunciando también a su derecho de requerir aportes financieros reembolsables al urbanizador una vez que se le haya adjudicado la concesión. Según ESSAL, las urbanizadoras e inmobiliarias, tan pronto reciben estos servicios y obligaciones por parte de las empresas sanitarias, pueden iniciar la ejecución de sus proyectos y su oferta a clientes, sea vendiendo terrenos urbanizados o viviendas en ejecución. Con los pagos que objeta la FNE, las urbanizadoras obtienen para sus clientes una garantía en cuanto a la provisión de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

servicios sanitarios futuros en base a concesión y con la misma tarifa.- Respecto de los servicios en zonas rurales (que también denomina DZR), señala que los cobros impugnados y catalogados como abusivos por la FNE tienen como contraprestación la factibilización sanitaria de los mismos, mediante la cual ESSAL otorga al respectivo desarrollador inmobiliario la certeza de que dispondrá de abastecimiento de agua potable y de servicios de recolección de aguas servidas, en los términos y condiciones en que lo requiere. De esta manera, se trataría de cobros que dicen relación con la factibilización sanitaria del proyecto mediante el correspondiente derecho de conexión a la red del concesionario y no con el abastecimiento periódico de agua potable y con la prestación de los servicios de recolección de aguas servidas. En relación con este punto, argumenta que los servicios sanitarios que se obliga a prestar en un proyecto localizado en zona rural, presentan grandes diferencias con la prestación de los servicios sanitarios al interior de las zonas cubiertas por concesión, diferencias que obligarían a considerar la factibilización de un predio urbanizable ubicado en el radio urbano y la factibilización de un predio rural, como productos totalmente diferentes. Finalmente, señala que el mercado relevante de autos es un mercado abierto en cuanto a sus oferentes y sin barreras de entrada, en el que, de existir una posición dominante, ésta sería únicamente de quien demanda el servicio específico, a saber, las propias urbanizadoras dueñas de los terrenos.

9.5. Respecto del supuesto abuso de posición dominante denunciado por la Fiscalía, ESSAL señala que, en los verdaderos mercados relevantes, la evidencia histórica disponible demuestra que existe competencia tanto en las zonas urbanizables aledañas a zonas concesionadas como en las zonas rurales, lo que refuta desde luego la existencia de barreras de entrada de la intensidad denunciada en el requerimiento. En este sentido, precisa que las características técnicas de la infraestructura de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas de la empresa sanitaria sólo consideran la demanda incluida dentro de los límites del territorio operacional vigente de la sanitaria, lo que determina que en las áreas periféricas del territorio operacional sólo será posible encontrar redes con las condiciones técnicas mínimas establecidas por la normativa vigente (dimensionamiento, cotas, presiones, etc.), lo cual no generará sobredimensionamientos posibles de aprovechar para abastecer crecimientos del territorio operacional o abastecimiento de clientes del tipo rural. De esta forma, señala que, ante la celebración de SZU o DZR, la empresa debe considerar que será necesaria la construcción de nuevas conducciones que permitan alimentar a los nuevos requerimientos de agua potable y alcantarillado de aguas servidas, y

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

que las condiciones técnicas de estos refuerzos serán determinadas en función de la nueva demanda y las características propias del respectivo proyecto.- Por otro lado, hace presente que en los servicios de producción de agua potable y tratamiento de aguas servidas se observan, en un plano teórico, ciertas economías de escala, las que, en todo caso, no son de la intensidad que refiere el requerimiento, ya que no han impedido, en la realidad, que algunos actores hayan preferido implementar sus propias fuentes de abastecimiento de agua potable y sistemas de tratamiento de aguas servidas. En su opinión, las economías de escala en los servicios de producción de agua potable y tratamiento de aguas servidas serán relevantes solamente en caso que puedan ser aprovechadas por ESSAL, de modo excluyente, al abordar la prestación de servicios sanitarios que puedan derivarse de un SZU o DZR, y que esto sólo ocurrirá cuando los activos existentes en la zona concesionada se encuentren económicamente disponibles para atender a la nueva zona de concesión ya que, de requerirse un nuevo sistema de producción de agua potable o de tratamiento de aguas servidas, el tamaño menor al ideal de un proyecto cualquiera afectará por igual a ESSAL o cualquier otro prestador. Agrega que en la X<sup>a</sup> Región de los Lagos, los recursos hídricos no implican una barrera de acceso, toda vez que los mismos no se asocian con cuantiosas inversiones en el mercado secundario, por lo que cualquier potencial actor puede solicitar nuevos derechos de agua y que, contrariamente a lo que señala la FNE, los proyectos asociados a los SZU y DZR perfectamente podrían justificar la existencia de empresas concesionarias diferentes de ESSAL o la prestación de los servicios de factibilización y sanitarios por otros actores. Señala además que la posición que detenta ESSAL en la X<sup>a</sup> Región deriva de un diseño político-legislativo que ESSAL asumió como historia dada, por cuanto ella recibió, en el acto de su constitución y por el solo ministerio de la ley, una serie de concesiones de servicios sanitarios para atender 32 localidades.

9.6. En relación con la acusación de precios injustos o injustificados, señala que no existe en Chile un estándar de evaluación de proyectos obligatorio, cuyo incumplimiento involucre la existencia de un precio injusto o injustificado o que, en su caso, haga presuponer el ejercicio abusivo de algún poder de mercado y que, en cualquier caso, salvo por críticas a la evaluación de los proyectos o a los elementos considerados, la FNE no explica en su requerimiento por qué la cuantía de los cobros sería desmedida o abusiva. Agrega que, en la zonas urbanas, las urbanizadoras reciben, en virtud de las remuneraciones de los SZU, la factibilización de su terreno urbano, la certeza de que habrá concesión y de que

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

en ella se cobrará una tarifa asimilable a la de la zona aledaña, haciendo presente que, en cuanto a la forma en que se valoran por parte del oferente los SZU, existen múltiples alternativas posibles, sin que puedan considerarse unas como aceptables y otras como señal inequívoca de un abuso de posición dominante, como pretende la FNE. En relación con este punto, señala que los cobros pactados por ESSAL con los urbanizadores compensan adecuadamente los gastos y riesgos que enfrentará y que no serán recogidos en la tarifa de la concesión futura, en caso de adjudicársele, y que no recibe de las urbanizadores infraestructura que deba ser tratada como aportes de terceros, de modo que no duplica cobro alguno. Por otro lado, respecto de las zonas rurales, ESSAL señala que, en el caso de los DZR, los elementos de riesgo son ciertamente mayores, lo que se traduce en una tasa de retorno para la factibilización mayor que la vigente para sus inversiones relacionadas con la prestación de los servicios sanitarios al interior de sus zonas de concesión, haciendo presente que todo eso fue debidamente informado a la FNE. Finalmente, argumenta que, al celebrar los SZU y los DZR en los que ha tomado parte, ha negociado y celebrado términos y condiciones contractuales con partes calificadas, y en plena simetría o equilibrio de información, capacidades y conocimientos.

9.7. A continuación, ESSAL interpone como defensa la atipicidad de las conductas objeto del requerimiento, haciendo presente que el uso de una posición dominante no es sancionable, sino que sólo su abuso. En este sentido, precisa que las conductas imputadas a ESSAL no son típicas, por cuanto no afectan de manera alguna la libre competencia. Por lo demás, agrega, las conductas particulares que se atribuyen a ESSAL en el requerimiento corresponderían a valoraciones subjetivas enteramente extrañas a la materia que debería interesar a este Tribunal, dado que ni el hecho de no haber entregado los antecedentes que la FNE estimaría verosímiles para sustentar cobros, ni la conjetura de haber cobrado precios obteniendo altas utilidades, e incluso el uso de una posición dominante, son conductas típicas ni sancionables. Asimismo, reitera como defensa (i) el hecho de que la que Fiscalía habría definido erróneamente el mercado relevante y de que no cuenta con una posición dominante en los verdaderos mercados relevantes, (ii) que los cobros que ha realizado no son abusivos y (iii) que sería imposible estimar que existen utilidades sobrenormales en un negocio de largo plazo que, a la fecha del requerimiento, no había empezado a operar en plenitud. acto seguido, señala que el requerimiento de la Fiscalía es impreciso y teórico y que, por lo mismo, no puede sustentar la aplicación de sanciones por conductas determinadas, so pena de afectar

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

gravemente el derecho a la defensa y a la garantía del racional y justo procedimiento que contempla la Constitución Política de la República. Por otra parte, ESSAL interpone la excepción de prescripción, argumentando que la prescripción sólo se interrumpe por requerimiento del FNE y que, para producir dicho efecto, el requerimiento debe referirse a algún hecho o convención puntual que constituya la respectiva contravención a las normas del Decreto Ley N° 211; y que, al menos respecto de ESSAL, el requerimiento no se refiere a ningún hecho puntual y, por lo mismo, no ha podido interrumpir todavía la prescripción. En relación con lo anterior, señala que se debe dar una señal clara a la FNE de la existencia de un marco legal al que debe someter su accionar y que ni siquiera las mejores intenciones asociadas a la protección de la libre competencia permiten pasar a llevar principios de tan alta jerarquía como la legalidad o la certeza jurídica, que subyacen tras la institución de la prescripción. Además, y en el evento de que no se diera lugar a la excepción opuesta, interpone excepción de prescripción en relación con cualquier infracción que a ella pudiera imputársele y que hubiere acaecido en relación con los SZU o DZR celebrados con anterioridad a los dos años inmediatamente anteriores a la fecha en que la FNE presentó el presente requerimiento. Finalmente, señala que, atendido el hecho de que la FNE no ha objetado el concepto por el que se cobra sino el monto del cobro, este antecedente deberá ser adecuadamente considerado por este Tribunal en la medida que del monto se desprenderá que no existe el abuso anotado o, en el improbable caso que se estime que hubo abusos, el mismo es menor que el de los otros actores, lo que debe traducirse, necesariamente, en la proporcionalidad menor de la multa. Por otro lado, señala que el total de las remuneraciones percibidas por ESSAL en virtud de los contratos impugnados asciende a la cantidad de 59.569 UF, por lo que resulta un despropósito establecer una sanción del tamaño de la solicitada.

9.8. Respecto del petitorio del requerimiento de la FNE, ESSAL señala que se debe rechazar la declaración de abuso de posición dominante, que la multa solicitada es improcedente y desproporcionada, que no resulta procedente la solicitud de cesación de conductas, ni la solicitud relativa a la declaración del carácter de servicios monopólicos, ni el despropósito de la regulación solicitada en materia de zonas urbanas y rurales y en materia de AFR.

9.9. Por todo lo anterior, ESSAL solicita tener por contestado el requerimiento de la FNE y que, en definitiva, se rechace en todas sus partes, con costas. En subsidio, solicita aplicar la prescripción opuesta y que, si quedaren infracciones

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

cuya acción sancionatoria no se encuentre prescrita, se rebajen proporcionalmente las multas.

**10. AUTO DE PRUEBA:**

A fojas 1115, con fecha 27 de diciembre de 2006, se recibió la causa a prueba. Con fecha 13 de marzo de 2007, a fojas 1174, al acogerse los recursos de reposición de la FNE, de la CCHC, de Aguas Andinas, de Constructora Independencia, de ESSAL, de ESSBIO y de ANSM, se fijaron los siguientes hechos substanciales, pertinentes y controvertidos:

- (1) Estructura y características del o de los mercados potencialmente afectados. Incidencia de posibles barreras a la entrada, economías de escala y/o de densidad. Efectividad de que las requeridas ostenten posición dominante en el o los mismos;
- (2) Criterios y parámetros utilizados por las requeridas para la evaluación de factibilidad sanitaria, y para la determinación de exigencias y cobros a los urbanizadores, en los contratos suscritos entre el año 2003 y esta fecha, tanto dentro como fuera de su área de concesión. Justificación de los mismos. Forma y condiciones en que las requeridas han aplicado el mecanismo de aportes financieros reembolsables en el mismo período. Hechos y circunstancias que acrediten todo lo anterior, y oportunidad en que habrían ocurrido;
- (3) Características, forma y condiciones en que ha operado la licitación de nuevas concesiones de servicios sanitarios y las ampliaciones de territorios operacionales.

**11. PRUEBA RENDIDA POR CONSTRUCTORA INDEPENDENCIA:**

11.1. Prueba documental rendida por Constructora Independencia:

11.1.1. Junto con la demanda, Constructora independencia acompañó, a fojas 45, un informe denominado "Los Cobros de Conexión de Aguas Nuevo Sur Maule S.A. a las Constructoras: Análisis e Implicancias", de los ingenieros Jorge Quiroz Castro y Jorge Bravo. Luego acompañó diversos documentos a fojas 1311, 1672, 1778, 1894, 2066, 2527, 2664, 2667, 8336, 8368, 8513, 8739, 8769, 8807, y 9828, en respaldo de sus pretensiones.

11.2. Prueba testimonial rendida por Constructora Independencia:

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

11.2.1. A fojas 1328 bis 2, con fecha 9 de abril de 2007, declaró como testigo Jorge Antonio Quiroz Castro, Ingeniero Comercial y asesor independiente de empresas;

11.2.2. A fojas 1336, con fecha 10 de abril de 2007, declaró como testigo Jorge Arturo Yunge Williams, corredor de propiedades;

11.2.3. A fojas 1345 bis y 1571 bis 3, con fecha 10 y 11 de abril de 2007, declaró como testigo Carlos Alberto Figueroa Vega, Director de Obras de la Municipalidad de Curicó;

11.2.4. A fojas 1571 bis 6 y 1571 bis 21, con fecha 11 y 12 de abril de 2007, declaró como testigo Rodrigo Eduardo Arias Beltrán, Ingeniero Civil y Gerente de Desarrollo de Constructora Independencia;

11.2.5. A fojas 2764 bis 8, con fecha 23 de abril de 2007, declaró como testigo don Luis Eduardo Loyola Ahumada, Ingeniero Civil e ingeniero a cargo de los proyectos de urbanización de Constructora Independencia;

11.2.6. A fojas 3975, siendo 15 de junio de 2007, absuelve posiciones Ángel Alberto Bartolomé Cecchi, representante de Constructora Independencia;

11.2.7. A fojas 3983, siendo 15 de junio de 2007, absuelve posiciones Fernando Arturo Leiva Salinas, representante de Constructora Independencia;

11.3. Exhibición de documentos solicitados por Constructora Independencia:

11.3.1. A fojas 3829, a solicitud de Constructora Independencia, ANSM exhibió planillas con los contratos celebrados con Constructora Independencia.

11.3.2. A fojas 5667 bis, a solicitud de Constructora Independencia, ANSM exhibió contratos relativos a loteos y un certificado emitido por ANSM en que se da cuenta de la búsqueda de antecedentes sobre eventuales evaluaciones en dichos loteos.

## **12. PRUEBA RENDIDA POR LA FNE:**

12.1. Prueba documental rendida por la FNE:

12.2. Dicho Servicio acompañó diversos documentos a fojas 322, 1024, 1194, 1557 (entre estos, el informe económico elaborado por don Jaime Artigas Moreno, "Estudios de Cobros Empresas Sanitarias ANSM, ESSBIO, Aguas Andinas y ESSAL a Proyectos Fuera del Territorio Operacional"), 1640 (en particular el



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

informe titulado “Determinación de Gastos en Puesta en marcha, Seguros, Deudas incobrables y Otras Partidas”, elaborado por Eduardo Saavedra.), 1641, 1642, 2104, 3384 (informe “Análisis económico sobre la denuncia de la Cámara Chilena de la Construcción en contra de las empresas sanitarias por presunto abuso de posición dominante”, elaborado por don Miguel Flores y Juan Carlos Holz), 3455, 3479, y a fojas 3580;

12.2.1. Por resolución de fojas 7113, se declaró que los documentos acompañados por la FNE a fojas 6974 carecen de cualquier valor probatorio en estos autos.

12.3. Prueba testimonial rendida por la FNE:

12.3.1. A fojas 3094, 3119 y 3372, con fecha 2, 3 y 16 de mayo de 2007, declaró como testigo don Ronaldo Antonio Bruna Villena, Ingeniero Comercial, Jefe División Económica de la FNE;

12.3.2. A fojas 3386, siendo 17 de mayo de 2007 se realizó prueba testimonial a Luis Enrique Caballero Brun, Ingeniero Civil, Director de Inmobiliaria Altas Cumbres y de otras inmobiliarias;

12.3.3. A Fojas 3402 bis 1, siendo 22 de mayo de 2007, se realizó prueba testimonial a Roberto María Cerutti Stefini, Ingeniero Comercial, Presidente de la Cámara Chilena de la Construcción región Maule;

12.3.4. A fojas 3402 bis 20, siendo 23 de mayo de 2007, se realizó prueba testimonial a Gino Iván Rivano Vera, Constructor civil, de Constructora Marcelo Rivano e Inmobiliaria San Patricio;

12.3.5. A fojas 3402 bis 30 y 3830, siendo 24 de mayo y 12 de junio de 2007, se realizó prueba testimonial a Rodrigo Galilea Vial, Abogado, Gerente General y Director de Galilea S.A. Ingeniería y Construcción, Presidente de Aguas San Pedro S.A. y Consejero Nacional de la CChC;

12.3.6. A fojas 3516, siendo 29 de mayo de 2007, rindió prueba de testigos José Miguel García Echevarri, Ingeniero Civil Gerente General y Socio Mayoritario de la empresa José Miguel García y Limitada;

12.3.7. A fojas 3532, siendo 30 de mayo de 2007, rindió prueba de testigos Reinaldo Patricio Fuentealba Sanhueza, Ingeniero Civil y Jefe del Departamento Sanitario de la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

12.3.8. A fojas 3962, siendo 14 de junio de 2007, testificó don Erasmo Agustín Valenzuela Santibáñez, Alcalde de la Comuna Calera de Tango;

12.3.9. A fojas 4003 y 4025, siendo 19 y 20 de junio de 2007, testificó Jaime Ramiro Artigas Moreno, Ingeniero Comercial, consultor independiente;

12.4. Exhibición de documentos de la FNE:

A fojas 2990 bis, con fecha 27 de abril de 2007, a solicitud de la FNE, ANSM, ESSAL, ESSBIO y Aguas Andinas exhibieron documentos relativos a las bases, ofertas, informes y comunicaciones formales efectuadas por cada una de ellas, en las licitaciones en que habrían participado. Las partes dejaron copia de dichos documentos. Los documentos acompañados por ESSAL fueron tenidos por acompañados bajo reserva.

**13. PRUEBA RENDIDA POR LA CCHC:**

13.1. Prueba documental rendida por la CCHC:

13.2. Esta asociación gremial acompañó diversos documentos en respaldo de sus argumentos, a fojas 1436 (informe en derecho elaborado por Ricardo Jungmann D., "Abuso de Posición Dominante en la Prestación de Servicios Sanitarios"), 2073, 2079, 2097, 2492 (informe económico de Felipe Morandé L., titulado "Condiciones de Competencia en la Provisión de Servicios Sanitarios fuera del Territorio Operacional y en la Emisión de Aportes Financieros Reembolsables (AFR) por parte de Empresas Sanitarias", y el "Informe Análisis Aspectos Técnicos Posición de Dominio Empresas de Servicios Sanitarios" elaborado por don Sergio Espinoza H.), 2697 (informe de Andrea Alvarado D., titulado "Informe de Análisis Económico del Sistema de AFR en el Sector Sanitario"), 2698, 3959 (informe en derecho "Conductas anticompetitivas de concesionarias de Servicios Sanitarios en relación a urbanizadores ubicados fuera de sus áreas de concesión: un caso de abuso de posición dominante en el contexto de fallas de la regulación", elaborado por doña Nicole Nehme Zalaquett), 4364, 4442, 4445, 4763, 5213, 5371, 5642, 6617, 6619, 7109, 7168, 7190, 7307, 7621, 7816, 7845, 7849, 7861, 7864, y a fojas 9966

13.3. Prueba testimonial rendida por la CCHC:

13.3.1. A fojas 4216, 4231, 4259 y 4412, con fecha 4, 5, 10 y 31 de julio de 2007, testificó don Sergio Leonardo Espinoza Hetreau, Ingeniero Civil, asesor de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

13.3.2. A fojas 4287 y 4385, siendo 12 y 26 de julio de 2007, testificó don Felipe Guillermo Morandé Lavín, Ingeniero Comercial y Decano de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile;

13.3.3. A fojas 4319 bis, siendo 20 de julio de 2007, testificó don Patricio Alejandro Hales Dib, Arquitecto y Diputado;

13.4. Exhibición de documentos de la CCHC:

A fojas 3141 bis 11, con fecha 8 de mayo de 2007, a solicitud de la CCHC, ANSM, Aguas Andinas, ESSBIO y ESSAL exhibieron los documentos solicitados exhibir a en los números 6 a 10 de la presentación de fojas 1782. Los documentos exhibidos fueron agregados en cuadernos de documentos y los exhibidos por Aguas Andinas fueron agregados en carácter reservado. Esta información fue complementada en la audiencia de exhibición de documentos de 5 de junio de 2007, cuya acta rola a fojas 3591;

**14. PRUEBA RENDIDA POR ANDESS:**

14.1. Prueba documental rendida por ANDESS:

14.2. A fojas 7092, ANDESS acompañó los informes "Regulación en el Sector Sanitario y Política Pública", elaborado por Ricardo Paredes Molina, y "Análisis Económico del Requerimiento de la FNE en contra de un Grupo de Empresas de Servicios Sanitarios", de don Patricio Arrau. Posteriormente, acompañó prueba documental adicional a fojas 8213;

14.3. Prueba testimonial rendida por ANDESS:

14.3.1. A fojas 7141, siendo 14 de mayo de 2008, testificó don Ricardo Paredes Molina, profesor de economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

14.3.2. A fojas 7157, siendo 27 de mayo de 2008, testificó don Patricio Arrau Pons, economista de la consultora Gerens, Economía y Finanzas y Gestión.

**15. PRUEBA RENDIDA POR AGUAS ANDINAS:**

15.1. Prueba documental rendida por AGUAS ANDINAS:

15.2. La requerida Aguas Andinas acompañó diversos documentos, a fojas 694, 1111, 2744 (entre estos, el "Informe de Procedimientos Convenidos" preparado por Deloitte & Touche, otro denominado "Análisis Económico desde la Perspectiva de la Libre Competencia: Cargo de Abuso de Posición Dominante Imputado a

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Aguas Andinas S.A. por Cobros Efectuados a Urbanizadores por la Asunción de la Prestación de Servicios Sanitarios Fuera del Área de Concesión”, de Bitrán & Asociados, informe de don Iván Poduje C., denominado "Impactos Urbanísticos de las Medidas Regulatorias Solicitadas por la FNE en la Causa Seguida ante el TDLC contra Aguas Andinas S.A.", el estudio elaborado por la consultora IFARLE denominado, otro por don Julio Hevia M., titulado "Análisis Técnico del Estudio Elaborado por IFARLE Ingenieros Consultores Ltda. de Dimensionamiento de Soluciones Particulares de Producción y Distribución con Tratamiento para Loteos Varios"), y a fojas 7781, entre otros, el informe "Aguas Andinas S.A. — Validación del Dimensionamiento de Soluciones Sanitarias Particulares para Loteos fuera de las Áreas de Concesión (Urbanos y Rurales) elaborado por Luis Cornejo Saldaña, de Halcrow Group Limited;

**15.3. Prueba testimonial y confesional rendida por AGUAS ANDINAS:**

15.3.1. A fojas 3668, siendo 6 de junio de 2007, absolvió posiciones Felipe del Sagrado Corazón Larrain Aspillaga, Gerente General de Aguas Andinas.

15.3.2. A fojas 5680, siendo 16 de octubre de 2007, declaró como testigo don Bernardo Francisco Domingo Kupfer Matte, Ingeniero Civil Industrial, Gerente de Desarrollo de Proyectos de Inmobiliaria Manso de Velasco, del grupo Enersis.

15.3.3. A fojas 5694, siendo 17 de octubre de 2007, realizó prueba testimonial Jorge Guillermo Carrasco Pardo, Ingeniero Mecánico, Administrador de MCB Cia. Ltda.

15.3.4. A fojas 5701, siendo 18 de octubre de 2007, declaró como testigo don Raúl Eduardo Chihuayyan Marinao, Trabajador de MCB;

15.3.5. A fojas 5707 bis, siendo 23 de octubre de 2007, declaró como testigo don Gabriel Bitrán Dicowsky, Ingeniero Civil Industrial, Director Ejecutivo de Gabriel Bitrán y Asociados;

15.3.6. A fojas 5718, siendo 24 de octubre de 2007, declaró como testigo don Jorge Omar Ale Yarad, Ingeniero Civil Industrial, Gerente General de Aguas Santiago Poniente S.A.;

15.3.7. A fojas 5738, siendo 15 de noviembre de 2007 declaró como testigo don Alberto Planella Ortiz, dueño de la Viña Santa Rosa del Peral;

**16. PRUEBA RENDIDA POR ESSBIO:**

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

16.1. Prueba documental rendida por ESSBIO:

16.2. La parte de ESSBIO acompañó diversos documentos a fojas 717, 2712 (entre otros, los informes de GeoAdimark “Estudio Perfilamiento Clientes ANSM VIII Región”, el “Modelo para la estimación de flujos asociados a proyectos de urbanización y comparación con los montos cobrados por ESSBIO”, de la consultora I. Almarza y Cía., “Análisis y dimensionamiento de soluciones particulares de producción y disposición con tratamiento” de Ifarle Ingenieros Civiles y Consultores Ltda., “Informe económico respecto del requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra algunas empresas sanitarias en material de abuso de posición dominante por cobro de precios excesivos”, elaborado por don Carlos Díaz V., un informe en Derecho de don Domingo Valdes P. “Acercas de la propuesta legislative para la industria sanitaria, supuestos abusos de posición dominante efectuados en ésta y una discriminación arbitraria sugerida”, un informe preparado por el arquitecto Sr. Jorge Duran Q., informe sobre disponibilidad de derechos de aguas en la VIIIª Región preparado por los Sres. Marcelo Araya N. y Fernando Ortíz A., y la opinion legal emitida por don José Ignacio Zaldivar), 7006, 9660, y a fojas 10366;

16.3. Prueba testimonial rendida por ESSBIO:

16.3.1. A fojas 3347, siendo 10 de mayo de 2007, absolvió posiciones Pedro Pablo Errázuriz Domínguez, Gerente General ESSBIO.

16.3.2. A fojas 5751 y 5777, siendo 12 y 18 de diciembre de 2007, declaró como testigo don José Ignacio Zaldívar Peralta, abogado.

16.3.3. A fojas 5763, siendo 13 de diciembre de 2007, declaró como testigo don Marcelo Andrés Araya Núñez, abogado y socio del Estudio Araya y García.

**17. PRUEBA RENDIDA POR ANSM:**

17.1. Prueba documental rendida por ANSM:

17.2. ANSM acompañó diversa prueba documental a fojas 209, 863, 2732 (entre otros, los informes de GeoAdimark “Estudio Perfilamiento Clientes ANSM VIII Región”, el “Modelo para la estimación de flujos asociados a proyectos de urbanización y comparación con los montos cobrados por ANSM”, de la consultora I. Almarza y Cía., “Análisis y dimensionamiento de soluciones particulares de producción y disposición con tratamiento” de Ifarle Ingenieros Civiles y Consultores Ltda., “Informe económico respecto del requerimiento del Fiscal

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Nacional Económico contra algunas empresas sanitarias en material de abuso de posición dominante por cobro de precios excesivos”, elaborado por don Carlos Díaz V., un informe en Derecho de don Domingo Valdes P. “Acerca de la propuesta legislative para la industria sanitaria, supuestos abusos de posición dominante efectuados en ésta y una discriminación arbitraria sugerida”, un informe preparado por el arquitecto Sr. Jorge Duran Q., y un informe sobre disponibilidad de derechos de aguas en la VIIª Región preparado por los Sres. Marcelo Araya N. y Fernando Ortíz A.), 3211, 3269, 3484, 3498, 5137, 5404, y a fojas 9002;

A fojas 1571 bis, a solicitud de ANSM, la Fiscalía exhibió su Expediente de Investigación N° 715-05, consistente en 7 tomos y en 7 CD-ROM con información aportada por las empresas investigadas.

**17.3. Prueba testimonial y confesional rendida por ANSM:**

17.3.1. A fojas 3630, con fecha 6 de junio de 2007, absolvió posiciones don José Luis Arraño Urzúa, representante de ANSM.

17.3.2. A fojas 5143, con fecha 21 de agosto de 2007, rindió prueba testimonial David Eduardo González Cabezas, Ingeniero Civil Químico;

17.3.3. A fojas 5170, con fecha 21 de agosto de 2007, rindió prueba testimonial Gonzalo Ricardo León Fuentes, Ingeniero Comercial;

17.3.4. A fojas 5373, siendo 29 de agosto de 2007, testificó Jorge Andrés Álvarez Pereira, Ingeniero Civil Industrial, especialista en tarifas y evaluación de sanitarias de Constructora Ignacio Almarza y Cia.;

17.3.5. A fojas 5393 bis y 5415, siendo 29 de agosto y 5 de septiembre de 2007, testificó Juan Ignacio Almarza Barros, Bachiller en ciencias económicas, gerente de Constructora Ignacio Almarza y Cia.;

17.3.6. A fojas 5478, siendo 11 de septiembre de 2007, testificó Sergio Pablo Tejjas Morales, Abogado, Asesor legal de ESSBIO;

17.3.7. A fojas 3630, con fecha 6 de junio de 2007, absolvió posiciones don José Luis Arraño Urzúa, representante de ANSM.

**18. PRUEBA RENDIDA POR ESSAL:**

**18.1. Prueba documental rendida por ESSAL:**

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

18.2. La requerida ESSAL acompañó documentos a fojas 1053, 1131, 1321, 5507, 5569, 6057 (informes “Disposición de aguas Servidas y su Factibilidad en la Décima Región”, elaborado por doña María Pía Mena, y “Análisis de Recursos de Agua en las Zonas de Puerto Montt, Alerce, Puerto Varas y Frutillar”, preparado por el consultor Alberto Maringer), 6611 (informe “Viabilidad de los Concesionarios Independientes en la Décima Región, Análisis de los Casos”, elaborado por GTD Ingenieros Consultores Ltda., “Fundamentos Inmobiliarios: Factibilidad Sanitaria y su Impacto en el Desarrollo de la Industria Habitacional”, preparado por Gisela Hassenberg F. y otros, y el informe “Análisis Económico de Requerimiento de la FNE a ESSAL”, de don Jorge Tarzijan), 6659 y a fojas 8309;

18.3. Prueba testimonial y confesional rendida por ESSAL:

18.3.1. A fojas 3311, siendo 10 de mayo de 2007, absolvió posiciones José Raúl Sáez Albornoz, Gerente General ESSAL.

18.3.2. A fojas 6625 consta la declaración testimonial de don Darío Alberto Mariner Duran, Ingeniero Civil, Socio de la Consultora IHS Ingenieros Civiles Ltda.;

18.3.3. A fojas 6669 bis 2 consta la declaración testimonial de doña Raquel Inés Arestizábal Arestizábal, Ingeniero Civil, GTD Ingenieros Consultores;

18.3.4. A fojas 6674 bis y 6688, consta la declaración testimonial de doña Gisela Lisette Hassenberg Fabbri, Ingeniero Comercial, Consultora independiente;

18.3.5. A fojas 6737 y 6977 consta la declaración testimonial de don Jorge Tarzijan Martabit, economista y director de la Escuela de Administración de la Pontificia Universidad Católica de Chile;

18.3.6. A fojas 6754, consta la declaración testimonial de don Sergio Luis Alberto Ramón Henríquez Díaz, Ingeniero Comercial, socio oficina Pikering, Henríquez y Asociados;

18.3.7. A fojas 6774, consta la declaración testimonial de don Francisco Javier Valdivia Bernstein, ingeniero en Ejecución en Finanzas, Larrain Vial Corredores de Bolsa;

18.3.8. A fojas 6987, consta la declaración testimonial de doña María Pía Mena Patri, Ingeniero Civil, Gerente de Estudio de empresa dedicada al tratamiento de agua residual;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

18.3.9. A fojas 7011 consta la declaración testimonial de don Héctor José Lagunas Méndez, Ingeniero Civil Electricista, GTD Ingenieros Ltda.;

18.3.10. A fojas 7121 consta la declaración testimonial de don Mauricio Alejandro Arredondo Durán, Economista, Grupo Consultor Costa;

**19. RESPUESTAS A OFICIOS DESPACHADOS POR EL TRIBUNAL EN ESTA CAUSA:**

19.1. A fojas 3993 la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región del Maule acompañó nómina de los servicios sanitarios particulares de mayor envergadura desarrollados desde el año 2005 al 2007 en esa Región.

19.2. A fojas 4302 la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región de los Lagos informó respecto de los sistemas de agua potable rural que operan en la provincia de Osorno, sus requisitos e informó el número de sistemas particulares sujetos a fiscalización sanitaria, sus requisitos y estándar de calidad.

19.3. A fojas 4307, el Comité de Agua Potable Rural Parga informa que no presta servicios sanitarios a loteos particulares o privados y que sólo presta servicio de suministro de agua potable a los miembros de su comunidad. Asimismo informa que no presta servicio de alcantarillado.

19.4. A fojas 4316, el Comité de Agua Potable Rural Queilen informa que cuenta con 544 socios y que no presta servicio de alcantarillado.

19.5. A fojas 4317, el Comité de Agua Potable Rural Pichi Ropulli informa que no presta servicios sanitarios a loteos particulares o privados y que sólo presta servicio de suministro de agua potable a los miembros de su comunidad. Asimismo informa que no presta servicio de alcantarillado.

19.6. A fojas 4326, el Comité de Agua Potable Rural Reumén informa que no presta servicio de alcantarillado y que a la fecha de su informe contaba con 318 arranques funcionando.

19.7. A fojas 4337 la I. Municipalidad de Puerto Varas acompañó planos referentes a los actuales límites urbanos de Puerto Varas y de las localidades de Nueva Braunau y Alerce.

19.8. A fojas 4354, el Comité de Agua Potable Rural Ralimo Piedra Azul informa que no presta servicios sanitarios a loteos particulares o privados y que sólo



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

presta servicio de suministro de agua potable a los miembros de su comunidad. Asimismo informa que no presta servicio de alcantarillado.

19.9. A fojas 4355, el Comité de Agua Potable Rural Los Pellines informa que no presta servicios sanitarios a loteos particulares o privados y que sólo presta servicio de suministro de agua potable a los miembros de su comunidad. Asimismo informa que no presta servicio de alcantarillado.

19.10. A fojas 4375, el Comité de Agua Potable Rural Río Frito Cañitas informa que no presta servicios sanitarios a loteos particulares o privados y que sólo presta servicio de suministro de agua potable a sus socios. Asimismo informa que no presta servicio de alcantarillado.

19.11. A fojas 4376, el Comité de Agua Potable Rural Cancura informa que no presta servicios sanitarios a loteos particulares o privados y que sólo presta servicio de suministro de agua potable a los miembros de su comunidad. Asimismo informa que presta servicio de alcantarillado a 96 viviendas.

19.12. A fojas 4401, el Comité de Agua Potable Rural Malalhue informa que no presta servicios sanitarios a loteos particulares o privados y que sólo presta servicio de suministro de agua potable a los miembros de su comunidad. Asimismo informa que presta servicio de alcantarillado a 920 usuarios.

19.13. A fojas 4402, el Comité de Agua Potable Rural Ensenada informa que no presta servicios sanitarios a loteos particulares o privados y que sólo presta servicio de suministro de agua potable a los miembros de su comunidad. Asimismo informa que no presta servicio de alcantarillado.

19.14. A fojas 4403 Explotaciones Sanitarias S.A. informa que no efectúa cobros por AFR, que no efectúa cobros por obras de conexión u otros costos respecto de proyectos ubicados fuera de su área de concesión y que no efectúa cobros respecto de servicios realizados fuera de territorio operacional. Asimismo informa quienes son sus accionistas y que no está relacionada con empresas constructoras o inmobiliarias. Asimismo, informa que desde su constitución ha recibido dos solicitudes de terceros en orden a ampliar su área de concesión en áreas urbanas. En uno de estos casos obtuvo la concesión y en el otro no y fue adjudicada a Aguas Manquehue S.A. Finalmente informa que es una concesionaria de servicios sanitarios que a la fecha de su presentación atendía aproximadamente 585 clientes, exclusivamente industriales, ubicados dentro de su

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

territorio operacional, que se encuentra en parte de las comunas de Quilicura y Lampa, Región Metropolitana.

19.15. A fojas 4406, el Comité de Agua Potable Rural Nontuela informa que presta servicios sanitarios a la comunidad de Nontuela con un número de 234 arranques, a una población construida por Serviu con 60 arranques, al sector de Santa Laura Alto con 42 arranques, y al sector de Santa Laura Bajo con 43 arranques. Asimismo informa que no presta servicio de alcantarillado.

19.16. A fojas 4421, el Comité de Agua Potable Rural Costa Tenglo Alto-Alto Bonito informa que su actividad se concentra en entregar agua potable para el consumo particular de los socios y usuarios de ese comité.

19.17. A fojas 4422, Aguas de las Lilas S.A. informa que no ha entrado en operación y que tampoco ha celebrado contratos bajo la figura del artículo 52 bis del DFL MOP N° 382. Asimismo, señala que a la fecha de su informe si bien no se encontraba tramitando ampliaciones de sus concesiones, se encontraba analizando una eventual ampliación de su territorio operacional. Finalmente señala que no es socia ni tiene relación con la CCHC.

19.18. A fojas 4424, el Comité de Agua Potable Rural Riñihue informa que otorga servicios sanitarios a la comunidad y que no presta servicio de alcantarillado.

19.19. A fojas 4427 la Empresa de Servicios Sanitarios Lo Prado S.A. informa que efectúa cobros por AFRC y AFRE, que a la fecha del informe no abastecía clientes fuera de su área de concesión y que no ha recibido solicitudes de ampliación de su área de concesión.

19.20. A fojas 4432 Aguas Santiago S.A. informó que a la fecha de su informe cobraba por AFRC y AFRE, que no operaba fuera de su territorio operacional, que no ha efectuado obras de loteo ni ha actuado como inmobiliaria y que había recibido 6 solicitudes de ampliación de su cobertura.

19.21. A fojas 4435 Servicomunal S.A. informó que a la fecha de su informe cobraba por AFRC y AFRE, que no tenía previsto suscribir contratos para ampliar su territorio operacional, había recibido una solicitud de ampliación de su cobertura y que en ese caso los costos fueron convenidos con el interesado.

19.22. A fojas 4770 la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región del Bio-Bio acompañó nómina de los 15 Sistemas de Agua Potable Rural que operan en esa jurisdicción, informó que esos sistemas cuentan con factibilidad técnica y

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

material para abastecer núcleos poblacionales y explicó cuáles eran los requisitos técnicos exigidos a las organizaciones de APR.

19.23. A fojas 4779 el Ministerio de Vivienda y Urbanismo informó respecto a las ampliaciones efectuadas a los límites urbanos durante los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 en las Regiones Metropolitana, VIIª, VIIIª y Xª, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

19.24. A fojas 4795 la Superintendencia de Servicios Sanitarios evacuó informe respecto a la cantidad de ESS que operan en áreas urbanas no concesionadas en las Regiones Metropolitana, VIIª, VIIIª y Xª, forma y área en donde las ESS pueden prestar sus servicios, eventuales reclamos presentados ante esa Superintendencia en razón de que una ESS se haya negado a la interconexión de sus instalaciones, llamados a licitación para el otorgamiento de nuevas concesiones y su resultado, listado de concesiones otorgadas e información sobre tarifas.

19.25. A fojas 4796 la Empresa de Servicios Sanitarios Lago Peñuelas S.A. informó que desde su constitución ha tenido por único y exclusivo cliente a ESVAL.

19.26. A fojas 4797, el Comité de Agua Potable Rural Puqueldón informa que no presta servicios sanitarios a loteos privados y que no presta servicio de alcantarillado.

19.27. A fojas 4964 Aguas Magallanes S.A. informa que ha efectuado cobros por AFRC, que ha efectuado cobros a proyectos ubicados fuera de su área de concesión de acuerdo al artículo 52 bis y que ha recibido solicitudes de ampliación de su área de concesión por parte del SERVIU y de la I. Municipalidad de Porvenir.

19.28. A fojas 4985 Aguas del Altiplano S.A. informa que ha efectuado cobros por AFRC, que ha celebrado un contrato del artículo 52 bis y que ha recibido solicitudes de ampliación de su área de concesión, pero que no se habían materializado a la fecha del informe.

19.29. A fojas 5092 Aguas Araucanía S.A. informa que ha efectuado cobros por AFRC, que ha efectuado cobros a proyectos ubicados fuera de su área de concesión de acuerdo al artículo 52 bis y sus montos y que ha recibido solicitudes de ampliación de su área de concesión en las localidades de Villarrica, Angol, Victoria y Gorbea.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

19.30. A fojas 5097 Aguas Santiago Poniente informa que no ha efectuado cobros por AFR, que no abastece proyectos ubicados fuera de su área de concesión y que ha recibido una solicitud para abastecer un sector urbano fuera de su territorio operacional.

19.31. A fojas 5099 la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana acompañó nómina de los 15 Sistemas de Agua Potable Rural que operan en esa jurisdicción, informó que la factibilidad técnica y material para abastecer núcleos poblacionales es particular para cada Sistema y depende de sus características y explicó las normas donde se detallan los estándares técnicos, de calidad y reglamentación aplicable a dichos servicios.

19.32. A fojas 5102 BCC S.A. señala que a la fecha del informe no había entrado en operación, por lo que no había efectuado cobros por AFR, que no abastece proyectos ubicados fuera de su área de concesión y que no ha recibido solicitudes para abastecer un sector urbano fuera de su territorio operacional.

19.33. A fojas 5105 ESVAL S.A. señala que a la fecha del informe cobraba por AFRC y AFRE, que no efectuaba cobros por obras de conexión u otros costos respecto de proyectos ubicados fuera de su área de concesión, y que había recibido 17 solicitudes de ampliación de su cobertura.

19.34. A fojas 5109 Aguas del Valle señala que a la fecha del informe no cobraba por AFR, que no efectuaba cobros por obras de conexión u otros costos respecto de proyectos ubicados fuera de su área de concesión, y que había recibido 4 solicitudes de ampliación de su cobertura.

19.35. A fojas 5127 bis la Dirección de Obras Hidráulicas evacuó informe respecto al funcionamiento, requisitos y financiamiento de las Cooperativas y Comités de APR.

19.36. A fojas 5128, el Comité de Agua Potable Rural Carelmapu informa que presta servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado a la comunidad, loteos particulares y/o industrias.

19.37. A fojas 5186 Coopagua Santo Domingo señaló que a la fecha de su informe no había operado con proyectos inmobiliarios, que calculaba sus costos de acuerdo a la metodología de AFR instruida por la SISS y que no desarrollaba negocios sanitarios no regulados fuera de su área de concesión.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

19.38. A fojas 5339 la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región de los Lagos, acompañó los registros de proyectos de alcantarillado y agua potable particulares de las oficinas provinciales de Osorno, Llanquihue-Palena y Chiloé, ingresados desde el año 1995 al 2007.

19.39. A fojas 5360 Cooperativa de Servicios Sanitarios Maule señaló que a la fecha de su informe no efectuaba cobros por AFR, que cobraba por obras de conexión y otros costos asociados al diseño, revisión de proyectos y ejecución de obras, que no ha recibido solicitudes de ampliación de su área de concesión por parte de constructoras, inmobiliarias o particulares que no se encuentren asociados al sistema de agua potable y alcantarillado del pueblo de Maule.

19.40. A fojas 5363, el Comité de Agua Potable Rural Villa Puaucho informa que presta servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado a la comunidad, loteos particulares y/o industrias.

19.41. A fojas 5365 la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, acompañó nómina de 99 Sistemas de Agua Potable Rural que operan en esa jurisdicción, informó que la factibilidad técnica y material para abastecer núcleos poblacionales es particular para cada Sistema y depende de sus características, explicó las normas donde se detallan los estándares técnicos, de calidad y reglamentación aplicable a dichos servicios e informó el número de viviendas abastecidas por cada uno de los servicios particulares fiscalizados durante el año 2007.

19.42. A fojas 5394 Servicomunal S.A. informó que los riesgos son mayores fuera del área de concesión puesto que no existe garantía de la demanda de servicio sanitario proveniente de un nuevo emprendimiento inmobiliario y que los costos y los riesgos se evalúan caso a caso. Asimismo señala que no existe una limitación legal que impida que determinada sanitaria opere en todo el territorio nacional, independiente de dónde detente sus concesiones.

19.43. A fojas 5395 Aguas Antofagasta informó los contratos celebrados al amparo del artículo 52 bis, los procesos de solicitud de ampliación de territorio operacional en que había participado, e hizo presente que en general los costos asociados a estos contratos y ampliaciones son mayores que los que suponen la atención de los clientes ubicados dentro del área de concesión.

19.44. A fojas 5434 Aguas Araucanía informó que los riesgos son mayores fuera del área de concesión puesto que importan una mayor extensión de las zonas a

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

atender, con menores densidades habitacionales y que los costos y los riesgos se evalúan caso a caso. Asimismo señala que está en condiciones de prestar servicios fuera de su territorio operacional e indicó los cobros a los proyectos ubicados fuera del área de concesión.

19.45. A fojas 5439 Aguas Magallanes informó que los riesgos son mayores fuera del área de concesión puesto que importan una mayor extensión de las zonas a atender, con menores densidades habitacionales y que los costos y los riesgos se evalúan caso a caso. Asimismo señala que no existe una limitación legal que impida que preste servicios no regulados en otras regiones.

19.46. A fojas 5457 la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región del Maule informó que dentro de su zona de fiscalización operan 258 Sistemas de Agua Potable Rural, 81 Servicios Rurales no APR y los requisitos que deben cumplir los mismos para su funcionamiento.

19.47. A fojas 5459 ESVAL informó que los riesgos son mayores fuera del área de concesión dado que están ligados al riesgo del proyecto inmobiliario, que no solicita cobros a los proyectos ubicados fuera del área de concesión y que no está impedida de desarrollar negocios no regulados fuera de la Región de Valparaíso.

19.48. A fojas 5461 Aguas del Valle informó que los riesgos son mayores fuera del área de concesión dado que están ligados al riesgo del proyecto inmobiliario, que no solicita cobros a los proyectos ubicados fuera del área de concesión y que explota las concesiones sanitarias que detenta ESSCO S.A., sin perjuicios de que también podría desarrollar negocios no regulados fuera de la Región de Coquimbo.

19.49. A fojas 5579 la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, acompañó informe de respuesta, en donde incluyó el documento acompañado a fojas 5365.

19.50. A fojas 5607 BCC S.A. señaló que a la fecha de su informe no había celebrado contratos al amparo de artículo 52 bis y no había estudiado el efecto de una eventual ampliación de su área de concesión.

19.51. A fojas 5663 Aguas Santiago S.A. informó que los costos y riesgos asociados a la ampliación del territorio operacional o a la celebración de contratos del artículo 52 bis no son los mismos que aquellos que se enfrentan en la prestación de servicios sanitarios dentro del área de concesión y que las fórmulas

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

de contraprestación para hacer frente a estos costos son materia de acuerdo entre particulares y dependen de distintas variables.

19.52. A fojas 5669 y 5670 Aguas Chañar señala que a la fecha de su informe no efectuaba cobros por AFR, que realizaba las ampliaciones de territorio operacional dentro del marco legal, que no desarrolla negocios sanitarios fuera de la región y que es socia de la CCHC.

19.53. A fojas 5674 la Dirección General de Aguas acompañó nómina de los derechos de aprovechamiento de aguas concedidos a Aguas Andinas, ANSM, ESSBIO y ESSAL, nómina de los derechos de agua concedidos en el periodo entre 2003 y 2007, la nómina de derechos de agua que se encontraban en tramitación al 1 de septiembre de 2007 y la nómina de la Organizaciones de APR con derechos concedidos en las Regiones Metropolitana, VII<sup>a</sup>, VII<sup>a</sup> y X<sup>a</sup>.

19.54. A fojas 5692 Aguas Patagonia señala que a la fecha de su informe no efectuaba cobros por AFR, que realizaba las ampliaciones de territorio operacional dentro del marco legal, que no desarrolla negocios sanitarios fuera de la región y que es socia de la CCHC.

19.55. A fojas 6683 la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, acompañó listado de los servicios particulares de agua potable y aguas servidas domésticas aprobados y/o autorizados en conformidad con el artículo 71 del Código Sanitario, existentes en la Región Metropolitana.

19.56. A fojas 6710 la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Maule, acompañó nómina de los servicios particulares de agua potable y aguas servidas domésticas correspondientes a loteos y villorrios durante el periodo 2003-2007.

19.57. A fojas 6714 la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de O'Higgins, informó la cantidad de proyectos sanitarios de agua potable y alcantarillado durante el periodo 2003-2007.

**20.** A fojas 2995 y 9977, con fecha 25 de abril de 2007 y 24 de octubre de 2008, Constructora Independencia presentó observaciones a la prueba rendida en autos.

**21.** A fojas 8213, con fecha 11 de septiembre de 2007, ANDESS hizo una presentación donde pidió tener presente ciertas consideraciones en relación con el marco regulatorio de la industria sanitaria. En esta presentación, explicó los

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

ámbitos y objetivos de la regulación sanitaria, los servicios públicos o urbanos, los servicios sanitarios en áreas no urbanas y las distorsiones reales y aparentes en el mercado de los servicios sanitarios.

**22.** A fojas 8810, con fecha 16 de octubre de 2008, ESSAL hizo una presentación donde solicitó tener presente ciertas consideraciones sobre procedimientos administrativos, la carga de la prueba, la especial situación de ESSAL, la prueba rendida por ESSAL y ciertas consideraciones patrimoniales. Además, presentó sus observaciones a la prueba rendida en autos.

**23.** A fojas 9833, con fecha 23 de octubre de 2008, la CCHC presentó sus observaciones a la prueba rendida en autos.

**24.** A fojas 10127, con fecha 24 de octubre de 2008, la FNE presentó sus observaciones a la prueba rendida en autos.

**25.** A fojas 10240, con fecha 28 de octubre de 2008, Aguas Andinas presentó sus observaciones a la prueba rendida en autos.

**26.** A fojas 10366, con fecha 29 de octubre de 2008, ESSBIO presentó sus observaciones a la prueba rendida en autos.

**27.** A fojas 10390, con fecha 29 de octubre de 2008, ESSBIO presentó sus observaciones a la prueba rendida en autos.

**28.** A fojas 7858, con fecha 12 de agosto de 2008, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y se fijó la vista de la causa para las audiencias de los días 5 y 6 de noviembre de 2008. En dichas audiencias se llevó a cabo la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes;

**29.** Para la mejor comprensión de lo que se tratará en lo considerativo de este fallo, a continuación se presenta un glosario con las abreviaciones y términos técnicos que aparecen en el expediente y se utilizan por las partes de manera recurrente en esta causa:

<b>AFNR</b>	Aportes de Financiamiento No Reembolsables.
<b>AFR</b>	Aportes de Financiamiento Reembolsables.
<b>ANDESS</b>	Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios.
<b>ANSM</b>	Aguas Nuevo Sur Maule S.A..
<b>APR</b>	Comités y/o Cooperativas de Agua Potable Rural.
<b>Arranque</b>	Conexión domiciliaria de agua potable y alcantarillado.



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

<b>ATO</b>	Ampliación de Territorio Operacional.
<b>CCHC</b>	Cámara Chilena de la Construcción.
<b>Contrato “52 bis”</b>	Contrato para el suministro de servicios sanitarios, prestados por una empresa sanitaria fuera de su área de concesión, en una zona rural.
<b>Diferencia Tarifaria</b>	Diferencia entre la Tarifa de Autofinanciamiento de una localidad y la Tarifa de Grupo a la que pertenece.
<b>DZR</b>	Servicios Sanitarios en Zona Rural.
<b>ESS</b>	Empresa de Servicios Sanitarios.
<b>ESSAL</b>	Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A..
<b>ESSBIO</b>	Empresa de Servicios Sanitarios de Bío-Bío S.A.
<b>FNE</b>	Fiscalía Nacional Económica.
<b>Grupo Tarifario</b>	Conjunto de localidades en las que se aplica una misma tarifa por servicios sanitarios.
<b>LGSS</b>	DFL N° 382, Ley General de Servicios Sanitarios.
<b>LTSS</b>	DFL N° 70, Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios.
<b>Obras de extensión</b>	Infraestructura que conecta la red interna de agua potable y alcantarillado de un proyecto inmobiliario con la red pública de servicios sanitarios.
<b>Servicios Particulares</b>	Sistema conformado por un conjunto de operaciones unitarias destinadas a prestar servicios de agua potable y/o aguas servidas domésticas, a dos o más viviendas en áreas rurales sin cobertura sanitaria.
<b>SISS</b>	Superintendencia de Servicios Sanitarios.
<b>SZU</b>	Servicios Sanitarios en Zona Urbana.
<b>T.O.</b>	Territorio Operacional de una Empresa de Servicios Sanitarios.
<b>Tarifa de Auto-financiamiento</b>	Aquellas calculadas para cubrir el total de los costos de prestación de servicios sanitarios de una localidad.
<b>Tarifa Grupo</b>	Tarifa aplicada a un conjunto de localidades servidas por una misma empresa concesionaria de servicios sanitarios, y determinada en los correspondientes Decretos Tarifarios.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**EN CUANTO A LA VALIDEZ DE LA PRUEBA PRESENTADA POR LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA:**

**Primero.** Que, por resolución de fojas 4001, se hizo efectivo respecto de la FNE el apercibimiento establecido en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, en relación con las piezas del expediente de investigación Rol FNE N° 715-05 que no fueron exhibidas a la fecha de la citada resolución, esto es, 19 de junio de 2007;

**Segundo.** Que, a fojas 6721 y con fecha 3 de marzo de 2008, la FNE presentó documentos emanados de ESSAL y Aguas Andinas S.A., recibidos por dicho servicio en diciembre del año 2006. Luego, a fojas 7006 y con fecha 28 de marzo de 2008, acompañó documentos emanados de ESSBIO y que recibió con fecha 26 de enero de 2006. De acuerdo con lo anterior, estos documentos constaban en poder de la Fiscalía al momento de aplicársele el apercibimiento señalado en la consideración precedente y, en consecuencia, dicha parte perdió el derecho de hacerlos valer en el proceso, por lo que no serán considerados por este Tribunal al evaluar la prueba rendida en autos. La misma sanción procesal – y por idénticas razones- se aplicó a fojas 7113 respecto de los oficios de la SISS acompañados a fojas 6974 por la FNE;

**EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS PRESENTADAS EN AUTOS:**

**Tercero.** Que ANSM -a fojas 2494- y ESSBIO –a fojas 2496- objetan los documentos acompañados por la FNE a fojas 1194, indicados en el N° 63, letras a) a h), por cuanto “no le consta la integridad de los mismos”. Al evacuar el traslado respecto de este incidente, la FNE, señala a fojas 2762 que estos documentos corresponden a los recibidos en el curso de su investigación, pues tanto las requeridas como otras empresas le entregaron copias de determinados contratos y no cuenta con los originales. Este Tribunal estima que la circunstancia de que a una parte “no le conste” la integridad de determinados instrumentos privados no configura la causal establecida en el artículo 346 N° 3, por lo que se rechazarán estas objeciones, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se otorgue a dichos documentos, apreciados bajo las reglas de la sana crítica;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Cuarto.** Que ANSM –a fojas 2755- y ESSAL –a fojas 2759- objetan los documentos acompañados por Constructora Independencia en el numeral 1) de su presentación de fojas 1311, correspondientes a “Antecedentes fotográficos y técnicos de Sistemas de Agua Potable Rural (APR)”, por “no constarle su autenticidad”. Tal como se señaló precedentemente, esa sola circunstancia, a juicio de este Tribunal, no es suficiente para establecer la causal de objeción de documentos considerada en el artículo 346 N° 3, por lo que serán rechazados estos incidentes, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se dé a estos documentos, apreciados según la sana crítica;

**Quinto.** Que también a fojas 2755, ANSM objeta, por falta de integridad, la copia de la Memoria Anual 2004 de dicha empresa, acompañada por Constructora Independencia a fojas 1311, pues sólo se presentaron 10 de sus 40 páginas. En atención a lo señalado, este Tribunal acogerá la objeción respecto de este documento, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil;

**Sexto.** Que a fojas 2794, 2798, y 2857, respectivamente, ESSBIO, ANSM y ESSAL objetan el informe acompañado a fojas 1557 por la FNE, fundamentando la objeción en que el documento emanaría de un tercero ajeno al proceso, por lo que no podrá adquirir valor probatorio si no es reconocido por su autor. Atendido que a fojas 4003, declarando como testigo, el autor del informe objetado reconoció ser autor del mismo, se rechazarán estos incidentes, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se de a este documentos, apreciados según las reglas de la sana crítica;

**Séptimo.** Que Aguas Andinas, a fojas 2855, objeta los documentos acompañados por la CCHC, identificados en los puntos A.2 y C.30.b de su presentación de fojas 2079, correspondientes a supuestos contratos entre dicha ESS y dos empresas inmobiliarias, por manifiesta falta de integridad y de autenticidad. Señala la incidentista que estos documentos no se encuentran firmados por algún representante de Aguas Andinas S.A., y es evidente que se encuentran incompletos. La CCHC, evacuando a fojas 3070 el traslado conferido, argumenta que sólo las copias de instrumentos públicos pueden ser objetados por falta de autenticidad, mientras que los documentos acompañados corresponden a borradores de contrato (tal como lo indica la carta conductora también acompañada, emanada de Aguas Andinas y que no fue objetada), y que por ello no se encuentran firmados. Por otra parte, señala que, si bien es cierto que la primera página del contrato no es legible, Aguas Andinas no ha negado que

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

corresponda a una plantilla notarial comúnmente usada por esa empresa, como da cuenta el resto del borrador. Ponderados los hechos y argumentaciones precedentes, este Tribunal rechazará las objeciones de documentos planteadas por Aguas Andinas, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se dé a éstos, apreciado según la sana crítica;

**Octavo.** Que ESSAL, en el cuarto otrosí de su presentación de fojas 2857, y ANSM a fojas 2910, objetan el informe económico acompañado por la FNE a fojas 1640, fundadas en que “no costa su autenticidad e integridad”, y que no habría sido reconocido en el proceso por su autor. Como ya se señaló, este Tribunal estima que la circunstancia que a la incidentista “no le conste” la autenticidad o integridad de un documento no es fundamento suficiente para tenerlo por objetado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil por lo que, en consecuencia, se rechazará la objeción por esas causales. Por otra parte, se rechazará asimismo la objeción por falta de reconocimiento de su autor, considerando que dicha objeción no es de aquellas que habilitan a la parte para objetar su contenido, el que será además apreciado conforme a las reglas de la sana crítica;

**Noveno.** Que ESSAL, en el sexto otrosí de su presentación de fojas 2857, también objeta los documentos acompañados por la FNE a fojas 1642, específicamente los indicados en los puntos I.1), I.7), II. 28) a 40) y III.128) a 130), pues no le constaría su integridad ni su autenticidad, y emanarían de la misma parte que los presenta. Estas objeciones serán rechazadas por los mismos fundamentos señalados precedentemente. Adicionalmente, ESSAL objeta el documento singularizado en el punto I.5), por considerar que se trata de un instrumento público –emanado de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones- y no de uno de carácter privado, como fue acompañado. Se rechazará asimismo esta objeción, por no referirse al contenido del documento sino a las formalidades con que fue otorgado, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se dé a éste, apreciado según las reglas de la sana crítica;

**Décimo.** Que ESSAL objeta también, en el octavo, noveno, décimo y undécimo otrosíes de su presentación de fojas 2857, los documentos acompañados a fojas 2073 -singularizados en los numerales 1), 2), 3) y 20)-, a fojas 2079 -en sus letras A.5) y b), B.24.a) a c)-, a fojas 2097 numerales 26), 27), 28) y 31), y a fojas 2104, puntos I.2), I.3), I.26) a 34), I.39), I.40) y II.53), fundado en que no le consta su autenticidad o integridad. Se rechazarán estas objeciones por las mismas consideraciones expresadas anteriormente, sin perjuicio del valor

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

probatorio que en definitiva se dé a estos documentos, apreciados según las reglas de la sana crítica;

**Undécimo.** Que ANSM, a fojas 2917, y ESSBIO, a fojas 2919, objetan los documentos indicados en los números 28, 29, 30 y 31 de la presentación de fojas 2097, por emanar de terceros ajenos al juicio que no los han reconocido. Este Tribunal rechazará estas objeciones, considerando que no corresponden a las hipótesis del artículo 346 N° 3 que habilitan a la parte para objetar su contenido, el que será además apreciado según las reglas de la sana crítica;

**Duodécimo.** Que también ANSM objeta, a fojas 2926, los documentos acompañados a fojas 1894 por Constructora Independencia, en los numerales 6 a 10 y 16 a 45, pues a la incidentista “no le consta la autenticidad e integridad de los mismo”. Este Tribunal reitera respecto de esta objeción los fundamentos expresados precedentemente, en cuanto a que tal circunstancia no es suficiente para configurar la hipótesis señalada en el artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, por lo que la rechazará, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se otorgue a estos documentos, apreciados según las reglas de la sana crítica;

**Decimotercero.** Que luego, a fojas 3234 y 3274, ANSM y ESSBIO, respectivamente, objetan también el informe que rola a fojas 2110, acompañado por la CCHC, por emanar de un tercero que no lo habría reconocido en el proceso. No obstante, a fojas 2492 se acompañó una declaración jurada ante Notario del autor del informe, cumpliéndose lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, por lo que se rechazará esta objeción, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se otorgue a este documento, apreciado según las reglas de la sana crítica;

**Decimocuarto.** Que, por otra parte, ESSBIO –a fojas 3243 - y ANSM –a fojas 3269- objetan el informe acompañado por la CCHC y que rola a fojas 2668, también por emanar de un tercero que no lo habría reconocido en juicio. Atendido que a fojas 2696 consta la declaración jurada ante Notario de la autora del informe, se desestimaré esta objeción por los mismos fundamentos señalados en la consideración precedente;

**Decimoquinto.** Que, por último, ESSBIO –a fojas 3271- objeta el informe acompañado por la CCHC y que rola a fojas 2154, también por emanar de un tercero que no lo habría reconocido en juicio. Atendido que a fojas 2491 consta también la declaración jurada ante Notario del autor del informe, este Tribunal

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

igualmente desestimaré esta objeción por los fundamentos señalados en las consideraciones precedentes;

**EN CUANTO A LAS TACHAS DE TESTIGOS FORMULADAS POR LAS PARTES:**

**Decimosexto.** Que la parte de ESSAL tachó al testigo Sr. Jorge Quiroz C., por la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, fundada a fojas 2702 en el interés patrimonial que tendría el testigo en los resultados del juicio, pues elaboró un informe económico en el que se sustenta la demanda de Constructora Independencia. Al evacuar el traslado, Constructora Independencia señala, a fojas 2847, que lo que ESSAL califica como interés patrimonial se refiere al prestigio profesional del testigo, lo que no configuraría causa legal de tacha. A juicio de este Tribunal, los elementos de hecho en que la incidentista fundamenta la tacha no son suficientes para dar por acreditada la falta de imparcialidad del testigo, por lo que ésta se rechazará, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Decimoséptimo.** Que la demandada ANSM formuló tacha en contra del testigo Sr. Jorge Yunge W., por la causal señalada en el numeral 9 del artículo 357, y sobre la base de los fundamentos expuestos a fojas 2727, pues el testigo afirmó haber declarado en más de treinta juicios, y no tenía conocimiento de los hechos de la causa. Constructora Independencia argumenta, a fin de que se deseche la tacha, a fojas 2842, que por la profesión del testigo –corredor de propiedades- le ha correspondido declarar como perito en procesos de expropiación. A juicio de este Tribunal, no existen fundamentos de hecho suficientes para acreditar que el Sr. Yunge tiene “profesión de testificar en juicio” y, en consecuencia, se rechazará la tacha planteada, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Decimoctavo.** Que, ANSM formuló tacha respecto del testigo Sr. Rodrigo Arias B., por las causales de los números 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, fundamentadas a fojas 2727. La demandante evacuó traslado a fojas 2842. Teniendo presente este Tribunal que el testigo señaló ser Gerente de Desarrollo de Constructora Independencia, trabajador dependiente y con un interés económico en los resultados de la empresa, se acogerá la tacha planteada;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Decimonoveno.** Que, asimismo, ANDESS formuló tacha respecto del testigo Sr. Luis Loyola A., por la causal de los numeral 5º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, fundamentadas a fojas 3037. La demandante evacuó traslado a fojas 3160. Si se tiene presente que el testigo señaló ser “ingeniero a cargo de proyectos de urbanización” de Constructora Independencia, trabajador dependiente y con un interés económico en los resultados de la empresa, este Tribunal acogerá la tacha formulada en contra de este testigo;

**Vigésimo.** Que, en contra del testigo Sr. Ronaldo Bruna V. plantearon tachas las cuatro empresas requeridas y ANDESS, por las causales indicadas en los números 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, fundamentadas a fojas 3150, 3153, 3155 y 3211. La FNE evacuó el traslado a fojas 3367 argumentando (i) que el testigo trabajó durante ocho años en la SISS y declara sobre la base del conocimiento del mercado sanitario que adquirió en ese periodo, (ii) y que, como funcionario público, no tendría una relación de subordinación y dependencia ni algún tipo de interés pecuniario en los resultados del juicio. Dado que el testigo Sr. Bruna se desempeña como Jefe de la División Económica de la FNE, requirente en autos, resulta manifiesta a este Tribunal la dependencia y falta de imparcialidad del testigo, por lo que se acogerán las tachas formuladas en su contra;

**Vigésimo primero.** Que la empresa Aguas Andinas y ANDESS formularon tachas respecto del testigo Sr. Luis Caballero B., fundadas a fojas 3433 y 3440 respecto de la causal indicada en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, pues manifestó ser dueño de una empresa inmobiliaria que negocia habitualmente con ESSAL, y además es miembro de la CCHC, que es parte en este juicio, por lo que tendría un interés pecuniario directo en sus resultados. Argumentan la FNE -a fojas 3552- y la CCHC -a fojas 3559- que la tacha debía ser desechada porque su participación en una asociación gremial no representa un interés de suficiente entidad como para inhabilitar al testigo, y no percibirá un beneficio económico directo de las resultas del juicio. Ponderados los hechos y argumentaciones precedentes, este Tribunal desestimaré las tachas formuladas en contra del Sr. Caballero, por considerar que no se configura un interés patrimonial de entidad suficiente para inhabilitar al testigo, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22º, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Vigésimo segundo.** Que ANSM y ANDESS tacharon al testigo Sr. Roberto Cerutti S., en virtud de la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Código de Procedimiento Civil, y fundadas a fojas 3481 y 3484, pues manifestó ser Gerente General y accionista de una empresa inmobiliaria que negocia habitualmente con ANSM, y además Presidente Regional de la CCHC –delegación Maule- por lo que tendría un interés directo en los resultados del proceso. Evacuaron traslado la FNE –a fojas 3545- y la CCHC –a fojas 3559- argumentando que el testigo no tiene ningún interés patrimonial directo por su participación en un cargo electivo de la asociación gremial. Ponderados los hechos y argumentaciones precedentes, este Tribunal desestimaré las tachas formuladas en contra del Sr. Ceruti, por considerar que no se configura un interés patrimonial de entidad suficiente para inhabilitar al testigo, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Vigésimo tercero.** Que respecto del testigo Sr. Rodrigo Galilea V. formularon tachas las partes de Aguas Andinas, ESSAL, ANSM y ANDESS, fundadas a fojas 3488, 3489, 3498 y 3508, respectivamente, por las causales establecida en el numeral 6 y 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los mismos argumentos presentados en la consideración precedente, y una supuesta enemistad con un ejecutivo de ESSAL. Al respecto, la FNE y la CCHC –a fojas 3548 y 3559, respectivamente- solicitaros el rechazo de la tacha, argumentando que el testigo no tiene ningún interés patrimonial directo por su participación en un cargo electivo de la asociación gremial, y que no existen hechos manifiestos y graves que configuren una enemistad como la alegada por ESSAL. Ponderados los hechos y argumentaciones precedentes, este Tribunal desestimaré las tachas formuladas en contra del Sr. Galilea, por considerar que no se configura un interés patrimonial de entidad suficiente, ni hechos graves que manifiesten una enemistad del testigo en contra de una de las requeridas, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Vigésimo cuarto.** Que ANDESS formuló tacha respecto del testigo Sr. José Miguel García E., por la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil y fundada a fojas 3584, en cuanto gerente y dueño de una empresa constructora, y dirigente gremial de la CCHC. La FNE solicitó, a fojas 3595, se rechace dicha tacha en razón de que el testigo no tiene ningún interés patrimonial directo por su participación en un cargo electivo de la asociación gremial. En concordancia con lo señalado precedentemente, este Tribunal rechazará la tacha formulada considerando que no se ha configurado un interés patrimonial de entidad suficiente para inhabilitar al testigo, sin perjuicio del



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Vigésimo quinto.** Que ESSAL, ANDESS y Aguas Andinas tacharon al testigo Sr. Felipe Morandé L., por las causales indicadas en los numerales 4, 6 y 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y sobre la base de los argumentos planteados a fojas 4308, 4311 y 4315, respectivamente, considerando que habitualmente presta servicios retribuidos a la CCHC, que tiene interés pecuniario en el resultado del juicio por haber participado en la preparación de la posición de dicha asociación gremial, y que tiene amistad íntima con la parte que lo presenta. La CCHC evacuó el traslado respecto de estas tachas a fojas 4339, 4341 y 4344, indicando que deben ser rechazadas porque el testigo ya no prestaba –al tiempo de su declaración- servicios remunerados a dicha asociación gremial, ni puede tener interés patrimonial en el resultado de un procedimiento infraccional seguido en contra de las empresas de servicios sanitarios requeridas. Ponderados los hechos y argumentaciones precedentes, este Tribunal desestimaré las tachas formuladas en contra del Sr. Morandé, por considerar que no se configura un interés patrimonial de entidad suficiente para inhabilitar al testigo, porque no tiene un vínculo de dependencia con la parte que lo presenta a declarar, ni se aprecian hechos graves que manifiesten una amistad íntima con ésta, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Vigésimo sexto.** Que el testigo Sr. Patricio Hales D. fue tachado por ANDESS, a fojas 4378, por la causal del numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, dada su participación en la propiedad de una empresa constructora y de otra inmobiliaria, y por haber recibido financiamiento de otras empresas del rubro para su campaña a Diputado. La CCHC solicita sea rechazada, a fojas 4407, por considerar que de los dichos del testigo se concluye que no tiene interés pecuniario directo en el resultado del juicio, y porque su interés público, en cuanto representante electo, no es causal de inhabilidad. Ponderados los hechos y argumentaciones precedentes, este Tribunal desestimaré las tachas formuladas en contra del Sr. Hales, por considerar que no se configura un interés patrimonial de entidad suficiente para inhabilitar al testigo, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Vigésimo séptimo.** Que la FNE y la CCHC formularon tachas en contra de los testigos Sres. Jorge Carrasco P. y Raúl Chihuayyán M., por la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y fundamentada a fojas 5708 y 5710, respectivamente, pues el primero es socio de la empresa MCB, contratista desde el año 2000 de Aguas Andinas, que representa el 75% de sus ingresos, y el segundo es empleado de la misma empresa, y concluye que tendrían un razonable temor a que dicha relación comercial se vea afectada en caso de declarar en contra de los intereses de su principal cliente. Aguas Andinas solicitó el rechazo de la tacha –a fojas 5730- argumentando que ambos testigos carecen de interés pecuniario en los resultados del juicio, y que la relación con MCB se basa en criterios comerciales y profesionales que no podrían verse afectados por sus declaraciones en esta causa. En concordancia con lo señalado precedentemente, este Tribunal rechazará las tachas formuladas, considerando que no se ha configurado un interés patrimonial de entidad suficiente para inhabilitar a estos testigos, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a sus declaraciones, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Vigésimo octavo.** Que, por otra parte, la FNE tachó al testigo Sr. Jorge Ale Y. por las causales establecidas en los números 6 y 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y fundada a fojas 5727, en la participación del testigo como Director de las empresas EMOS S.A., Aguas Cordillera S.A. y Aguas Manquehue S.A., relacionadas a la requerida Aguas Andina, y su reconocimiento de vínculos de amistad con ejecutivos de esta última. Evacuando el traslado a fojas 5735, Aguas Andinas señala que el testigo cesó su participación en los directorios de las empresas señaladas en el año 2000, por lo que no tiene un interés pecuniario actual, y que su declaración en ningún caso establecería hechos graves que manifiesten amistad íntima con personas que se desempeñan en Aguas Andinas. A juicio de este Tribunal, los elementos de hecho en que la incidentista fundamenta la tacha no son suficientes para dar por acreditada la falta de imparcialidad del testigo ni una amistad íntima con una de las requeridas, por lo que ésta se rechazará, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Vigésimo noveno.** Que respecto del testigo Sr. Gonzalo León F., tanto Constructora Independencia como la FNE formularon tachas a fojas 5170, por la causal indicada en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, las que no fueron fundadas y que, por tanto, serán desechadas;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Trigésimo.** Que tanto Constructora Independencia, la FNE y la CCHC plantearon tachas respecto del testigo Sr. David González C., por las causales establecidas en los números 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y fundadas a fojas 5187, 5213 y 5341, respectivamente, pues el testigo declaró ser empleado de ESSBIO, empresa que forma parte, junto a ANSM, de un grupo con controlador común. Evacuando el traslado a fojas 5387, 5469 y 5472, ANSM considera que debe ser rechazada la tacha por no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo señalado, pues el testigo no es empleado dependiente de la parte que lo presenta. Ponderados los hechos y argumentaciones precedentes, este Tribunal acogerá las tachas formuladas en contra de este testigo, pues debe reconocerse que la relación de dependencia se configura igualmente respecto de empresas relacionadas, como es el caso de ANSM y ESSBIO;

**Trigésimo primero.** Que la FNE, la CCHC y Constructora Independencia formularon tacha en contra del testigo Sr. Sergio Tejías M., por las causales establecidas en los numerales 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil y fundadas a fojas 5580, 5602 y 5621, respectivamente, en que el testigo manifestó ser Subgerente Legal de ESSBIO, incluso con poderes de representación judicial, y depender directamente del Gerente Legal de ANSM, empresas que forman parte de un grupo con controlador común. Las partes de ANSM y ESSBIO solicitaron, a fojas 5650 y 5653, se rechace la tacha, pues el testigo, si bien es trabajador dependiente de ESSBIO, no fue presentado por dicha parte, sino que por ANSM, por lo que no se configuraría la causa legal de inhabilidad. Por los mismos argumentos señalados en la consideración precedente, habiéndose acreditado la relación de dependencia del testigo con una de las empresas relacionadas a la parte que lo presenta, este Tribunal acogerá las tachas formuladas en su contra;

**Trigésimo segundo.** Que contra el testigo Sr. Darío Maringer D. formularon tacha tanto la FNE como la CCHC, por las causales establecidas en los numerales 4 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y fundamentadas a fojas 6639 y 6660, respectivamente, puesto que el testigo señaló prestar, habitualmente, servicios remunerados a todas las requeridas, lo que implicaría un interés que le priva de imparcialidad a su declaración. ESSAL solicitó el rechazo de estas tachas, a fojas 6672 y 6699, señalando que el testigo es socio de una empresa que presta asesorías profesionales tanto a empresas sanitarias como de otros rubros, por lo que no tiene un interés pecuniario en la materia de la *litis* ni carece de imparcialidad como testigo. Ponderados los hechos y argumentaciones

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

precedentes, este Tribunal desestimaré las tachas formuladas en contra del Sr. Maringer, por considerar que no se configura un interés patrimonial de entidad suficiente para inhabilitarlo como testigo, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a su declaración, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Trigésimo tercero.** Que también la FNE y la CCHC plantearon tachas respecto de los testigos doña Raquel Arestizábal A. y don Héctor Lagunas M., por las causales establecidas en los numerales 4 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y los fundamentos expresados a fojas 6701, 6703, 7094 y 7101, respectivamente, idénticos a los descritos en la consideración anterior. ESSAL evacuó el traslado a fojas 6718, 7111 y 7116, solicitando se rechacen las tachas por los mismos argumentos mencionados respecto del testigo Sr. Maringer. En concordancia con lo señalado precedentemente, este Tribunal rechazará las tachas formuladas, considerando que no se ha configurado un interés patrimonial de entidad suficiente para inhabilitar a estos testigos, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a sus declaraciones, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Trigésimo cuarto.** Que, finalmente, la FNE y la CCHC formularon tachas en contra del testigo Sr. Mauricio Arredondo D., a fojas 7121, por la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. Estas tachas no fueron debidamente fundadas, por lo que serán rechazadas;

**EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN ALEGADA EN AUTOS:**

**Trigésimo quinto.** Que las requeridas ANSM (a fojas 863) y ESSBIO (a fojas 717), han alegado la excepción de prescripción respecto de todos los hechos ocurridos hasta dos años antes de la interposición del requerimiento. Por su parte, Aguas Andinas (a fojas 694) alegó la prescripción respecto de todos los hechos ocurridos hasta dos años antes de la notificación del requerimiento;

**Trigésimo sexto.** Que, por otra parte, ESSAL también interpone excepción de prescripción –a fojas 1053- *“respecto de toda y cualquier infracción que a ella pudiera imputársele y que hubiere acaecido en relación con los SZU o DZR celebrados con anterioridad a los dos años inmediatamente anteriores a la fecha en que la FNE especifique los cobros que considera constitutivos de explotación abusiva de posición dominante incurridos por ESSAL”*. Subsidiariamente, alega la prescripción respecto de los contratos celebrados con anterioridad a los dos años

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

inmediatamente anteriores a la fecha de su contestación –esto es, 18 de diciembre de 2006- y, en subsidio a esto, respecto de aquellos celebrados con anterioridad a los dos años inmediatamente anteriores a la fecha en que la FNE presentó el Requerimiento, el que se proveyó con fecha 12 de septiembre de 2006;

**Trigésimo séptimo.** Que el requerimiento se refiere a conductas ocurridas “durante el periodo 2003-2005” (fojas 288), por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 inc. 3º del D.L. N° 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, esto es, antes del 19 de octubre de 2004 en el caso de ANSM, del 11 de octubre de 2004 para ESSBIO, del 12 de septiembre del mismo año respecto de Aguas Andinas, y del 4 de octubre de 2004 para ESSAL; hechos que tampoco se tendrán en cuenta para calificar la gravedad de dicha conducta, sin perjuicio de considerarlos como hechos de contexto pertinentes para la comparación con aquellos contratos celebrados en el periodo no prescrito;

**EN CUANTO AL FONDO:**

**Delimitación de las materias objeto de la sentencia:**

**Trigésimo octavo.** Que para un mejor orden de esta sentencia, resulta conveniente agrupar, en primer término, las materias sometidas a decisión de este Tribunal respecto de: (a) las conductas que podrían constituir infracciones a la libre competencia; y (b) las referidas a la dictación de medidas correctivas, prohibitivas y proposiciones de modificaciones normativas relativas a la prestación de servicios sanitarios. En cada caso se indicarán las excepciones y defensas comunes, opuestas por la demandada y las requeridas que, como se verá, coinciden en lo sustancial, así como las alegadas específicamente por cada una de ellas;

**Respecto de la existencia de infracciones a la libre competencia:**

**Trigésimo noveno.** Que, establecido lo anterior, y tal como ha quedado consignado en los puntos 1.1 al 1.12 de lo expositivo de este fallo, Constructora Independencia demandó a Aguas Nuevo Sur Maule S.A. (ANSM), concesionaria de servicios sanitarios, por las conductas contrarias a la libre competencia que se describen *in extenso* en dicho libelo. En la parte petitoria del mismo, solicita se

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

declare “*la existencia de una conducta contraria a la libre competencia consistente en el abuso de la posición dominante de ANSM en los cobros que ha formulado, propuesto, cobrado y percibido por prestaciones sanitarias para proyectos ubicados fuera del radio operacional de la concesión*”; y se aplique a ANSM una multa de 12.000 UTA, o la que este Tribunal estime conforme a derecho, con costas;

**Cuadragésimo.** Que, por su parte, la Fiscalía Nacional Económica presentó a fojas 287 un requerimiento en contra de las empresas concesionarias de servicios sanitarios Aguas Andinas S.A., Aguas Nuevas Sur Maule, ESSBIO, y ESSAL, por conductas que configurarían abusos de posición dominante que impiden, restringen y entorpecen la libre competencia, en la forma que se detalla en los puntos 3.1 a 3.7 de la parte expositiva de esta sentencia. Las peticiones concretas que somete la Fiscalía a la decisión de este Tribunal son las siguientes: a) declarar que las requeridas se encuentran incurriendo en las conductas contrarias a la libre competencia que se han descrito en lo expositivo, las que -según la FNE- configuran una explotación abusiva de sus respectivas posiciones de dominio en el mercado relevante de prestación de servicios de agua potable y alcantarillado, en las zonas próximas a sus correspondientes áreas de concesión; b) sancionar a las requeridas, imponiéndoles multas por 65.000 UTM a ESSBIO, 44.000 UTM a ANSM, 48.000 UTM a ESSAL, y 50.000 UTM a Aguas Andinas, o las que este Tribunal se sirva fijar; c) ordenar a las requeridas que cesen toda conducta que implique la explotación abusiva de su posición dominante, tanto de manera directa como por medio de empresas coligadas, al momento de suscribir contratos de ampliación del territorio operacional o destinados a abastecer zonas rurales; y, d) condenar en costas a las requeridas;

**Cuadragésimo primero.** Que, según se indicó en la parte expositiva de esta sentencia, la demandada y requerida, Aguas Nuevo Sur Maule, y las requeridas Aguas Andinas S.A., Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío ESSBIO y Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos ESSAL, contestaron, respectivamente, su demanda y sus requerimientos, solicitando el rechazo de los mismos. A continuación se sintetizan los argumentos comunes planteados por estas empresas, así como las defensas específicas de cada una de ellas;

**Cuadragésimo segundo.** Que, en primer término y en relación con los argumentos comunes planteados por las requeridas, éstas estiman que la definición de mercado relevante efectuada por la Fiscalía Nacional Económica presenta fallas conceptuales, ya que es irrelevante para su delimitación geográfica

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

el criterio indefinido de “proximidad”. Se trataría, según la demandada y requeridas, de un mercado desafiante, sin barreras a la entrada, en el que las economías de escala y de red serían poco relevantes pues no se producen en todos los segmentos del servicio y dependen del tipo de fuente hídrica y del tipo de tratamiento que se haya definido para cada proyecto. Además, alegan que existe la posibilidad de interconectar los servicios de producción, agua potable y tratamiento, por separado y a precios regulados; y que la oferta de servicios sanitarios es proveída tanto por empresas concesionarias (dos o más por región), como por los denominados “servicios particulares”, y comités de agua potable rural (APR);

**Cuadragésimo tercero.** Que otra de las afirmaciones contenida en las defensas de la demandada y de las requeridas, es que las participaciones de mercado en servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión son bajas, tanto en número de loteos como en número de clientes, lo que no permitiría calificarlas como empresas dominantes. Las tarifas reguladas no reconocen costos por prestación de servicios fuera de las áreas de concesión. Sin embargo, señalan que han mantenido políticas de cobro de tarifas a usuarios finales iguales, tanto en áreas concesionadas como fuera de ellas. Agregan que los conceptos para cálculos de costos por interconexión dentro y fuera del área de concesión no son comparables, y que los parámetros usados corresponden a costos reales, son razonables, objetivos, y tienen justificación económica y jurídica. Asimismo, dichos cálculos consideran las inversiones necesarias para la expansión de la red, bajos consumos promedio y alta morosidad, según indican experiencias anteriores. Por lo mismo, se establecen tasas de descuento según el riesgo del proyecto:

**Cuadragésimo cuarto.** Que, en seguida, también como argumentos en común, la demandada y las requeridas afirman que no es efectiva la acusación de discriminación entre usuarios dentro y fuera de las áreas concesionadas que efectúa la FNE en su contra, pues los costos de incorporar nuevos clientes son distintos en cada caso. No es posible configurar un abuso sólo comparando precios de interconexión cobrados dentro y fuera del área concesionada. Expresan que el requerimiento debe circunscribirse sólo a los contratos señalados por la FNE en los anexos de su libelo. Añaden que no existe intencionalidad en las supuestas conductas ilícitas, por lo que no concurren elementos de tipo infraccional. También señalan que las multas solicitadas son desproporcionadas respecto de los supuestos beneficios económicos, los que no serían considerables ya que la conducta no sería grave, ni son reincidentes;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Cuadragésimo quinto.** Que, prosiguiendo con las alegaciones o defensas comunes alegadas por la demandada y las requeridas en sus respectivas contestaciones, éstas exponen que los consumos reales han sido significativamente inferiores a los estimados por los urbanizadores y a los usados para evaluar proyectos por lo que, en consecuencia, sus ingresos por tarifas han sido menores a los proyectados. Por otra parte, afirman que han declarado oportunamente como aportes de terceros los AFNR recibidos y que, en la mayoría de los casos analizados por la FNE, corresponde hacerlo en el próximo proceso tarifario. Argumentan, luego, que las modificaciones legales propuestas por la FNE son innecesarias, que las autoridades sectoriales ya cuentan con facultades suficientes, y que las han aplicado cuando existen razones justificadas. Señalan que recientes modificaciones legales sobre estas materias (adoptadas en 1998 y 2005), establecen regímenes especiales para loteos de viviendas sociales. En resumen, afirman que se generarían incentivos perversos a los urbanizadores para presionar por la expansión de zonas urbanas, al no internalizar completamente los costos de estas expansiones, lo que eliminaría toda posibilidad de competencia respecto de áreas urbanas no concesionadas;

**Cuadragésimo sexto.** Que, dicho lo anterior, corresponde detallar a continuación las alegaciones o defensas específicas formuladas por la demandada y por cada una de las requeridas;

**Cuadragésimo séptimo.** Que, en primer término, tanto la demandada ANSM como ESSBIO argumentan que, respecto de los contratos por prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, en algunos casos los cobros han sido superiores y en otros inferiores al que correspondería en áreas concesionadas; ello por cuanto los conceptos de cálculos de costos reales no son comparables directamente. Se refieren luego a la acusación que formula la FNE respecto de los factores de incobrabilidad, de “nuevo consumo” y de las tasas de descuento usadas, que dicho Servicio califica de infundados, en circunstancias que éstos se justifican por datos objetivos. Además, argumentan que la influencia que la FNE atribuye al parámetro de valor de viviendas dentro del “modelo de costos” sesgaría al alza las proyecciones de ingresos. Concluyen que, si se requiere un marco general para servicios en zonas rurales, no procede que se decida en un proceso sancionatorio, como es el de autos, sino que por medio de instrucciones generales que deben someterse al procedimiento del artículo 31 del DL. 211;



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Cuadragésimo octavo.** Que, a su vez, Aguas Andinas formula consideraciones adicionales, señalando que el mercado relevante es el que corresponde a la “*entrega de factibilidad para servicios sanitarios en zonas de influencia con costos medios homogéneos*”. Cada terreno que requiere factibilidad es un mercado geográfico único. Estima que un modelo de evaluación con parámetros predefinidos y conocidos previene cualquier posible abuso, y que los que se han utilizado representan la mejor estimación con la información disponible. Según Aguas Andinas, las imperfecciones del modelo jugarían a favor o en contra de las empresas de servicios sanitarios, así que si el modelo se basa en costos y no en la disponibilidad a pagar del urbanizador, conceptualmente no podría ser calificado como abusivo;

**Cuadragésimo noveno.** Que, por su parte, ESSAL afirma que los cobros impugnados en el requerimiento sólo son la legítima contraprestación a los costos, renuncias, obligaciones y servicios en que incurre dicha empresa al comprometer la factibilización sanitaria de un predio. Señala que opera en una zona con abundancia de recursos hídricos, tanto superficiales como subterráneos, y con pequeños centros urbanos no interconectados entre sí. Señala que, en esa zona, empresas sanitarias más pequeñas han logrado adjudicarse concesiones en procesos competitivos, en desmedro de empresas mayores con concesiones cercanas, y que incluso ESSAL ha participado en licitaciones en áreas alejadas de sus concesiones. En relación con el mercado relevante, estima que éste corresponde en cada caso a los servicios de factibilización sanitaria del predio que lo requiera. Si existiese posición dominante, considera que ésta corresponde a los urbanizadores. Añade ESSAL que ha formulado cobros a inmobiliarias sólo en dos de los casos en zona rural y en cuatro de los de zona urbana que se mencionan en el requerimiento, lo que representa un mínimo porcentaje dentro del total de los proyectos implementados en la zona. Hace presente que los prestadores sanitarios en zonas rurales no gozan de las franquicias que entrega la LGSS a los concesionarios para ocupar gratuitamente bienes nacionales de uso público ni para imponer servidumbres legales, ya que deben obtener permisos y pagar derechos a quien corresponda para utilizar esos bienes;

**Quincuagésimo.** Que, por último, ESSAL argumenta que sólo son sancionables aquellas explotaciones de una posición dominante que sean abusivas y que, adicionalmente, afecten la libre competencia. Según afirma, ninguna de estas premisas se cumpliría en el requerimiento de autos y, en todo caso, la carga de la prueba recae íntegramente sobre la FNE, en todos los aspectos constitutivos del ilícito imputado;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**En cuanto a la solicitud de imposición de medidas correctivas y de proposiciones de modificación de normas legales y reglamentarias:**

**Quincuagésimo primero.** Que Constructora Independencia solicita asimismo en su demanda que, constatada la posición dominante de ANSM y los abusos descritos precedentemente, se ordene a dicha empresa sanitaria *“aplicar a las prestaciones de servicios sanitarios que preste en el futuro, y que se refieren a proyectos habitacionales ubicados fuera del territorio operacional de la concesión, un modelo de cobro conocido por los contratantes, con parámetros reales, serios, objetivos y justificados, conocidos por todas las partes. En particular, que la tasa de descuento no pueda superar arbitrariamente a la tasa de costo de capital determinada en el proceso de fijación tarifaria”*, aplicándose las demás medidas que apunten a los propósitos indicados y que este Tribunal determine conforme a sus facultades;

**Quincuagésimo segundo.** Que, igualmente, la FNE solicita en su requerimiento (a) *“declarar que, para los efectos del artículo 12 A del DFL N° 70, los servicios que prestan las empresas de servicios sanitarias a los urbanizadores en las zonas próximas a sus áreas de concesión, donde existan economías de escala no replicables y que implican un menor costo para el usuario final, se prestan en condiciones monopólicas, y que, en consecuencia, la Superintendencia de Servicios Sanitarios deberá aplicar el régimen tarifario correspondiente a dichos servicios”*; (b) *“solicitar al Gobierno el patrocinio de una modificación legal que confiera a la SISS facultades para exigir al concesionario la ampliación de su territorio a áreas urbanas que, en su opinión fundada técnica y económicamente, sea menester incorporar en los casos en que existan economías de escala no replicables y que implican un menor costo para el usuario final. La licitación de la concesión de un área urbana que no cuenta con servicios sanitarios solo debería aplicarse excepcionalmente, en casos en donde exista evidencia del interés de dos o más postulantes por dicha área”*; (c) *“instar a la SISS para que, cuando deba convocar a licitaciones, proceda a fijar las tarifas de interconexión obligatorias para dichas concesiones”*; (d) respecto de *“zonas rurales próximas al área de concesión, ordenar a las requeridas que establezcan un marco general, con las condiciones de prestación del servicio razonables y fundamentadas, emuladoras de un mercado competitivo, tanto en lo relacionado con la aplicación de tarifas y los plazos en que las empresas sanitarias aceptan definitivamente proveer los servicios, como en cuanto a los aportes que deban efectuar los urbanizadores a dichas empresas”*, todo ello aprobado por este Tribunal; y (e) *“solicitar al Supremo Gobierno el patrocinio de una modificación legal al sistema de aplicación de los*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*Aportes de Financiamiento Reembolsable, derogando tal mecanismo, o en subsidio introduciendo reformas destinadas a impedir abusos en esta materia, en los términos que el H. Tribunal determine”;*

**Quincuagésimo tercero.** Que, a fojas 616, la Cámara Chilena de la Construcción, asociación gremial que agrupa a las empresas constructoras, se hizo parte en este juicio como tercero coadyuvante, adhiriendo al requerimiento con los argumentos señalados en el punto 4 de la parte expositiva de esta sentencia. Coincide con la Fiscalía en cuanto solicita: a) se declare las condiciones monopólicas en que se prestan servicios sanitarios en zonas próximas a áreas de concesión, correspondiendo aplicar regulación tarifaria a los mismos; b) recomendar modificaciones legales en materia de expansión de áreas de concesión, de fijación de tarifas de interconexión obligatorias en caso de licitar áreas de concesión y de Aportes de Financiamiento Reembolsables; y, c) ordenar a las empresas de servicios sanitarios establecer un marco general de condiciones de prestación de servicios en zonas rurales cercanas a sus áreas de concesión;

**Quincuagésimo cuarto.** Que las requeridas sostienen, en síntesis, que no es posible dar un mismo tratamiento tarifario dentro y fuera de las áreas concesionadas. La fijación de tarifas es una solución excepcional que no podría aplicarse en términos indeterminados como solicita la FNE. Aun más, afirman que la fijación de tarifas de interconexión previa a una licitación infringe el texto legal expreso del artículo 47 de la LGSS y que sería innecesaria, pues la interconexión es libre y voluntaria, salvo causales legales. Respecto del sistema de AFR, estiman que, si bien puede ser perfeccionado, no debe ser eliminado sin considerar los efectos que se producirían en todo el sistema, pues implicaría un subsidio a los urbanizadores, y nada asegura que sea traspasado a los precios de las viviendas. Agregan que las empresas de servicios sanitarios no están obligadas a recomprar pagarés emitidos por reembolso de AFR y que, si no lo hicieran, éstos serían aún menos líquidos. Hacen presente que han suscrito convenios con la Cámara Chilena de la Construcción que mitigarían los problemas de este sistema;

**Quincuagésimo quinto.** Que, a su vez, Aguas Andinas concluye que la propuesta normativa de la FNE impone la obligación de venta a las empresas de servicios sanitarios, lo que las fuerza a invertir en proyectos fuera del área de concesión y así también incrementaría los costos de los urbanizadores, por lo que no se reduciría el supuesto perjuicio a los compradores de viviendas. Indica que, junto con la CCHC, han elaborado un sistema de evaluación de proyectos que

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

recoge el modelo usado por Aguas Andinas, aunque existen materias en que no se ha alcanzado acuerdo. Finalmente expresa que sólo ha recomprado pagarés emitidos por concepto de AFR después de que la CCHC se lo solicitó;

**Quincuagésimo sexto.** Que, por su parte, ESSAL agrega que las licitaciones garantizan la libre concurrencia de otros posibles interesados y competencia por la cancha, por lo que resulta entonces contradictoria la solicitud de la FNE en el sentido de preferir ampliaciones forzadas;

**Quincuagésimo séptimo.** Que, finalmente, a fojas 678, la Asociación Nacional de Empresas Sanitarias (ANDESS) se hizo parte como tercero coadyuvante de las requeridas, argumentando que las modificaciones a la regulación vigente solicitadas por la demandante Constructora Independencia y la FNE afectan también a todas las empresas sanitarias no requeridas y a la industria en su conjunto;

**Quincuagésimo octavo.** Que una vez establecidas las alegaciones y defensas de las partes en esta causa, este Tribunal analizará a continuación cuál es el mercado relevante en el que operan la demandada y las requeridas, a cuyo efecto discurrirá tanto sobre la base de las argumentaciones de las partes como de la prueba rendida en autos. A este respecto, tanto en lo expositivo de este fallo como en las consideraciones precedentes se ha hecho referencia a los distintos criterios propuestos tanto por la FNE como por otras partes de este juicio. Una vez definido el mercado relevante, se analizará si existe o no posición dominante respecto de cada empresa requerida en el mercado relevante delimitado, y si de la evidencia aportada en la causa es posible acreditar la existencia de abusos de tal posición dominante;

**Quincuagésimo noveno.** Que, finalizado el análisis anteriormente descrito, se estudiarán las condiciones de mercado existentes y la pertinencia de disponer medidas correctivas, así como de recomendar modificaciones a normas legales o reglamentarias, como ha sido solicitado por Constructora Independencia, la FNE y la Cámara Chilena de la Construcción;

**En cuanto a la descripción del mercado:**

**Sexagésimo.** Que, así las cosas, con el objeto de establecer si las conductas denunciadas infringen o no la libre competencia, se debe en primer lugar caracterizar la industria de servicios sanitarios y determinar el mercado relevante;

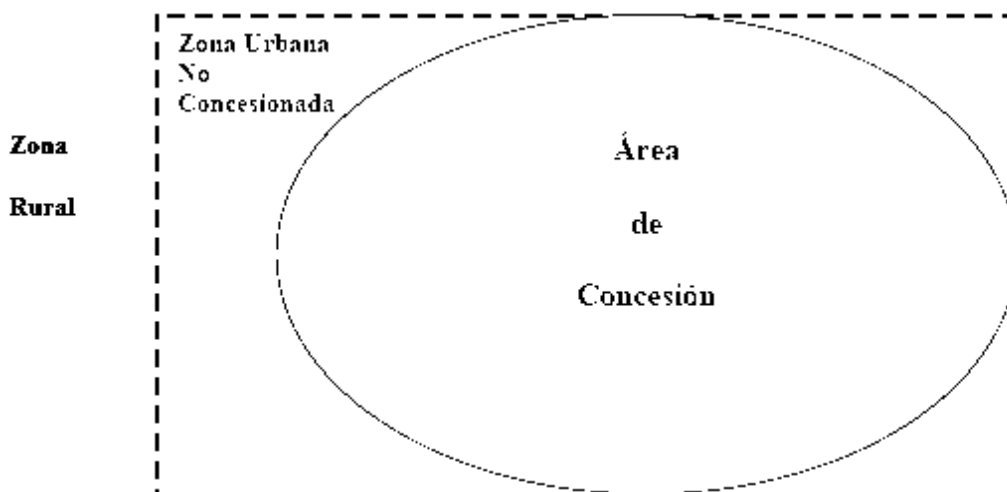
**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Sexagésimo primero.** Que, según el artículo 3° de la Ley General de Servicios Sanitarios (D.F.L. N° 382, también LGSS) los servicios sanitarios se dividen en a) producción de agua potable, b) distribución de la misma, c) recolección de aguas servidas y d) disposición de éstas. La producción de agua potable consiste en el tratamiento de agua cruda para su posterior distribución, proceso mediante el cual se conduce el agua producida hasta el inmueble del usuario. Por su parte, la recolección y tratamiento de aguas servidas se refiere a la conducción de éstas desde el inmueble hasta la entrega para su disposición de acuerdo a las condiciones establecidas por el regulador;

**Sexagésimo segundo.** 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 red existentes. Así, el servicio entregado por estas empresas es tarifado por el regulador conforme al procedimiento conocido como “de empresa modelo eficiente”. Además, estas empresas deben cumplir con ciertas obligaciones, como la de prestar servicios a quien se lo requiera (dentro de su T.O.), y mantener condiciones de continuidad y calidad en el área de la concesión respectiva, entre otras;

**Sexagésimo tercero.** Que las concesiones de servicios sanitarios mencionadas precedentemente sólo se refieren a zonas urbanas, como se aprecia en el siguiente cuadro:

**Cuadro N° 1: División del territorio según el régimen establecido en la Ley General de Servicios Sanitarios**



Fuente: FNE a fojas 287;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Sexagésimo cuarto.** Que es importante señalar que, en los territorios urbanos que están fuera del área de concesión, las empresas sanitarias no pueden prestar sus servicios a menos que obtengan la correspondiente ampliación de concesión. Esto contrasta con los sectores rurales, en donde la prestación de servicios sanitarios es absolutamente facultativa y donde existe un régimen de libertad tarifaria;

**Sexagésimo quinto.** Que en las zonas urbanas ubicadas fuera del área de concesión, la prestación de servicios sanitarios está condicionada por el procedimiento del Capítulo II del D.F.L. N° 382 que, en síntesis, estipula que una empresa sanitaria puede solicitar una ampliación de su zona de concesión, la que, mediante el procedimiento de licitación establecido en la misma norma, le será otorgada al solicitante o a aquella otra empresa interesada que presente al Ministerio de Obras Públicas una propuesta técnica-económica mejor a la del solicitante;

**Sexagésimo sexto.** Que, respecto de las zonas rurales, el artículo 52 bis del D.F.L. N° 382 establece que las empresas sanitarias pueden proveer servicios en ellas, con la condición de no afectar las exigencias de calidad y continuidad en su área de concesión. En estas zonas existen además otros prestadores de servicios sanitarios, denominados Comités y/o Cooperativas de Agua Potable Rural (APR), cuya fiscalización depende de los servicios de Salud. Los APR son un sistema de servicios autogestionados, cuya infraestructura es financiada por el Ministerio de Obras Públicas, y cuyas tarifas no están reguladas;

**Sexagésimo séptimo.** Que, por último, cabe constatar que existen otras alternativas para la prestación de servicios sanitarios en las áreas rurales, denominadas “soluciones particulares”, que consisten en un sistema conformado por un conjunto de operaciones unitarias destinadas a prestar servicios de agua potable y/o aguas servidas domésticas, a dos o más viviendas en áreas rurales sin cobertura sanitaria. Este sistema generalmente es operado por empresas inmobiliarias que, como complemento a sus actividades, deciden proveer los servicios de distribución de agua potable y de alcantarillado a los loteos y viviendas, sin estar sometidas a regulación tarifaria (fojas 209 y 717);

**Sexagésimo octavo.** Que, en síntesis, si una empresa necesita proveer de servicios a un proyecto inmobiliario que se encuentra en una zona urbana concesionada, debe solicitar un certificado de factibilidad a la ESS concesionaria y, en caso que se requiera, suscribir con ésta un “Contrato de Aportes Financieros Reembolsables”, esto es, financiar el incremento de capacidad de la

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

infraestructura sanitaria necesario para proveer el servicio al correspondiente proyecto, recibiendo a cambio un pagaré emitido por la ESS, u otra de las alternativas de reembolso contempladas en el artículo 18 de la DFL N° 70, Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios (también LTSS). Si el proyecto se ubica en una zona urbana no concesionada, puede celebrar un “Contrato de Ampliación de Territorio Operacional” u otra modalidad de acuerdo, con la ESS colindante o con otra empresa sanitaria, para que éstas a su vez soliciten a la SISS se les asigne la concesión de dicha área. Una vez entregada la concesión, la provisión de servicios sanitarios se rige por los criterios señalados precedentemente. Finalmente, si el proyecto inmobiliario se encuentra en una zona rural, puede celebrar un “Contrato de Suministro de Servicios Sanitarios” con una empresa sanitaria (denominado “52 bis”, en referencia al artículo pertinente de la LGSS), solicitar el servicio a un APR, o desarrollar una “solución particular”;

**Sexagésimo noveno.** Que, por otra parte, una empresa sanitaria puede contratar con otra la provisión de uno o más servicios sanitarios (generalmente producción de agua potable o tratamiento de aguas servidas) mediante los denominados “contratos de interconexión”. De esta forma, una empresa pequeña puede contratar dichos servicios a un costo menor –por las economías de escala que presentan las ESS más grandes- que el que le significaría proveerlos por sí misma;

**Respecto del mercado relevante:**

**Septuagésimo.** Que de la descripción de la industria desarrollada precedentemente sólo es posible, a juicio de este Tribunal, establecer como mercado relevante de producto para los efectos de esta causa el de la provisión de servicios sanitarios de calidad suficiente para cumplir con las normas de urbanización de un proyecto inmobiliario; servicios que, desde el punto de vista de la oferta, pueden ser proveídos por empresas sanitarias, por “soluciones particulares” o por APR. Lo anterior, toda vez que esta definición es la única que permite abarcar todos los aspectos de los servicios que prestan las ESS sin excluir sus sustitutos, sean éstos próximos o más lejanos o imperfectos;

**Septuagésimo primero.** Que, así las cosas, y ahora en cuanto al mercado geográfico relevante, de la información acompañada en autos a fojas 5457, 5365 y 4781, es posible constatar que en la VIª región el número de APR alcanza a los 203; que en la VIIª Región hay un total de 258 APR y 81 “soluciones particulares”; que en la VIIIª Región hay 165 APR; que en la región Metropolitana hay un total de 99 APR y 202 “soluciones particulares”; y que en la Xª Región operan 174

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

sistemas de APR. Según lo expresado en el informe de la Dirección de Obras Hidráulicas que rola a fojas 5120, en Chile hay un total de 1480 sistemas de agua potable rural;

**Septuagésimo segundo.** Que, en consecuencia, la dimensión geográfica del mercado queda determinada por la ubicación del proyecto inmobiliario que requiera de dichos servicios. Si se encuentra en una zona urbana concesionada, sólo puede ser abastecido por la respectiva ESS concesionaria; mientras que, si se ubica en áreas rurales, los potenciales oferentes de un proyecto dado serán (a) las empresas sanitarias (que prestan servicios incluso en regiones distintas a aquéllas donde tienen concesión), (b) las soluciones particulares (que por sus características de instalaciones aisladas pueden instalarse también en cualquier lugar) y (c) los APR colindantes, si existiesen (pues, por su naturaleza asociativa y su condición de organizaciones sin fines de lucro, no proveen servicios en áreas más alejadas), o aquéllos que pudieren constituirse al efecto. Respecto de proyectos ubicados en áreas urbanas no concesionadas, debe solicitarse y asignarse previamente la respectiva nueva concesión, mediante el procedimiento de licitación establecido en el Título II de la LGSS;

**En cuanto a las barreras a la entrada:**

**Septuagésimo tercero.** Que, así establecido el mercado relevante, es preciso identificar ahora si existen o no en ese mercado barreras a la entrada de nuevos competidores. Para tal propósito, es necesario conocer la estructura de costos de las empresas sanitarias, a fin de estudiar las ventajas que, en opinión de los demandantes, constituirían barreras a otras empresas para abastecer los proyectos en discusión, y que en consecuencia les permitirían cometer abusos por gozar de una posición dominante en el mercado;

**Septuagésimo cuarto.** Que, en relación con los costos, la FNE argumenta a fojas 287 que las empresas sanitarias son un monopolio natural, ya que gozan de economías de densidad, de ámbito y de escala, éstas últimas debido a los altos costos fijos –y hundidos -necesarios para abastecer un área de concesión;

**Septuagésimo quinto.** Que este Tribunal es de la opinión que las economías de densidad son -en su gran mayoría- locales. Es decir, que son aprovechables por cualquier empresa que entregue en forma exclusiva facilidades sanitarias a un determinado proyecto, por lo que no pueden ser consideradas una barrera a la entrada para empresas sanitarias distintas a la titular de la concesión más cercana en la competencia por proveer ese proyecto;



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Septuagésimo sexto.** Que, sin embargo, con respecto a las economías de escala y de ámbito, éstas sí serían importantes, ya que las condiciones que deben verificarse para que una empresa multiproducto sea un monopolio natural son, tal como lo ha definido la doctrina -desde Baumol, W. (1977) (*“On the Proper Cost Tests for Natural Monopoly in a Multiproduct Industry”*. American Economic Review, Vol. 67, N°5) en adelante- por un lado, que la función de costos de dicha empresa presente economías de ámbito y, por otro, que la producción de al menos uno de sus productos se caracterice por poseer economías de escala en un tramo de producción relevante. En términos sencillos, esto significa que la empresa reduce sus costos totales al proveer sus diferentes productos en conjunto y que, además, el costo medio de proveer al menos uno de sus productos por separado, disminuye a medida que aumenta la escala de producción;

**Septuagésimo séptimo.** Que, por lo tanto, para que una empresa sanitaria tenga ventajas para convertirse en proveedora en zonas cercanas a su área de concesión, es necesario que la empresa goce de economías de ámbito y que además pueda extender, fuera del área de concesión, las economías de escala de al menos uno de los servicios que provee. Si se cumplen estas condiciones, las empresas sanitarias pueden extender su monopolio natural fuera del área de monopolio legal;

**Septuagésimo octavo.** Que así, con respecto a las economías de ámbito, en el informe de fojas 2712, presentado por ANSM y ESSBIO, las mismas empresas sanitarias reconocen que en esta industria tales economías surgen por el ahorro de costos de coordinación, administración y ventas, por lo que la situación óptima es la de proveer los cuatro servicios que entregan las empresas sanitarias. Al respecto, resulta adecuado estimar que, para las empresas requeridas, resulta eficiente proveer estos servicios conjuntamente, ya que éstas poseen concesiones tanto para producir y distribuir agua potable como para recolectar y tratar aguas servidas;

**Septuagésimo noveno.** Que, en relación con las economías de escala, las empresas requeridas sostienen que éstas no son relevantes, ya que se agotan rápidamente o simplemente no existen. Sin embargo, Aguas Andinas explica a fojas 694 que la producción y la distribución de agua potable no cuentan con grandes economías de escala, pero que, por el contrario, la recolección y el tratamiento de aguas servidas cuentan con economías de escala que no se agotarían hasta los 10.000 consumidores. Por su parte, en el informe de fojas 2712, ya citado, se estima una regresión con datos de ESSBIO y se encuentra que

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

existen fuertes economías de escala tanto para la producción de agua potable como para el tratamiento de aguas servidas, las que se agotarían, según el informe, al abastecer 8.000 y 10.000 clientes, respectivamente;

**Octogésimo.** Que en el mismo sentido apuntan las declaraciones de los testigos don Sergio Espinoza, asesor de la Subdere (fs.4219), don Gonzalo León (fs. 5178), don Juan Ignacio Almarza, informante de ANSM (fs. 5393 bis 11), don Gabriel Bitrán, informante de Aguas Andinas (fs. 5707 bis 11), así como lo manifestado en la absolucón de posiciones de don José Luis Arraño, gerente general de ANSM (fs. 3636), y lo expresado por la SISS en su oficio de fojas 273. En opinión de este Tribunal, de la prueba rendida, apreciada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es posible concluir que existen importantes economías de escala que son aprovechadas por las ESS tanto dentro de su T.O. como en zonas adyacentes a éste; economías que, por lo expresado en las consideraciones precedentes, pueden constituir barreras de entrada para eventuales competidores en dichas zonas;

**Octogésimo primero.** Que, por lo tanto, a juicio de este Tribunal, existen 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. Lo anterior porque, a medida que aumenta la distancia respecto del T.O., se comienzan a ver compensados los ahorros por economías de escala y de ámbito, a causa del aumento de los costos de transporte en los que debe incurrir la empresa sanitaria incumbente para ofrecer sus servicios;

**Respecto de la existencia de posición de dominio por parte de las requeridas:**

**Octogésimo segundo.** Que así establecida la existencia de barreras a la entrada en el mercado relevante, corresponde analizar los oferentes sustitutos que compiten con las ESS, para establecer si las requeridas tienen o no posición dominante en dicho mercado, respecto de cada uno de los casos identificados en la demanda y requerimiento;

**Octogésimo tercero.** Que, en ese orden de cosas, este Tribunal estima, en primer término, que los APR de las regiones VIª VIIª VIIIª, Xª y Metropolitana no pueden ser considerados como sustitutos disciplinadores desde el punto de vista de la oferta, pues carecen de autonomía suficiente, al estar sujetos a la supervisión técnica y económica de las ESS requeridas, de acuerdo con los

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

contratos suscritos entre éstas y el MOP, tal como informa la Dirección de Obras Hidráulicas de dicho Ministerio, a fojas 5123, y la declaración de don Reinaldo Patricio Fuentealba a fojas 3534;

**Octogésimo cuarto.** Que, además, los APR en general carecen de capacidad de infraestructura y de gestión para proveer servicios sanitarios en áreas alejadas de su zona de operación, o a proyectos de urbanización de gran tamaño. Es interesante notar que, a fojas 5126, la Dirección de Obras Hidráulicas sostiene que un sistema de APR no tendría la capacidad para abastecer de servicios sanitarios a loteos como Don Sebastián 1 y 2 de Teno. Agrega que el sistema más cercano a estos loteos posee sólo 97 arranques y que ya presenta problemas de capacidad. De igual manera, don Reinaldo Patricio Fuentealba sostiene, a fojas 3537, que aproximadamente un 90% de los APR tienen menos de 350 arranques;

**Octogésimo quinto.** Que, por otro lado, tanto los APR como las “soluciones particulares”, por sus características de capacidad (mini-sistemas aislados) sólo pueden ser sustitutos con capacidad de disciplinar a la ESS en aquellos lugares en que ésta última no pueda aprovechar ningún tipo de economía de escala ni de ámbito;

**Octogésimo sexto.** Que, en consecuencia, en términos generales, una empresa sanitaria posee poder de mercado en aquellas áreas donde presenta economías de escala y de ámbito no reproducibles, y su límite de extensión es aquél en que las economías de escala se ven completamente compensadas por los costos de extensión de sus redes. Esta distancia será variable en cada área de concesión en función de, por ejemplo, las características topográficas y de demanda;

**Octogésimo séptimo.** Que, para el caso de las requeridas y en relación con los correspondientes proyectos inmobiliarios materia de esta sentencia, de todo lo anterior este Tribunal concluye que éstas poseen poder de mercado respecto de cada uno de estos proyectos, ya que todos ellos son colindantes con sus respectivas áreas de concesión o con otros proyectos ya abastecidos por dichas empresas donde, como se ha acreditado, éstas cuentan con significativas economías de escala;

**En cuanto al análisis de las conductas contrarias a la libre competencia que habrían cometido las requeridas:**

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Octogésimo octavo.** Que una vez establecida la posición dominante de las requeridas en el mercado relevante, corresponde a este Tribunal determinar la efectividad de que las empresas requeridas hayan incurrido en las conductas imputadas, para luego calificar si éstas son o no contrarias a la libre competencia;

**Octogésimo noveno.** Que, para entender mejor el análisis que se realizará en las siguientes secciones, es importante dilucidar cuáles serían las razones por las que las ESS cobran a las empresas constructoras o a los desarrolladores inmobiliarios por proveer servicios de agua potable y alcantarillado en zonas rurales. En principio, los costos de la ESS deberían ser cubiertos por las tarifas que dicha empresa cobrará al consumidor final, y el constructor no debería pagar nada adicional a la ESS. Así, si los costos de servir un loteo fueran mayores a los que corresponden a las áreas reguladas, la ESS podría subir las tarifas a consumidor final para ese loteo, y el constructor seguiría sin enfrentar costos. Sin embargo, en la práctica, las ESS optan por no incrementar las tarifas a los usuarios finales, cobrándoles los mismos montos que las tarifas reguladas correspondientes al territorio operacional más cercano;

**Nonagésimo.** Que, adicionalmente, las tarifas reguladas, denominadas “tarifa grupo”, son en realidad un promedio de las tarifas de autofinanciamiento – esto es, aquéllas que cubren el total de los costos– de distintas localidades servidas por una misma ESS, agrupadas según sus características de demanda. Así, la tarifa regulada conlleva un subsidio cruzado entre localidades que representan distintos costos de producción para la ESS. Sin embargo, tal subsidio cruzado beneficia sólo a los consumidores que se encuentran dentro de las áreas concesionadas más costosas de servir, dentro del mismo grupo tarifario. Así, si los costos de abastecer un nuevo proyecto ubicado en un área rural son mayores a la tarifa regulada promedio (tarifa grupo) de la concesión más cercana, y la ESS decide no cobrar una tarifa distinta a los clientes del nuevo proyecto en área rural, correspondería que esa diferencia sea pagada por la empresa urbanizadora;

**Nonagésimo primero.** Que, además, cabe precisar que todos los costos que surgen fruto de la distancia que exista entre el desarrollo inmobiliario y el punto de interconexión con la infraestructura de la ESS, son pagados por la empresa constructora. Por lo tanto, esas “obras de extensión” no tienen ninguna incidencia en los cobros que se analizarán en las próximas secciones;

**En cuanto al uso de parámetros Injustificados por parte de algunas de las requeridas:**

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Nonagésimo segundo.** Que tanto la demanda como el requerimiento plantean que los cobros realizados por ANSM, ESSBIO, Aguas Andinas y ESSAL se sustentarían en criterios o factores injustificados y, en ese sentido, abusivos. El requerimiento, específicamente, se refiere a: (i) el denominado “factor nuevo consumo” en el caso de ANSM y ESSBIO; (ii) a cargos excesivos por “morosidad e incobrabilidad”, respecto de todas las requeridas; y, (iii) el uso de una tasa de descuento injustificadamente alta, en los casos de Aguas Andinas, ANSM y ESSBIO;

**Nonagésimo tercero.** Que es importante aclarar, respecto de las empresas ANSM y ESSBIO, que en los contratos de factibilidad aportados a esta causa a fojas 2066, 8807 y 1194, en los cuales se fijan las condiciones de contratación entre estas requeridas y las empresas constructoras, no se nombran los factores calificados como injustificados por la FNE, y que sólo se registra en ellos el cobro total por dar la prestación de servicios sanitarios en zonas rurales; cobro que es desglosado –pero no detallado– en los siguientes elementos: (i) revisión del proyecto, (ii) recepción de obra, (iii) estudio de no afectación del sistema urbano, (iv) diferencia tarifaria grupo, (v) aporte por capacidad, y (vi) gastos administrativos. La mención a dichos factores cuestionados por la FNE sólo surge durante el proceso de investigación de la FNE, en el que tanto ANSM como ESSBIO presentaron las planillas de cálculo de costos e ingresos que darían como resultado los cobros hechos a las empresas constructoras por proyectos ubicados fuera del territorio operacional. Relacionado con lo anterior, estas empresas sanitarias argumentan que no hay ganancia extranormal al servir a estos loteos, y que los cobros a las empresas constructoras sólo se deben a costos no cubiertos por las tarifas a consumidor final;

**Nonagésimo cuarto.** Que, al respecto, este Tribunal analizará, en primer lugar, la pertinencia de los elementos de cobro incluidos en las planillas presentadas por las empresas sanitarias, para luego estudiar si los parámetros impugnados por la FNE, y que fundamentan los cobros de las ESS a los desarrolladores inmobiliarios, representan un abuso de poder de mercado por parte de las requeridas;

**Nonagésimo quinto.** Que, en primer término, respecto del “factor nuevo consumo”, que tanto ANSM como ESSBIO incluyen en sus respectivas planillas como justificación del monto cobrado a las empresas constructoras por proyectos en áreas rurales, éstas señalaron -en el período de discusión- que dicho cobro se debe a que "*(U)n porcentaje relevante de los usuarios que se establecen en los*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*proyectos inmobiliarios que se emplazan fuera de la zona operacional y que han motivado el requerimiento de autos, corresponden a desplazamientos de actuales usuarios de la ESS a este nuevo emplazamiento, de modo tal que el consumo que aumenta en este nuevo proyecto, tiene como contrapartida una disminución del consumo dentro de la zona operacional";*

**Nonagésimo sexto.** Que, siguiendo tal explicación, ANSM y ESSBIO consideran que si el aumento de consumo debido al proyecto inmobiliario fuera del TO se ve totalmente compensado por una disminución equivalente en el consumo dentro del TO, la empresa constructora debería pagar por toda la inversión que requiere el proyecto. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, en ese caso la inversión adicional que requeriría el proyecto -de parte de la ESS- sería nula, pues la capacidad que antes se destinaba a ese consumo dentro del TO ahora sería utilizada por el consumo fuera del TO y, dado que todo el resto de la inversión para extensión y redes de distribución es siempre asumida por la constructora, a esta última no se le debería cobrar nada adicional. Por lo tanto, aritméticamente, no puede sino concluirse que resulta en un doble cargo para el constructor cobrarle lo que la ESS deja de ganar en el TO, por emigración de sus clientes, y al mismo tiempo cobrarle al constructor la totalidad de la inversión necesaria por la capacidad requerida para prestar servicios sanitarios al total de viviendas en el nuevo proyecto. En efecto, si fuera efectivo el argumento de las requeridas –esto es, si se asume que los consumidores en el nuevo proyecto localizado en el área rural son los mismos que antes estaban y consumían dentro del TO– no habría entonces ningún “nuevo consumo”;

**Nonagésimo séptimo.** Que, por otro lado, este Tribunal considera que el “factor de nuevo consumo” es completamente injustificado puesto que, incluso siguiendo el argumento de las requeridas de migración de consumidores desde dentro del TO hacia fuera de éste, no existiría disminución alguna de ingresos para la ESS, ya que esta empresa cobrará al consumidor final la misma tarifa, sea que se encuentre dentro o fuera del TO. Cabe precisar que parte de la tarifa cobrada al consumidor final tiene precisamente como objetivo financiar la capacidad instalada que se necesita para proveer los servicios sanitarios cubiertos por el cobro de dicha tarifa. Por otra parte, si estas empresas enfrentaran competencia efectiva para proveer servicios sanitarios a nuevos proyectos en zona rural, el límite superior a su cobro sería lo que están dispuestos a cobrar sus competidores, valor que naturalmente no incluiría ningún cobro por pérdida de ingresos dentro del TO de la empresa concesionaria más próxima, lo que reafirma

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

la conclusión de este Tribunal en cuanto a que ANSM y ESSBIO cuentan con poder de mercado en las zonas aledañas a su TO;

**Nonagésimo octavo.** Que, por último, y sólo a mayor abundamiento, si las ciudades están creciendo fuera del territorio operacional, ello presumiblemente se debe a un aumento poblacional, por lo que parece poco probable que un desarrollo inmobiliario fuera del territorio operacional implique una disminución en el consumo dentro del territorio operacional de la ESS;

**Nonagésimo noveno.** Que, posteriormente, ANSM y ESSBIO plantearon otra línea argumental, distinta y además contradictoria con la anterior, en los informes acompañados por estas empresas a fojas 2712 y 2732, así como en la declaración testimonial de su autor, don Ignacio Almarza (que rola a fojas 5415), quien postula que el cobro por “factor de nuevo consumo” se debería a que, en el caso que aumentase el consumo total provisto por la empresa sanitaria, fruto del consumo neto adicional a generarse por el nuevo proyecto inmobiliario, bajarían las tarifas calculadas en el siguiente proceso tarifario, dado que la función de demanda por servicios sanitarios tendría una elasticidad precio negativa (fojas 5417). Así, concluye este testigo, tal caída esperada en la tarifa futura debería considerarse como una pérdida de ingresos generada por el actual nuevo proyecto inmobiliario, siendo tal “pérdida” la que entonces daría origen al cobro por “factor de nuevo consumo” efectuado al desarrollador inmobiliario.

**Centésimo.** Que, respecto de dicha línea argumental, este Tribunal estima que la explicación ofrecida tampoco es una justificación aceptable para realizar un cobro adicional al desarrollador inmobiliario. Ello por cuanto, si efectivamente fuese válido que el nuevo proyecto inmobiliario generara un incremento neto en el nivel de consumo total de los servicios sanitarios ofrecidos por la empresa sanitaria concesionaria, la reducción de tarifas futuras ocurriría como resultado de las ganancias en economías de escala, y el correspondiente menor costo medio de proveer dichos servicios que tal aumento neto de consumo permitiría ahora alcanzar. En este caso, y siendo ésta la única situación posible en donde la futura tarifa debiera ser menor por concepto de un aumento en el nivel de consumo total de los servicios ofrecidos, no tiene justificación alguna que la empresa sanitaria imponga, por tal motivo, un cobro adicional al desarrollador inmobiliario. Dadas las economías de escala por alcanzarse, la menor tarifa futura no irrogaría pérdida alguna a la empresa sanitaria y no tendría, por lo tanto, justificación en relación con el costo relevante de oferta de los servicios sanitarios;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo primero.** Que, como se aprecia en la Tabla N° 1, el “factor nuevo consumo” considerado en las planillas de cálculo presentadas por ANSM y ESSBIO varía en un rango de 20% a 80%. Así, un “factor de nuevo consumo” de 20% significa que, del total de ingresos por tarifas pagadas por los clientes del nuevo desarrollo inmobiliario, sólo un 20% es aumento neto de ingresos, ya que el resto se compensaría por la reducción de consumo en el territorio operacional. Entonces, el uso de este parámetro implica que la ESS reduce la estimación de ingresos por tarifas a público considerada en la evaluación del proyecto, por lo que cobra al urbanizador un valor que, según estas ESS, permite cubrir dicha disminución de ingresos;

**Tabla N° 1: Factor Nuevo Consumo Utilizado por ANSM y ESSBIO**

Factor Nuevo Consumo	N° de Contratos por Empresa	
	ANSM	ESSBIO
20%	1	7
70%	24	5
80%	0	2

Fuente: Elaboración propia a partir de planillas acompañadas a fojas 1194.

**Centésimo segundo.** Que, en cuanto a la incidencia del “factor nuevo consumo” en los montos que ANSM y ESSBIO cobraron a las empresas constructoras, la prueba acompañada en autos permite establecer que ésta corresponde aproximadamente a un 38% en el caso de ANSM, y a un 51% respecto de ESSBIO. En otros términos, el uso de este parámetro significó ingresos injustificados por UF 21.946 a ANSM, y por UF 41.074 a ESSBIO, como se aprecia en las dos tablas siguientes, que sintetizan la información contenida en autos;

**TABLA N° 2: Incidencia del “Factor Nuevo Consumo” en los cobros efectuados por ANSM**

Contrato	Cobro Total del Contrato (UF)	Factor Nuevo Consumo Utilizado	Cobro Total sin Factor Nuevo Consumo (UF)	Diferencia
Hijuela Primera	2.680	70%	1.152,81	1.527,19
Doña Ignacia	3.418	70%	656,86	2.761,14
Santa Teresa	2.680	70%	1.179,66	1.500,34
Marsellesa	1.150	70%	116,54	1.033,46
Don Sebastián 2 de Rauco	1.129,9	70%	868,94	260,96
San Clemente	2.888	70%	1.177,50	1.710,50
Nuevo Amanecer	1.162,3	70%	769,64	392,66



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Don Sebastián 2 de Teno	5.977	70%	4.360,21	1.616,79
Galilea Curicó 2	8470,20	70%	7.454,34	1.015,86
Bombero Garrido 7	1877,82	70%	1.190,91	686,91
Las Rastras	9.072	20%	3.590,41	5.481,59
Retiro	594	70%	442,08	151,92
Casablanca	869,3	70%	593,50	275,80
Barrio Estación	2.193,7	70%	1.589,30	604,40
Don Sebastián de Romeral	1.667,7	70%	830,03	837,67
Villa Ilusión	1.716,1	70%	623,68	1.092,42
Puertas del Sur	4.476,6	70%	3.796,96	679,64
Brisas del Parque	4276,8	70%	4.205,00	72,23
Bombero Garrido 8	1.775,8	70%	1.531,42	244,34
Nota: No se incluyen los contratos en que ANSM no efectuó cobro al urbanizador			<b>UF</b>	<b>21.945,81</b>
			<b>\$</b>	<b>460.036.681,38</b>

Fuente: Elaboración propia en base a planillas acompañadas a fojas 1194.

**TABLA Nº 3: Incidencia del “Factor Nuevo Consumo” en los cobros efectuados por ESSBIO**

Contrato	Cobro Total con Parámetros (UF)	Cobro Total del Contrato (UF)	Factor Nuevo Consumo Utilizado	Cobro Total sin Nuevo Consumo (UF)	Diferencia
Compañía Andina del Sur**	415	367,9	20%	0,00	367,90
San Damián	581	471,6	20%	161,65	309,92
Sociedad Educativa la Cruz	644	651	20%	614,56	36,44
Los Troncos	3.071	3.000	20%	193,11	2.806,89
Los Canelos	22.704	22.238	20%	13346,00	8.892,00
Pingüeral	11.275	12.134	20%	2740,86	9.393,40
San Enrique*	1.557	1.753	80%	1217,47	535,28
Lo Elvira	1.457	1.451,8	80%	748,65	703,15
Los Naranjos	2.962	2.948	70%	1865,68	1.082,32
El Carmen	683	738,7	70%	597,41	141,27
Marcelo Rivano	4.639	4.611	70%	2392,00	2.219,00
Valle Hermoso	1.003	1.042	70%	746,84	295,16
Sevilla	17.837	17.816	70%	14569,87	3.245,93
Camino a Cato**	11.060	11.045	20%	0,00	11.045,00
				<b>UF</b>	<b>41.073,67</b>
				<b>\$</b>	<b>861.002.210</b>

\*Nota: En este contrato los datos no coinciden exactamente con lo que dice la planilla (pero el cobro es proporcional al número de casas efectivamente construidas).

\*\* Cuando el valor del “Cobro Total sin Nuevo Consumo” es negativo, se asumió como cero.

Fuente: Elaboración propia en base a planillas acompañadas a fojas 1194.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo tercero.** Que, en conclusión, este Tribunal considera que el “factor de nuevo consumo” aplicado por ANSM y ESSBIO no tiene ninguna justificación en costos, razón por la cual se resolverá imponer a ambas empresas multas por cobros injustificados y abusivos, haciendo lugar al requerimiento en esta materia, como se señalará en lo resolutivo de esta sentencia;

**Centésimo cuarto.** Que, por otro lado, la FNE acusa a las cuatro requeridas de incluir, en sus evaluaciones de proyecto, un parámetro injustificado y abusivo que representaría la “incobrabilidad y morosidad” de los futuros consumidores en cada proyecto inmobiliario. La FNE considera que este parámetro es injustificado y su monto abusivo, puesto que ya se encontraría incorporado en las tarifas reguladas vigentes para estas empresas, que son las mismas que en la práctica se aplican a los usuarios no regulados. Así, en opinión de la FNE, no correspondería realizar ajustes por morosidad, porque su existencia estaría completamente considerada en la tarifa que la ESS aplicará a esos consumidores, que es igual a la determinada en los correspondientes procesos tarifarios regulados;

**Centésimo quinto.** Que, respecto de Aguas Andinas, según lo declarado por dicha empresa en autos –a fojas 694 y 2986– y las planillas de cálculo acompañadas a fojas 1194 por la FNE, dicha empresa asume una incobrabilidad de 30% durante la totalidad del horizonte de la evaluación del proyecto, en el caso de las viviendas sociales, y de 0% respecto de todo otro desarrollo inmobiliario que no sea vivienda social. Justifica el uso de este parámetro argumentando, por un lado, que el porcentaje de incobrabilidad de 30% es real –lo que se demostraría en el “Informe de procedimientos convenidos”, acompañado por Aguas Andinas a fojas 2744– y, por otro, que para este tipo de viviendas no es posible cortar el servicio en caso de morosidad;

**Centésimo sexto.** Que la FNE contra argumenta, en el informe económico acompañado a fojas 3384 y en su escrito de observaciones a la prueba, a fojas 10127, que es inverosímil que no se realicen cortes de suministro en treinta y cinco años —que es el período de evaluación de la ESS para la fijación de los cobros— siendo que la ley faculta expresamente a ésta para hacerlo en caso de no pago. Por otro lado, la muestra a partir de la cual se calculó la tasa de incobrabilidad de 30% estaría sesgada, pues correspondería a casos extremos, de acuerdo a lo informado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en el Oficio Ord. Nº 1044, de abril de 2007, acompañado por la FNE a fojas 4379. Adicionalmente, debe tenerse presente que los habitantes de viviendas sociales son, en su mayoría, sujetos del subsidio de agua potable, el que incentiva a no permanecer

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

moroso en el tiempo, pues está diseñado de forma tal que el subsidio se pierde si el beneficiario cae en mora con la empresa sanitaria;

**Centésimo séptimo.** Que, a juicio de este Tribunal, este parámetro sólo podría justificar diferencias de cobros en el caso que las tasas de incobrabilidad y morosidad fuera del territorio operacional fueran mayores a las estimadas dentro de éste en el correspondiente proceso de tarificación. En ese caso, sólo debería cobrarse a la empresa constructora la diferencia entre ambas tasas de morosidad y de incobrabilidad. Por el contrario, si la ESS incluye este parámetro en su evaluación de proyecto en los loteos fuera de la TO y además cobra a los consumidores finales la tarifa resultante de la regulación tarifaria, estaría, al menos en parte, cobrando más de una vez por el mismo concepto o fuente de costo;

**Centésimo octavo.** Que, teniendo presente lo expuesto y la evidencia sobre este punto aportada a fojas 4379, este Tribunal estima que el supuesto de una tasa de incobrabilidad de 30% durante todo el horizonte de evaluación, para el caso de los proyectos de viviendas sociales, no se encuentra justificado en el caso de Aguas Andinas, particularmente atendido lo informado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, citado precedentemente;

**Centésimo noveno.** Que, en el caso de ANSM y ESSBIO, el castigo que se aplica por concepto de “morosidad e incobrabilidad” está en un rango de 0 a 70%. Es importante aclarar que un parámetro de 70% significa que, en cada período de cobro, un 70% de los clientes no paga su cuenta y que ésta, además, se transforma en incobrable. En la tabla siguiente se muestran los rangos del factor “incobrabilidad y morosidad” usados por las cuatro requeridas;

**Tabla 4: Factor de “Incobrabilidad y Morosidad” Utilizado por ANSM, ESSBIO y Aguas Andinas.**

Factor de Incobrabilidad y Morosidad	N° de Contratos por Empresa		
	ANSM	ESSBIO	Aguas Andinas
0%-9%	0	6	3
10%-19%	16	4	0
20%-29%	7	3	0
30%-39%	2	0	11
70%-79%	0	1	0

Fuente: Elaboración propia a partir de planillas acompañadas a fojas 1194.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Tabla 5: Montos por Incobrabilidad o Morosidad Utilizados por ESSAL**

	Tipo de Vivienda			
	Básica (vivienda social)	Media	Media Alta	Alta
Rangos N° Viviendas	Total (UF)	Total (UF)	Total (UF)	Total (UF)
1-550	2.500	2.000	1.500	1.000
550-1050	3.000	2.500	2.000	1.500
1050-1550	3.500	3.000	2.500	2.000
1550-050	4.000	3.500	3.000	2.500

Fuene: Elaboración propia a partir de planillas acompañadas a fojas 1194.

**Centésimo décimo.** Que, por último, la empresa ESSAL considera un cobro por morosidad sólo para los proyectos urbanos fuera del TO, el que equivale a un monto fijo en Unidades de Fomento según el tipo de viviendas (básica, media, media-alta y alta) y la cantidad que serán construidas. Dichos montos habrían sido establecidos sobre la base de la experiencia acumulada de la empresa, tal como ésta señala a fojas 1194. A mayor cantidad de viviendas y menor valor de éstas, mayor sería el riesgo de morosidad. Así, a modo de ejemplo, se puede señalar que, para un proyecto de viviendas sociales o básicas de 550 casas, al urbanizador se le cobran 4,5 UF por vivienda, mientras que, para un proyecto de 2050 casas de tipo equivalente, se le cobra 7,27 UF por vivienda;

**Centésimo undécimo.** Que la prueba acompañada en autos no permite establecer las tasas de morosidad e incobrabilidad específicas válidas para cada caso considerado en el requerimiento, por lo que tampoco es posible establecer la diferencia entre estas tasas y las aplicadas por las requeridas al calcular los montos cobrados a las empresas constructoras. En consecuencia, al no ser posible determinar si existe una aplicación abusiva de este parámetro por alguna de las requeridas, no se acogerá en este aspecto la pretensión de la FNE, sin perjuicio de las medidas correctivas que se establecerán en lo resolutivo para evitar que, en el futuro, estas empresas utilicen parámetros no justificados o que les permitan efectuar cobros arbitrariamente discriminatorios;

**Centésimo duodécimo.** Que, asimismo, la FNE considera que las cuatro ESS requeridas utilizan, en proyectos fuera del TO, una tasa de descuento o de costo de capital muy superior a aquella utilizada dentro del mismo TO, sin justificación. Según la información adjuntada al expediente (fs 1194), se aprecia que Aguas Andinas utiliza una política clara, en que asigna tasas de descuento de 12% a proyectos de viviendas sociales y de 15% a proyectos de otro tipo. En el caso de ANSM y ESSBIO, los valores de la tasa de descuento varían entre un 13,21% y un

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

20,21%, sin que su aplicación sea consistente con los criterios explicitados por las mismas empresas. Por último, no existe en autos, respecto de ESSAL, información sobre la tasa de descuento implícita que utilizaría. La siguiente tabla describe las tasas de descuento utilizadas por Aguas Andinas, ANSM y ESSBIO;

**Tabla 6: N° de Contratos según Tasa de Descuento Utilizada por Aguas Andinas, ANSM y ESSBIO.**

Período	Aguas Andinas			ANSM			ESSBIO		
	N° Contratos	Tasa Descuento aplicada en Contratos	Tasa de Descuento Regulada	N° Contratos	Tasa Descuento aplicada en Contratos	Tasa de Descuento Regulada	N° Contratos	Tasa Descuento aplicada en Contratos	Tasa de Descuento Regulada
2000 —	11	12%	9,96%	3	13,21%	10,21%	11	15,21%	10,21%
2005	3	15%		22	15,21%		3	20,21%	

Fuente: Elaboración propia a partir de planillas acompañadas a fojas 287, 1194 y 3384.

**Centésimo decimotercero.** Que, con todos los antecedentes que constan en autos, este Tribunal no puede pronunciarse sobre el grado en que la tasa de descuento utilizada en cada caso corresponde a los verdaderos costos de financiamiento. En consecuencia, no habiéndose acreditado que el nivel de las tasas de descuento aplicadas por las requeridas haya sido injustificado, no se acogerá el requerimiento en esta materia, sin perjuicio de que, como ya se señaló, en lo resolutive de esta sentencia se ordenará que el cálculo de este parámetro, así como el de todos los incluidos en los cobros, se base en condiciones objetivas, generales, públicas y no arbitrariamente discriminatorias;

**Centésimo decimocuarto.** Que, por último, la FNE acusa a Aguas Andinas de no justificar fundadamente los cobros por concepto de “gastos generales” y, asimismo, señala que Aguas Andinas ha entregado información contradictoria sobre los conceptos que se incorporan en este ítem de gasto, por lo que los considera abusivos. Sin embargo, como señaló Aguas Andinas en su contestación al requerimiento, estos cobros corresponderían a una estimación de gastos y costos no incluidos en el resto de las partidas de la evaluación para los proyectos de zonas urbanas y rurales, incluyendo gastos de administración por emisión y renovación de boletas de garantía (15 UF/año), y gastos de administración por planes de desarrollo y estudios tarifarios (95 UF/año); monto total que ascendería a 110 UF por año. No obstante, este Tribunal ha podido constatar que los montos anuales considerados por este concepto de gasto, en los distintos proyectos, varían desde 37,7 a 116,9 UF/año, como se detalla en la tabla siguiente, y que los ítems que se consideran en las planillas de cálculo como “gastos generales”

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

corresponden a un “costo total por arriendo” que se desglosa considerando, por un lado, un porcentaje para gastos generales (90%) —que no se encuentran reportados con mayor desagregación— y, por otro, para gastos de electricidad (10%);

**Tabla Nº 7 Gastos Generales Anuales por Proyecto y Zona de Localización.**

Proyecto	Zona Rural	Gastos generales (UF por año)
Av. Cristóbal Colón/ El Monte	Sí	70,16
Bosque San Luis/ Camino Quilicura	No	116,89
Camino a Valparaíso/ Padre Hurtado	No	116,90
El Tanguito	Sí	93,53
El Trébol/ Padre Hurtado	No	116,93
La Esperanza de Paine	Sí	0,00
Las Delicias de Viluco	Sí	79,49
Loteo Ciudad Nueva II/ Sta. Laura	No	116,91
Puente Negro Pabellón	Sí	37,69
Valles del Maipo II/ Buin	Sí	111,78
Villa Jesús	Sí	116,91

Fuente: Elaboración propia a partir de planillas acompañadas a fojas 3384. Sólo se consideran 11 contratos, respecto de los cuales se presentó la desagregación de los gastos comerciales y otros.

**Centésimo decimoquinto.** Que este Tribunal ha constatado, asimismo, que los montos y criterios que se señalan a fojas 694 en la contestación de Aguas Andinas como incorporados en la partida de “gastos generales”, en la evaluación de proyectos para las zonas urbanas y rurales, no son consistentes con los montos y los ítems considerados en las planillas utilizadas para evaluar los proyectos de Aguas Andinas, acompañadas a fojas 3384 por la FNE. En algunos casos de proyectos inmobiliarios en zonas rurales, como el Proyecto Delicias de Viluco, estos ítems son ajustados además por un factor que no es explicitado por la requerida, distinto al aplicado en zonas urbanas para las ampliaciones de las áreas de concesión. En otros casos, no es posible reproducir cómo se estimaron los gastos generales, como por ejemplo en los proyectos inmobiliarios Av. Cristóbal Colón El Monte y Puente Negro Pabellón;

**Centésimo decimosexto.** Que, sin embargo, para este Tribunal no es posible establecer, sobre la base de la prueba rendida en autos, si los montos considerados en la partida denominada “gastos generales” corresponden total o parcialmente a costos que se encontrarían considerados en la tarifa a consumidor final —en cuyo caso correspondería a un doble cobro— o si, por otras razones, en algún porcentaje son efectivamente injustificados, abusivos o discriminatorios, por

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

lo que no se acogerá el requerimiento contra Aguas Andinas en este aspecto, sin perjuicio de las medidas correctivas que se establecerán en lo resolutivo de esta sentencia;

**Respecto de los cobros arbitrariamente discriminatorios que habría efectuado ANSM a Constructora Independencia:**

**Centésimo decimoséptimo.** Que, concluido el análisis precedente, a continuación se examinarán las imputaciones contenidas en la demanda de Constructora Independencia, de fojas 135, consistentes en un supuesto “*abuso de la posición dominante de ANSM en los cobros que ha formulado, propuesto, cobrado y percibido por prestaciones sanitarias para proyectos ubicados fuera del radio operacional de la concesión*”, cobros que serían significativamente más onerosos que los aplicados a proyectos dentro de su área concesionada. Alega la demandante, en concordancia con el principal argumento del informe que presentó a fojas 7, que los cobros por interconexión que efectúa ANSM a urbanizaciones fuera de su territorio operacional superan, en promedio, en un 240% a aquéllos que se ubican dentro de éste;

**Centésimo decimoctavo.** Que este Tribunal considera que tal estimación no es apropiada, puesto que, dentro del territorio operacional, la empresa constructora no paga las obras necesarias para interconectar nuevos desarrollos inmobiliarios, ya que la empresa sanitaria —dadas las obligaciones que conlleva una concesión— está forzada a proveer el servicio, cuyos costos serán cubiertos por las tarifas a público, y la inmobiliaria sólo está obligada a proveer el financiamiento mediante la suscripción de Aportes de Financiamiento Reembolsables (AFR). Por el contrario, cuando la inmobiliaria decide ubicar su proyecto fuera del territorio operacional de la empresa sanitaria, ésta no se encuentra obligada a proveer el servicio ni a pagar las obras requeridas para ello, por lo que corresponderá a la inmobiliaria hacerlo a sus expensas;

**Centésimo decimonoveno.** Que, así, el 240% de diferencia en promedio que calcula Constructora Independencia no es una diferencia de cobros, la que en estricto rigor sería infinitamente mayor —al no haber cobros para la empresa constructora dentro del territorio operacional de la ESS—, sino más bien una diferencia entre lo que se paga fuera del territorio operacional y la pérdida en la que incurre la empresa constructora al financiar las obras dentro del territorio operacional y recibir como contraprestación instrumentos financieros poco líquidos, cuyo castigo al venderlos sería —en promedio— de un 35%, según los cálculos del informe que rola a fojas 7;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo vigésimo.** Que, así las cosas, si se utilizan los mismos datos del referido informe de fojas 7 y se corrigen sus cálculos en la forma indicada en las consideraciones precedentes, el cobro promedio fuera del territorio operacional sería un 18,8% mayor al cobro promedio dentro del área de concesión, y no un 240%, como indica el informe señalado;

**Centésimo vigésimo primero.** Que, sin embargo, este Tribunal considera que dicho promedio de 18,8% tampoco es representativo de la diferencia relevante de cobros, ya que incluye proyectos de diferentes áreas de concesión dentro de la VIIª Región y, así, no considera las diferentes variables que afectan el valor de cada uno de los proyectos, por lo que induce a conclusiones que pueden ser sesgadas;

**Centésimo vigésimo segundo.** Que no se cuenta en autos con datos sobre costos específicos de cada proyecto, pero sí respecto de las evaluaciones realizadas por ANSM para determinar el cobro que hizo a Constructora Independencia en los proyectos incluidos en la demanda, por lo que, a continuación, sobre esa base de comparación se analizará si existe o no un posible abuso de posición dominante, consistente en la aplicación de cobros arbitrariamente discriminatorios por parte de ANSM a la demandante;

**Centésimo vigésimo tercero.** Que, revisados los contratos, las “Propuestas Técnico-Económicas”, y las planillas de evaluación acompañadas a fojas 1194; antecedentes todos correspondientes a la prestación de servicios sanitarios por ANSM a proyectos inmobiliarios de Constructora Independencia, tanto dentro como fuera de sus áreas de concesión, se aprecia que los elementos de costos que utiliza ANSM para determinar el monto a cobrar a la empresa constructora en zonas urbanas y rurales son los mismos, a excepción de la denominada “Diferencia Tarifaria” y de los “Costos de Ingeniería”; factores que sólo se consideran en los proyectos rurales;

**Centésimo vigésimo cuarto.** Que la “Diferencia Tarifaria” corresponde, según explica la propia ANSM a fojas 1194, a aquella que existe entre (a) la “Tarifa de Autofinanciamiento” de la localidad más cercana al proyecto inmobiliario, es decir, la tarifa fijada en el Decreto Tarifario que cubre todos los costos en que incurriría el modelo de “empresa eficiente” para proveer servicios sanitarios en esa localidad, y (b) la “Tarifa de Grupo”, equivalente al promedio de las tarifas de autofinanciamiento de un grupo específico de localidades con características similares, fijada también en el Decreto Tarifario, y que es la que ANSM cobra efectivamente a los consumidores;



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo vigésimo quinto.** Que, por su parte, los “Costos por Servicios de Ingeniería” corresponden a costos específicos de cada proyecto. No obstante, al respecto este Tribunal sólo estimará como relevantes aquellos costos que no son considerados en la tarifa que pagarán los consumidores pues, de lo contrario, se estaría duplicando el pago de dichos costos. De la revisión de los distintos ítems incluidos en las planillas de ANSM, este Tribunal ha podido establecer que sólo el correspondiente al “Estudio de no afectación de concesión” cumple con dicha condición y que, en consecuencia, es la única partida de los “costos por servicios de ingeniería” que debe ser considerada como un costo incremental del respectivo proyecto;

**Centésimo vigésimo sexto.** Que, entonces, los dos elementos de costos precedentemente descritos, esto es, la “Diferencia Tarifaria” y el “Estudio de no afectación de concesión”, son pertinentes para determinar el monto que debería pagar un urbanizador a la ESS, en la medida que no sean cubiertos por las tarifas que pagarán los consumidores finales por los servicios sanitarios. Ello, sin perjuicio de lo que ya se ha señalado respecto de otros parámetros que castigan los ingresos por tarifa, y que son proyectados por ANSM para determinar el monto que cobró a Constructora Independencia, como son los parámetros usados por concepto de (i) el factor nuevo consumo, (ii) incobrabilidad y morosidad, y (iii) la tasa de descuento. En consecuencia, la comparación que se realizará a continuación no excluye ni modifica el valor asignado, en cada caso, a cada uno de estos tres últimos parámetros;

**Centésimo vigésimo séptimo.** Que ahora, para determinar si ANSM efectuó cobros arbitrariamente discriminatorios a Constructora Independencia, se calculará, para cada uno de los contratos objeto de la demanda, el exceso pagado por Constructora Independencia respecto de los costos no cubiertos por tarifas a público; esto es, la diferencia entre (a) lo efectivamente pagado por la demandante; y, (b) la suma de (i) el valor presente del costo por “Diferencia Tarifaria”, más (ii) el componente relevante de los costos por “Servicios de Ingeniería”, todos los cuales no serían cubiertos por las tarifas a consumidor final, como se explicó precedentemente. En síntesis, si en un proyecto determinado el cobro que ANSM efectuó a Constructora Independencia es superior a los costos no cubiertos por las tarifas a usuarios, entonces la diferencia entre éstos no tiene otra justificación que el abuso de su posición dominante;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**TABLA Nº 8: CONTRATOS ANSM – INDEPENDENCIA**

Proyecto	Cobro efectivo al Urbanizador (UF)	Nº Casas	Exceso pagado por urbanizador respecto de costos no cubiertos por tarifas (UF)
Don Sebastián 2 de Rauco	1129,90	88	-222,76
Don Sebastián 2 de Teno	5977,00	438	3604,17
Bombero Garrido 7	1877,82	238	1052,12
Don Sebastián de Romeral	1667,70	170	862,08
Brisas del Parque	4276,8	176	3559,88
Bombero Garrido 8	1775,76	151	1131,39
Don Sebastián 2 de Curicó	12225,98	1337	11891,30
Don Sebastián 3 de Rauco	2664,10	169	1545,44
San Enrique 3	996,00	130	-14,00
<b>TOTAL</b>		<b>UF</b>	<b>23.409,62</b>
		<b>\$</b>	<b>490.665.606</b>

Nota: El exceso pagado por el urbanizador equivale al cobro realizado por ANSM a la Constructora, descontándole el valor presente del costo por diferencia tarifaria y el costo de estudio de no afectación de concesión [Exceso Pagado = Cobro al Urbanizador – VP del costo por diferencia tarifaria – costo de estudio de no afectación de concesión].

**Centésimo vigésimo octavo.** Que resulta evidente para este Tribunal, a partir de los resultados contenidos en la tabla anterior, que existe tal diferencia injustificada, por lo que se concluye que ANSM realizó, respecto de esos proyectos inmobiliarios, cobros arbitrariamente discriminatorios que, en total, ascienden aproximadamente a UF 23.410. Debe tenerse presente que, además de los contratos señalados en la Tabla Nº 8, precedente, existen otros cinco contratos entre ANSM y Constructora Independencia, en el periodo objeto de la demanda. Estos corresponden a los loteos “Don Gonzalo” de Talca, “Don Ricardo” de Talca, y “Don Sebastián” de Teno, en los que ANSM no efectuó cobros a Constructora Independencia; y a los loteos “El Bosque 3” de San Javier y Bombero Garrido 9 de Curicó, en los que la demandada cobró un total de UF 1.900 y UF 1.176, respectivamente, pero respecto de los cuales no se cuenta con información suficiente para reproducir las planillas de cálculo utilizadas para determinar los cobros bajo análisis, por lo que no fueron considerados en el cálculo del cobro abusivo contenido en la tabla precedente;

**Centésimo vigésimo noveno.** Que, a mayor abundamiento, la conclusión a que ha llegado este Tribunal en la consideración precedente, se ve reforzada por la evidencia aportada por la FNE en el expediente a fojas 1194 y 1642, referida a contratos entre ANSM y otras empresas constructoras, que revela que dicha ESS aplicó la misma metodología de cálculo para determinar el monto que cobró por la prestación de servicios sanitarios fuera de su área de concesión. No obstante, por

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

no ser materia de la *litis* trabada entre la demandante y ANSM, ni del requerimiento, no serán analizados en la presente sentencia;

**Centésimo trigésimo.** En conclusión, se acogerá la demanda de Constructora Independencia en contra de ANSM por discriminación injustificada de precios, estableciendo la multa y demás medidas correctivas que se señalarán en lo resolutivo de esta sentencia;

**En cuanto a las solicitudes de imposición de medidas correctivas y de proposiciones de modificación de normas legales y reglamentarias.**

**Centésimo trigésimo primero.** Que, concluido el análisis respecto de las acusaciones por conductas contrarias a la libre competencia, se tratarán ahora las materias referidas a las solicitudes de medidas correctivas, prohibitivas y proposiciones de modificaciones legales en materia de prestación de servicios sanitarios, descritas en las consideraciones vigésima primera a trigésima, y referidas a: (i) la determinación de los cobros por servicios fuera del T.O sobre la base de parámetros reales, objetivos y justificados; (ii) la declaración de que los servicios prestados por las ESS fuera de su área de concesión, donde existan economías de escala, se prestan en condiciones monopólicas y que, por tanto, deben someterse a regulación tarifaria; (iii) el mecanismo de asignación de nuevas concesiones para áreas urbanas, y su interconexión con las existentes; y, (iv) el sistema de “Aportes Financieros Reembolsables” (AFR);

**Centésimo trigésimo segundo.** Que, en relación con las proposiciones de modificación a normas legales y reglamentarias solicitadas por la FNE, Constructora Independencia y la Cámara Chilena de la Construcción, debe tenerse presente que éstas corresponden al ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, con ocasión del conocimiento que este Tribunal ha tenido, en el curso de este procedimiento, de las consecuencias jurídicas y económicas para la libre competencia de las normas que se analizarán a continuación. Por otra parte, el inciso 1° del artículo 3° del D.L. N° 211 establece que, sin perjuicio de las sanciones establecidas en el artículo 26 del mismo cuerpo legal, el Tribunal puede disponer medidas correctivas o prohibitivas respecto de determinados hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; medidas entre las cuales se encuentra la del artículo 18 N° 4;

**Centésimo trigésimo tercero.** Que, atendido que el D.L. N° 211 no ha establecido un procedimiento específico respecto del ejercicio de la facultad de este Tribunal para proponer modificaciones de normas legales y reglamentarias

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

que estime contrarias a la libre competencia, y habida cuenta de que dicha facultad corresponde a una de orden preventivo y no jurisdiccional, este Tribunal podría efectuar dicha proposición incluso actuando de oficio y sin sujetarse a ninguno de los procedimientos establecidos en los artículos 19 y siguientes y 31 de la citada ley. De ahí que, con mayor razón, esté desde luego habilitado para hacerlo en el marco de un proceso, como es el de autos, en el que ha tomado cabal conocimiento de los hechos que justifican el ejercicio de esta facultad, que es privativa de este Tribunal;

**Centésimo trigésimo cuarto.** Que así establecido lo anterior, corresponde analizar a continuación cada uno de los elementos respecto de los cuales se ha solicitado imponer medidas correctivas y proponer la modificación de normas, respecto de; (i) las condiciones de contratación de los servicios sanitarios prestados por las ESS en áreas rurales; (ii) la tarificación de los servicios sanitarios prestados por las ESS en zonas rurales; (iii) los mecanismos de asignación de nuevas concesiones para áreas urbanas y las condiciones de interconexión entre empresas sanitarias; y, (iv) la existencia de inconsistencias en el sistema de “Aportes Financieros Reembolsables” (AFR);

**(i) En cuanto a las condiciones de contratación de los servicios sanitarios prestados por las ESS en áreas rurales:**

**Centésimo trigésimo quinto.** Que en relación con las condiciones de contratación de servicios sanitarios prestados por las ESS en áreas rurales, la demandante ha solicitado se ordene a ANSM “*aplicar a las prestaciones de servicios sanitarios que preste en el futuro, y que se refieren a proyectos habitacionales ubicados fuera del territorio operacional de la concesión, un modelo de cobro conocido por los contratantes, con parámetros reales, serios, objetivos y justificados, conocidos por todas las partes. En particular, que la tasa de descuento no pueda superar arbitrariamente a la tasa de costo de capital determinada en el proceso de fijación tarifaria*”, y las demás medidas que apunten a los propósitos indicados y que este Tribunal determine conforme a sus facultades. Por su parte, la FNE ha solicitado “*(T)ratándose de zonas rurales ubicadas fuera del área de concesión y próximas a éstas, ordenar a las empresas sanitarias requeridas que establezcan un marco general, con las condiciones de prestación del servicio razonables y fundamentadas, emuladoras de un mercado competitivo, tanto en lo relacionado con la aplicación de tarifas y los plazos en que las empresas sanitarias aceptan definitivamente proveer los servicios, como en*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*cuanto a los aportes que deban efectuar los urbanizadores a dichas empresas. El marco general debe ser aprobado por este H. Tribunal”;*

**Centésimo trigésimo sexto.** Que, tal como ya se ha establecido en las consideraciones octogésimo octava y octogésimo novena, precedentes, este Tribunal concuerda con la demandante y con la FNE en el sentido que, en las áreas fuera de su área de concesión, pero cercanas a ella, la empresa sanitaria titular de dicha concesión tiene un importante poder de mercado, en tanto disponga de economías de escala relevantes, razón por la cual su actuar no se ve disciplinado por la competencia, lo que conlleva un riesgo de potenciales abusos monopólicos respecto de las empresas constructoras;

**Centésimo trigésimo séptimo.** Que, asimismo, este Tribunal ya ha constatado que las requeridas no utilizan una metodología clara, objetiva, transparente y no discriminatoria para determinar el monto de los cobros a las empresas constructoras por proveer servicios sanitarios a sus proyectos, fuera de sus respectivas áreas de concesión. Dada la insuficiente competencia en el mercado relevante, este Tribunal. en ejercicio de la facultad de disponer medidas correctivas establecida en el artículo 3º del D.L. N° 211, ordenará específicamente a las requeridas adoptar una metodología que establezca en forma previa condiciones de contratación objetivas, transparentes y no arbitrariamente discriminatorias respecto de ese tipo de proyectos, en los términos que se señalarán en lo resolutivo de esta sentencia;

**(ii) En cuanto a la tarificación de los servicios sanitarios prestados por ESS en zonas rurales:**

**Centésimo trigésimo octavo.** Que, por otra parte, la FNE ha solicitado además a este Tribunal *“(D)eclarar que, para los efectos del artículo 12 A del D.F.L. N° 70, de 1988, los servicios que prestan las empresas sanitarias a los urbanizadores en las zonas próximas a su área de concesión, en los que existan economías de escala que no pueden ser replicadas por otras empresas sanitarias y que implican un menor costo para el usuario final, se prestan en condiciones monopólicas; y que, en consecuencia, en estos casos, con la finalidad de impedir abusos de posición dominante, la Superintendencia de Servicios Sanitarios deberá aplicar el régimen tarifario correspondiente a dichos servicios”;*

**Centésimo trigésimo noveno.** Que, en cuanto a las facultades legales que le asisten a este Tribunal en la materia, respecto de las tarifas de empresas que proveen servicios públicos sanitarios, el artículo 12A de la LTSS dispone que *“En*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*el caso que sea necesario determinar tarifas para nuevas prestaciones, o para componentes adicionales de una prestación, las tarifas que se determinen de acuerdo al procedimiento señalado en esta ley podrán adicionarse a las fórmulas tarifarias a través de un decreto tarifario complementario y tendrán vigencia hasta el término del período en curso. Igual procedimiento se aplicará en el caso de prestaciones que la Comisión Resolutiva establecida en el Decreto Ley N° 211, de 1973, determine que tienen características monopólicas y por tanto sea necesario fijarles tarifas dentro del respectivo período tarifario”;*

**Centésimo cuadragésimo.** Que, por lo anterior, este Tribunal, en cuanto sucesor legal de la H. Comisión Resolutiva, está facultado para determinar si determinados servicios proveídos por las empresas sanitarias, no considerados en la LTSS pero que se prestan en condiciones monopólicas, deben quedar o no sujetos a regulación tarifaria;

**Centésimo cuadragésimo primero.** Que, como ya se señaló, este Tribunal considera que las ESS concesionarias, en general, tienen poder de mercado en el área adyacente a su concesión. Por otra parte, ha constatado la falta de transparencia en los montos que dichas empresas cobran para proveer servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, lo que impide a los desarrolladores inmobiliarios comprobar la objetividad en la determinación de dichos cobros. Es por ello que, teniendo presente la posición dominante de estas empresas, y de acuerdo con sus facultades contenidas en el art. 3º, inc. 1º y 26 letra a) del DL 211, este Tribunal ordenará que los cobros se presenten de forma tal que su objetividad pueda ser comprobada;

**Centésimo cuadragésimo segundo.** Que, adicionalmente, considerando que en la mayoría de los casos las instalaciones de las ESS para el tratamiento de agua potable y/o aguas servidas presentan características de facilidad esencial, este Tribunal recomendará cambios de ley para que cualquier interesado en proveer servicios sanitarios en una zona rural tenga acceso a utilizar esas instalaciones, pagando tarifas reguladas, a ser fijadas en los procesos tarifarios que legalmente correspondan;

**Centésimo cuadragésimo tercero.** Que, considerando la exigencia de aumentar la transparencia en los cobros y condiciones de contratación entre la ESS y los desarrolladores inmobiliarios en zonas rurales, así como la recomendación de otorgar acceso a la infraestructura sanitaria a otros prestadores del servicio, que incrementaría la posibilidad de competencia respecto de proyectos ubicados fuera del área de concesión, y teniendo en cuenta además la

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

dificultad práctica de definir, para cada concesionaria, la zona de influencia en que las economías de escala priman sobre los costos de transporte, este Tribunal considera que no es conveniente requerir la tarificación de estas zonas, como ha solicitado la FNE;

**(iii) En cuanto a los mecanismos de asignación de nuevas concesiones para áreas urbanas y las condiciones de interconexión entre empresas sanitarias:**

**Centésimo cuadragésimo cuarto.** Que la FNE ha pedido a este Tribunal “(S)olicitar al Gobierno el patrocinio de una modificación legal que confiera a la SISS facultades para exigir al concesionario la ampliación de su territorio a áreas urbanas que, en su opinión fundada técnica y económicamente, sea menester incorporar en los casos en que existan economías de escala no replicables y que implican un menor costo para el usuario final. La licitación de la concesión de un área urbana que no cuenta con servicios sanitarios sólo debería aplicarse excepcionalmente, en casos en donde exista evidencia del interés de dos o más postulantes por dicha área”;

**Centésimo cuadragésimo quinto.** Que, considerando las argumentaciones de la demandante, de la propia FNE y de las requeridas, descritas en la parte expositiva de esta sentencia, este Tribunal deberá pronunciarse respecto del mecanismo de asignación de concesiones sanitarias en zonas urbanas no abastecidas por alguna ESS. El marco legal vigente (artículos 12 a 23 de la LGSS) considera que, respecto de dichas áreas, cualquier interesado puede solicitar las correspondientes concesiones. Presentada una solicitud, la SISS abre un proceso de licitación en el que otros interesados pueden competir por adjudicarse dichas concesiones, sobre la base de la mejor oferta de tarifas a público. Además, se establece la facultad de la SISS para llamar a licitación para entregar las concesiones de determinadas zonas cuando se necesite asegurar la provisión del servicio o a solicitud del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respecto de proyectos de vivienda social (artículo 33A de la LGSS). En caso de no presentarse interesados, también se la faculta para establecer la ampliación forzosa de la concesión de la ESS más cercana, siempre que sea técnica y económicamente factible;

**Centésimo cuadragésimo sexto.** Que, al respecto, si bien la evidencia aportada en autos sobre los recientes procesos de licitación de nuevas concesiones sanitarias (documentos acompañados a fojas 4795, entre éstos el Oficio Ord. SISS N° 3102) revela que en la gran mayoría de los casos éstas son asignadas a la ESS más cercana —la que no enfrenta competencia relevante—

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

este Tribunal estima que dicha evidencia no constituye una justificación suficiente y necesaria para cambiar el sistema de asignación de nuevas concesiones, en particular cuando la alternativa solicitada por la FNE —ampliación forzosa de la concesión existente— ya está considerada por la regulación vigente para cuando no existan interesados en abastecer una determinada zona urbana. Esto es sin perjuicio de reconocer que las economías de escala que favorecen a la ESS más cercana constituyen un desincentivo relevante para que otros interesados la desafíen en dichas licitaciones por lo que, a juicio de este Tribunal, resulta más apropiado incrementar el grado de competencia por nuevas concesiones facilitando la interconexión entre distintos prestadores, como se analizará a continuación;

**Centésimo cuadragésimo séptimo.** Que, adicionalmente, la Fiscalía Nacional Económica, en su requerimiento, ha solicitado *“(I)nstar a la SISS para que cuando deba convocar a licitaciones, en razón de existir otra empresa sanitaria interesada en prestar el servicio, proceda a fijar las tarifas de interconexión obligatorias para dichas licitaciones”*. Considera la FNE que esta medida incrementaría la posibilidad de entrada de nuevos operadores en los procesos de asignación de nuevas concesiones y que, por consiguiente, introduciría cierto grado de desafiability en el mercado;

**Centésimo cuadragésimo octavo.** Que, como ya se señaló, la existencia de economías de escala, al menos en la etapa de producción de agua potable y en la etapa de disposición de aguas servidas, es una materia no controvertida entre las partes. Estas economías de escala no sólo hacen conveniente que exista un único proveedor en las zonas concesionadas, sino que normalmente otorgan ventajas de competencia a éstos en las zonas aledañas a sus áreas de concesión, que es el mercado geográfico analizado en autos. En ese sentido, el Gerente General de ESSAL, José Raúl Sáez Albornoz declaró, según consta a fojas 3311 que: *“(P)odrían aprovecharse economías de escala cuando hay interconexiones cercanas. Mientras más cerca del territorio operacional, aumenta la posibilidad de aprovechar economías de escala.”*;

**Centésimo cuadragésimo noveno.** Que la magnitud de las economías de escala varía según las características geo-demográficas de cada área de concesión. Por ejemplo, en áreas de menor densidad poblacional y donde hay cursos de agua abundantes, las soluciones técnicas para el tratamiento y la disposición de aguas servidas, son menos onerosas y más modulares que en zonas más densas y con pocos cursos de agua;



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo quincuagésimo.** Que, adicionalmente, existen áreas en las que la instalación de una planta de tratamiento de aguas servidas no sólo involucra una importante inversión sino que, además, enfrenta obstáculos medioambientales que otorgan a este tipo de inversiones las características de instalación esencial. El testigo don Rodrigo Eduardo Arias Beltrán, a fojas 1571 bis 11, reconoce que existen, además, barreras económicas a la entrada, *“debido a los altos costos de implementación de un sistema sanitario; por ejemplo, hay que hacer sondajes de agua potable, habilitación de pozos, estanques, sistema de tratamiento de agua potable, distribución de agua potable, plantas de tratamiento de aguas servidas”*. Asimismo, el testigo Sr. Jorge Tarziján M., a fojas 6742 declaró que: *“(S)i uno quiere aumentar aún más la desafiabilidad de estos mercados, la manera de trabajarla, en mi modesta opinión, es a través de facilitar los procedimientos y los plazos para esta interconexión y esta licitación”*;

**Centésimo quincuagésimo primero.** Que las empresas que desean participar en una licitación por una concesión para abastecer una nueva área urbana, y que no poseen derechos de agua o una solución de tratamiento de aguas servidas, pueden solicitar la interconexión de esos servicios a la empresa sanitaria incumbente más cercana, la que por regla general es la ESS regional. Dicha interconexión, si bien es a título oneroso, no es obligatoria, y depende de la voluntad de la empresa sanitaria ya instalada por lo que, cuando la incumbente participa también en la licitación, no tiene incentivos para entregar la interconexión al valor de su costo real, pudiendo ello incidir en un incremento de los costos que enfrenta su competidor, lo cual distorsiona naturalmente el mecanismo de licitaciones al favorecer su adjudicación a la incumbente;

**Centésimo quincuagésimo segundo.** Que, en síntesis, tanto la existencia de economías de escala como la característica de facilidad esencial de algunas plantas de tratamiento dificultan que exista competencia entre prestadores de servicios sanitarios por las concesiones de nuevas áreas urbanas, otorgando a las concesionarias poder de mercado —el cual es variable según las características de cada terreno— en la provisión de servicios fuera de su respectiva área de concesión;

**Centésimo quincuagésimo tercero.** Que, sin embargo, la ley actual no contempla la obligación de dar acceso a otras empresas sanitarias a tales facilidades esenciales. En efecto, la SISS puede forzar una interconexión sólo cuando está en riesgo la continuidad del servicio de una concesionaria ya establecida. En ese sentido, la SISS, mediante Ord. N° 3105, de 8 de agosto de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

2007, dirigido a la Fiscalía Nacional Económica, acompañado en autos a fojas 3479, informó que *“(L)a decisión de interconectar una empresa nueva que requiera del servicio de producción o disposición por parte de la empresa sanitaria más cercana, es discrecional. En efecto, la ley sólo considera la interconexión obligatoria respecto de concesiones que ya han entrado en explotación y cuando esta Superintendencia lo estime imprescindible con el objeto de garantizar la continuidad y calidad del servicio”*. Lo mismo indicó en el documento adjuntado al Oficio Ord. N° 3102 a este Tribunal, que rola a fojas 4795, en donde señaló que *“(N)o se han recibido reclamos en este sentido, puesto que no existe obligación para las Concesionarias Sanitarias de que deban aceptar interconexiones a sus instalaciones (...) En la práctica la SISS exige a todo interesado en una concesión que, según lo establece el Art. 15 del DS N° 1199/04, la solicitud debe cubrir integralmente el ciclo sanitario, es decir, producción, distribución, recolección y disposición; pero que esto no impide que la solución de producción y disposición sea a través de una interconexión con otras sanitarias. Para ello se requiere la presentación de los contratos correspondientes en el Acto Público”* (respuesta N° 6). En consecuencia, la interconexión de posibles nuevos entrantes depende de la voluntad de las concesionarias actuales;

**Centésimo quincuagésimo cuarto.** Que, a pesar de no ser obligatoria la interconexión entre prestadores de servicios sanitarios, una vez establecida tal interconexión en forma voluntaria, dichos servicios son de aquellos que se prestan a un intermediario, por lo que quedan sujetos a tarificación según el artículo 1° de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios. Sin embargo, en los Decretos Tarifarios se establecen las tarifas máximas que la empresa sanitaria que recibe la interconexión puede cobrar a una empresa con la que acordó tal interconexión de las empresas, sin ser extendible a nuevas interesadas, que sería relevante como mecanismo para reducir las barreras a la entrada;

**Centésimo quincuagésimo quinto.** Que, habiéndose establecido la existencia de condiciones monopólicas en las que se proveen algunos de los servicios fuera del área de concesión —donde los precios no son regulados— y la existencia de instalaciones esenciales cuyo acceso no discriminatorio posibilitaría la competencia en las zonas no reguladas, y siempre que exista capacidad disponible para ello, este Tribunal considera prudente recomendar un cambio de ley a fin de que la interconexión sea obligatoria y tarificada por la SISS, respecto de aquellas facilidades esenciales tanto para proveer servicios sanitarios en áreas rurales —como se trató en las consideraciones 138<sup>a</sup> a 143<sup>a</sup>— como respecto de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

futuros concesionarios de áreas urbanas, en los términos que se señalará en lo resolutivo;

**(iv) En cuanto a la existencia de inconsistencias en el sistema de “Aportes Financieros Reembolsables” (AFR):**

**Centésimo quincuagésimo sexto.** Que el sistema de Aportes de Financiamiento Reembolsables (AFR), establecido en los artículos 14 a 20 del D.F.L. N° 70, Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios y su Reglamento (D.S. N° 453 de 1989), busca proporcionar a las ESS un mecanismo de financiamiento directo por parte de los clientes que requieren sus servicios dentro del área de concesión, para así facilitar que estas empresas cumplan con la obligación de prestarlos. En particular, el mecanismo de los AFR busca asegurar el abastecimiento de servicios sanitarios a nuevos clientes que se ubiquen dentro de algún territorio operacional. De esta manera, las ESS tienen la facultad de exigir aportes financieros con el objeto de solventar la ejecución de la infraestructura necesaria para atender a las solicitudes realizadas por las empresas inmobiliarias dentro del área de concesión;

**Centésimo quincuagésimo séptimo.** Que las normas citadas definen el AFR por capacidad como *“aquel que tiene como finalidad solventar la expansión de la infraestructura existente para prestar el servicio”*, de acuerdo al artículo 15 de la LTSS; y el AFR por extensión como aquel que tiene por finalidad *“solventar la extensión de las redes desde las instalaciones existentes, hasta el punto de conexión del interesado”* en la proporción que no sean identificables exclusivamente con dicho proyecto. La determinación de los montos que los interesados deben financiar mediante el mecanismo de AFR está regulada en función de parámetros establecidos en el Decreto Tarifario correspondiente. En el caso de los AFR por extensión, el interesado puede construir las obras directamente o pagar el monto correspondiente para que la ESS lo haga, mientras que, en el caso de los AFR por capacidad, que no están asociados a obras específicas, sólo cabe la opción de financiar el valor que corresponda. En ambos casos, la ESS está obligada a reembolsar al interesado mediante el mecanismo establecido en los artículos 18 a 20 de la LTSS, y 48 a 50 de su Reglamento, que a continuación se explica;

**Centésimo quincuagésimo octavo.** Que, entonces, los AFR operan en forma similar a un bono de colocación privada que permite a la ESS conseguir financiamiento directo desde sus clientes, para realizar las obras de infraestructura, mientras nace para la inmobiliaria un crédito a su favor, cuya

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

definición contiene el plazo, la tasa y las condiciones de devolución del monto aportado;

**Centésimo quincuagésimo noveno.** Que tanto Constructora Independencia como la FNE se refieren a las distorsiones que presenta el sistema de AFR y a los supuestos abusos en la recompra de pagarés emitidos por la demandada y las requeridas, con tasas de descuento significativas. Considera dicha constructora que esta conducta le ha significado asumir, en promedio, el 35% del costo de las obras sanitarias necesarias para abastecer los loteos que desarrolla, mientras que el sentido de los AFR —como ya se explicó— es sólo el de operar como mecanismo de financiamiento, y no como un co-pago de las obras que luego quedan en el patrimonio de la ESS;

**Centésimo sexagésimo.** Que el efecto de esta conducta sería, a juicio de la FNE, un encarecimiento de las viviendas, situación que afectaría en mayor grado a las de menor valor. Lo anterior implicaría una barrera de entrada a desarrolladores inmobiliarios de menor tamaño o a proyectos de desarrollo urbano más pequeños o de menor valor y, en consecuencia, una restricción en el número de proyectos inmobiliarios desarrollados. Por otra parte, la FNE estima que, mediante este mecanismo, las requeridas estarían obteniendo utilidades sobrenormales, esto es, un enriquecimiento sin causa. Considera también que el desarrollo del mercado de capitales ha causado la obsolescencia de esta normativa, siendo público y notorio que las ESS actualmente pueden obtener financiamiento directamente a través de múltiples vías mientras que, en la época en que se establecieron estas normas, la obtención de financiamiento era más compleja, pues las ESS eran empresas del Estado cuyo endeudamiento debía ser aprobado por el Ministerio de Hacienda. Por esto, en opinión de la requirente, se hace necesario modernizar las disposiciones legales que regulan la emisión de AFR, por lo que solicita a este Tribunal que recomiende una modificación legal destinada a ello;

**Centésimo sexagésimo primero.** Que la CCHC coincide con lo anterior, en el sentido que el contexto que explica el origen y regulación del mecanismo de AFR ha cambiado radicalmente, pues la prestación de servicios sanitarios se encuentra hoy mayoritariamente en manos de entes privados, que cuentan con una variedad de alternativas de financiamiento en el mercado de capitales, como se puede constatar en los documentos acompañados a fs. 4763, 7168 y 7307, que dan cuenta de créditos otorgados a las requeridas y de emisiones de bonos efectuadas por las mismas;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo sexagésimo segundo.** Que, al respecto, la CCHC considera también, a fojas 616, que las causas de esta distorsión son (i) la falta de correspondencia del plazo de las tasas de interés que fija la ley para los AFR (tasas de corto plazo) con la naturaleza de las inversiones que estarían destinadas a financiar, que son de largo plazo, y (ii) el uso de un instrumento de deuda de “mala calidad”, pues los pagarés por AFR no están sujetos a clasificación de riesgo y son escasamente transados en el mercado secundario. Esto permitiría a las requeridas arbitrar tasas de interés y dejaría a los urbanizadores sin opciones frente a una oferta de recompra de la misma sanitaria, aun cuando sea con un importante castigo. Afirma que, en la práctica, las requeridas sólo ofrecen una opción —pagarés a 15 años— mientras que otras opciones, que pudieran no ser perjudiciales para los urbanizadores, como acciones de las ESS, no son ofrecidas. Por último, afirma que las utilidades sobrenormales obtenidas por las requeridas por la recompra de los pagarés bajo el valor par, constituye un ingreso adicional por el servicio regulado que debería ser declarado como Aporte de Tercero, lo que las requeridas no han hecho y la SISS tampoco habría exigido;

**Centésimo sexagésimo tercero.** Que, en su defensa, ANSM y ESSBIO —a fojas 863 y 1053 respectivamente— si bien no controvierten la recompra de pagarés emitidos por AFR con descuentos de 35% respecto de su valor par, en promedio, indican que lo anterior es justificado porque, en caso contrario, los urbanizadores no internalizarían los costos correspondientes a los riesgos relacionados con la demanda efectiva que generarán los nuevos desarrollos inmobiliarios dentro de sus áreas de concesión. También argumentan que, junto con las restantes ESS y a través de ANDESS (Asociación Nacional de Empresas Sanitarias), acordaron con la Cámara Chilena de la Construcción introducir en la discusión de la Ley de Mercado de Capitales II un mecanismo que modificara el actual procedimiento para determinar la tasa de interés a la cual deben emitirse los AFR, de manera tal que ésta sea similar al costo de fondos de la empresa sanitaria, eliminando así la distorsión que hoy se podría producir al considerar tasas de corto plazo para instrumentos de largo plazo. Sin embargo, esa modificación legislativa luego fue retirada por el Poder Ejecutivo;

**Centésimo sexagésimo cuarto.** Que, por su parte, Aguas Andinas argumenta que el legislador otorgó el derecho a las ESS de exigir a los urbanizadores este financiamiento como contrapartida al derecho de aquéllos de exigir el servicio dentro del área de concesión, por lo que el mecanismo de AFR es parte del sistema global de regulación sanitaria, y no debiera ser eliminado o modificado esencialmente sin considerar los efectos que ello produciría en la totalidad del

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

sistema. Adicionalmente, hace presente que, hasta diciembre de 2002, Aguas Andinas no efectuaba la recompra de los títulos emanados de las mismas sanitarias para efectos de arbitrar tasas de interés. Según afirma, esta práctica sólo comenzó luego de que la propia CChC se acercara para solicitar la firma de un convenio, aprobado por la SISS, en virtud del cual Aguas Andinas se comprometió a adquirir los pagarés emitidos como reembolso de AFR;

**Centésimo sexagésimo quinto.** Que, asimismo, Aguas Andinas estima que la prueba testimonial e instrumental producida acreditaría la existencia de un mercado secundario donde participan otros compradores de estos instrumentos, aparte de la ESS que los emite, por lo que no tiene una posición dominante en dicho mercado que le permita abusar en los términos señalados en el requerimiento;

**Centésimo sexagésimo sexto.** Que, finalmente, Aguas Andinas hace presente la existencia de un proyecto de ley –que derivó en la Ley N° 20.307, de diciembre de 2008— que eliminó la facultad de las ESS de exigir AFR respecto de proyectos de viviendas sociales de hasta 750 UF financiados con subsidios otorgados por el MINVU;

**Centésimo sexagésimo séptimo.** Que, por último, ESSAL considera que la FNE no ha realizado ninguna imputación concreta en su contra respecto de supuestos abusos en la adquisición de instrumentos que respaldan la obligación de reembolso de AFR. Hace presente que el mercado de capitales chileno es lo suficientemente profundo y competitivo para descartar cualquier posición dominante en la transacción de los referidos valores o instrumentos. Señala, además, que esta empresa está inscrita en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros y sometida a las normas de información pública que exige la Ley sobre Mercado de Valores y tiene, actualmente, valores emitidos debidamente registrados y clasificados en forma permanente;

**Centésimo sexagésimo octavo.** Que ESSAL también argumenta que, considerando la obligatoriedad de servicio que tienen las ESS al interior de sus zonas de concesión, resulta de toda lógica que el legislador estableciera la existencia de AFR, que le permiten acometer inversiones en infraestructura para el cumplimiento de su obligatoriedad de servicio, en las oportunidades requeridas por los desarrolladores inmobiliarios. El requerimiento de autos, a su juicio, pretende crear una obligación ilimitada de servicio y, a la vez, privar a las empresas sanitarias de una alternativa plenamente exigible de financiamiento necesario para dar cumplimiento a esa obligación;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo sexagésimo noveno.** Que analizando el marco jurídico aplicable en esta materia, el artículo 19 de la LTSS dispone que “*(L)a elección de la forma de devolución corresponderá al interesado, de entre las opciones de reembolso que le ofrezca el prestador. Dichas opciones siempre deben incluir la alternativa de pagarés reajustables*”. Las otras opciones que la ESS puede ofrecer están señaladas en el artículo 18 de la misma Ley. Al señalar que: “*(L)as devoluciones podrán ser pactadas en dinero, en documentos mercantiles, en la prestación del servicio de agua potable o alcantarillado, en acciones comunes del prestador o mediante cualquier otro mecanismo que acuerden las partes. Si la devolución no se hiciese en dinero, los títulos respectivos deberán ser endosables. Si el mecanismo de devolución fuese otro que acciones, el plazo máximo de reembolso será de quince años*”. Respecto de las acciones, éstas deben cumplir con ciertos requisitos de liquidez establecidos en el artículo 50 del Reglamento, mientras que las restantes alternativas deben considerar su reajustabilidad según IPC, y una tasa de interés correspondiente al promedio de las tasas de captación y de colocación para operaciones reajustables de 1 a 3 años;

**Centésimo septuagésimo.** Que corresponde a la SISS la fiscalización de que efectivamente las ESS cumplan con esta obligación y que los instrumentos de reembolso cumplan con las características establecidas en las disposiciones de la LTSS. De acuerdo con lo informado por la SISS en el Oficio Ord. N° 1555/2006 (acompañado como documento N° 23 a fojas 2097), y las declaraciones de testigos de fojas 4003, 4385 y 4293, las ESS comúnmente han optado por la emisión de pagarés endosables, en las condiciones y características que señala el artículo 17 de la LTSS, ya indicadas;

**Centésimo septuagésimo primero.** Que debe establecerse, en primer término, que las ESS no tienen la facultad de obligar a quien deba hacer un AFR, a aceptar estos pagarés, pudiendo en cualquier caso optar por alguna otra alternativa de reembolso que la ESS debe ofrecerle en conformidad al artículo 19 de la LTSS ya citado y que, de no cumplirse con esta obligación, los afectados disponen de mecanismos de control específicos ante el regulador sectorial;

**Centésimo septuagésimo segundo.** Que, a juicio de este Tribunal, resulta evidente que, por sí sola, la emisión de pagarés como instrumento de reembolso de AFR, que cumpla con los procedimientos, características y condiciones establecidas en la LTSS, corresponde al ejercicio de una facultad reglada y, por tanto, lícita desde el punto de vista de la legislación sectorial aplicable a las ESS;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo septuagésimo tercero.** Que, no obstante, de la revisión de los contratos de AFR suscritos por las requeridas, acompañados en autos a fojas 2527, 2667, 1642, 1194 y 3591, se constata que casi todos ellos contienen una cláusula idéntica, del siguiente tenor: *“Las partes dejan constancia que el Urbanizador ha elegido la forma de reembolso precedente entre las opciones ofrecidas por [la ESS], las que además comprendían cualquier otro mecanismo que acordaren las partes”*;

**Centésimo septuagésimo cuarto.** Que, como se señaló, el artículo 19 de la Ley de Tarifas dispone que *“(L)a elección de la forma de devolución corresponderá al interesado, de entre las opciones de reembolso que le ofrezca el prestador. Dichas opciones siempre deben incluir la alternativa de pagarés reajustables”*. En ese sentido, la ESS debe presentar al interesado al menos dos opciones —*“las opciones de reembolso”*— las que deben ser serias, reales y completas, requiriendo sólo la manifestación de voluntad del interesado —*“elección de la forma de devolución”*— para formar el consentimiento;

**Centésimo septuagésimo quinto.** Que, precisando el sentido y alcance de la norma citada, este Tribunal considera que la oferta de *“otro mecanismo que acordaren las partes”*, sin que dicho mecanismo esté explícita y previamente definido, como alternativa de reembolso al tiempo del contrato, no cumple con las características señaladas y que, al perderse la capacidad de elección entre alternativas reales de reembolso, en la práctica se fuerza a los desarrolladores inmobiliarios a aceptar los pagarés emitidos por las ESS. En consecuencia, para que efectivamente la alternativa citada precedentemente sea tal, debe corresponder a algún mecanismo previamente definido y aceptado tanto por la ESS como por el interesado, y no a una simple declaración sin un contenido preciso;

**Centésimo septuagésimo sexto.** Que, en suma, lo anterior constituiría, a juicio de este Tribunal, un ejercicio abusivo de la facultad que la LTSS otorga a las ESS. Sin embargo, ni la demandante ni la FNE han solicitado sanciones respecto de esta conducta, sino que sólo se han referido a los supuestos abusos en la recompra de pagarés emitidos por las ESS requeridas, por lo que únicamente se recomendará a la SISS fiscalizar apropiadamente las condiciones en que son emitidos los pagarés por reembolso de AFR, y se ordenará a las requeridas ofrecer a los urbanizadores otra alternativa de reembolso real y previamente definida, a fin de que no se vean forzados a aceptar estos títulos de deuda;



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo septuagésimo séptimo.** Que, como segundo aspecto en esta materia, en cuanto a la recompra de pagarés por la misma ESS que los entrega, este Tribunal considera que, una vez emitido dicho documento en reembolso de un AFR, éste corresponde a un instrumento financiero endosable —y por tanto transable en el mercado secundario— en el que la ESS es uno más de los demandantes relevantes. Sin embargo, tal como se ha señalado en el informe acompañado a fojas 2697, las declaraciones de testigos de fojas 1571 bis 8, 3402 bis 17 y 3402 bis 23 y los documentos de fojas 694, 3591 y 7781, las características de estos pagarés limitan su liquidez y, en consecuencia, la tasa de descuento que aplicará cualquier interesado en este tipo de instrumentos financieros es relativamente similar, sin que se aprecie que la ESS que lo emitió tenga alguna ventaja específica al respecto;

**Centésimo septuagésimo octavo.** Que sobre este hecho declararon los testigos Sr. Jaime Artigas Moreno, a fojas 4011; Sr. Sergio Espinoza Hetreau, a fojas 4232 y siguiente; Sr. Felipe Morandé Lavín, a fojas 4295 y 4387; Sr. Patricio Hales Dib, a fojas 4319 bis; Sr. Francisco J. Valdivia Bernstein, a fojas 6780; Sr. Rodrigo Arias, a fojas 1571; y Sr. Jorge Quiroz, a fojas 1538. También se refirieron a ella, al absolver posiciones, los representantes legales de ESSBIO, a fojas 3352, y de ANSM, a fojas 3643 y se acompañaron en autos los informes económicos que rolan a fojas 2112, 2697, 3384, y 7045. Asimismo, se acompañó al expediente un conjunto de cartas, contratos, pagarés y comprobantes de pago que dan cuenta de cómo funciona el sistema de AFR en la práctica (fojas 2073 y 2664, en el Tomo I del Cuaderno de Exhibición de Documentos de ANSM);

**Centésimo septuagésimo noveno.** Que del análisis de dicha evidencia y en especial de los pagarés correspondientes al sistema de AFR acompañados a fojas 2527, 2667, 1642, 1194 y 3591, se puede apreciar que tanto ANSM como ESSBIO y Aguas Andinas recompraron sus deudas, en algunos casos, en fechas muy cercanas a la de su emisión. Por ejemplo, en tres de los pagarés correspondientes a ANSM, la diferencia entre el día de emisión y el de recompra fue de dos días, y en cinco de los casos de ESSBIO la misma diferencia fue de sólo un día, mientras que el máximo de diferencia entre la fecha de emisión y la de recompra corresponde a 496, 602 y 66 días para los pagarés correspondientes a ANSM, ESSBIO y Aguas Andinas, respectivamente. Estos periodos son bastante menores que los plazos para los cuales se emitieron originalmente los AFR, plazos que, en la mayoría de los casos, correspondían a 15 años. Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Tabla Nº 9: PAGARÉS EMITIDOS POR REEMBOLSO DE AFR Y  
CONDICIONES DE RECOMPRA, 2003—2007**

	Nº de Pagarés		Monto de Capital (UF)	Diferencia de Días entre la Emisión y la Recompra	Porcentaje Pagado con Respecto al Valor Par
<b>Aguas Andinas</b>					
Recomprados por Aguas Andinas	4	Mínimo	470,42	13	65%
		Máximo	9705,84	66	77%
		Promedio	3711,78	36,5	72%
Endosados a un Inversionista	29	Mínimo	45,03	7	—
		Máximo	7297,76	813	—
		Promedio	1898,79	94,7	—
<b>ANSM</b>					
Recomprados por ANSM	126	Mínimo	27,48	2	60%
		Máximo	2975,10	496	74%
		Promedio	353,34	84,0	63%
<b>ESSBIO</b>					
Recomprados por ESSBIO	226	Mínimo	27,17	1	50%
		Máximo	17470,99	602	91%
		Promedio	892,35	54,7	62%

Fuente: Elaboración propia a partir de información acompañada por Aguas Andinas, ANSM y ESSBIO a fojas 3591 y 7781;

**Centésimo octogésimo.** Que, no obstante, también ha sido acreditado, por documentos de fojas 7781 y declaraciones de testigos de fojas 3397 y 6676, que existen otros posibles compradores de estos instrumentos financieros, con tasas de descuento similares, o incluso superiores, a aquellas usadas por las requeridas;

**Centésimo octogésimo primero.** Que, por lo tanto, este Tribunal concluye que, en un número muy significativo de operaciones, la recompra de los pagarés se produce poco después de su emisión, en cuyo caso el sistema de AFR es usado por las requeridas no tanto como mecanismo para financiar infraestructura dentro de su área de concesión, sino también para obtener una utilidad financiera no asociada a su giro;

**Centésimo octogésimo segundo.** Que, en cuanto a la relevancia de los ingresos obtenidos por las requeridas por concepto de AFR, la SISS informó, en su Ord. Nº 1683 (acompañado a fojas 2097), que entre los años 2003 a 2006, el total de las empresas sanitarias del país recibió AFR por aproximadamente unos cien mil millones de pesos. En cuanto a las requeridas, Aguas Andinas recibió 2,8 millones de UF en el mismo periodo, ESSBIO, 397.379 UF, ANSM 87.030 UF, y ESSAL 26.893 UF. A efectos ilustrativos y con el objeto de enfatizar la importancia

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

de la recomendación de cambio legal que se efectuará en lo resolutivo de esta sentencia, si se considerara la tasa promedio a la que el mercado descuenta los pagarés emitidos por operaciones de AFR, esto es, aproximadamente 35%, el uso de este sistema, extrapolado al total de la industria, generaría rentas de treinta y cinco mil millones de pesos. Sin embargo, estas rentas se transferirían a los consumidores si se declararan como “Aportes de Terceros” en los correspondientes procesos tarifarios;

**Centésimo octogésimo tercero.** Que, al respecto, no existe evidencia en autos que permita acreditar que las requeridas efectivamente no declararon como “Aportes de Terceros”, en los correspondientes procesos tarifarios, los ingresos financieros obtenidos por la recompra de pagarés. No obstante, debe tenerse presente que la SISS ha reconocido —en su Oficio Ord. N° 3105— que no efectúa un control efectivo de los ingresos por este concepto que podrían constituir “Aportes de Terceros”, ni tampoco una revisión *ex post* de aquéllos que son declarados por las ESS en cada proceso tarifario;

**Centésimo octogésimo cuarto.** Que, en efecto, la significativa tasa de descuento con que son recomprados los pagarés emitidos por las ESS obedece a una distorsión regulatoria originada en parte por la circunstancia de que la tasa establecida para estos instrumentos en el artículo 14 de la LTSS no se condice con el plazo del mismo instrumento;

**Centésimo octogésimo quinto.** Que, en relación con lo anterior, la propia SISS —en Oficio Ord. N° 1555 de agosto de 2006, acompañado a fs. 2246 por la FNE— señala que el actual marco normativo debe ser mejorado en cuanto a facilitar la transacción en el mercado de los documentos de reembolso, haciendo más consistentes las tasas que se pagan en la emisión del documento y los plazos a los que se emiten los pagarés;

**Centésimo octogésimo sexto.** Que por todo lo establecido en las consideraciones precedentes, este Tribunal ordenará a las requeridas, como medida correctiva de acuerdo con lo establecido en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, que en el futuro ofrezcan anticipadamente al menos una alternativa de reembolso real y determinada, distinta de los pagarés, como exige la ley, y también recomendará la modificación del artículo 17 de la LTSS, a fin de ajustar el mecanismo de determinación de la tasa al plazo efectivo del pagaré;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**En cuanto a la fundamentación de la imposición de multas a ANSM y ESSBIO:**

**Centésimo octogésimo séptimo.** Que, de acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 26 del D.L. N° 211, el monto de las multas que aplique este Tribunal por infracciones a la libre competencia debe determinarse considerando (i) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; (ii) la gravedad de la conducta; y, (iii) la calidad de reincidente del infractor;

**Centésimo octogésimo octavo.** Que respecto del primer parámetro señalado, se ha establecido en autos, como se dijo en las consideraciones septuagésimo cuarto y centésimo, que ANSM obtuvo beneficios económicos de a lo menos 23.410 UF por los cobros arbitrariamente discriminatorios efectuados a Constructora Independencia, y de a lo menos 21.946 UF por el uso de un parámetro injustificado y abusivo en la determinación de los cobros por prestación de servicios sanitarios fuera de su área de concesión. Por su parte, el beneficio económico obtenido por ESSBIO por el uso del “factor nuevo consumo” asciende a 41.074 UF, según lo estimado por este Tribunal en la consideración septuagésimo cuarto;

**Centésimo octogésimo noveno.** Que en relación con la gravedad de las conductas de abuso establecidas en autos, este Tribunal estima que, a pesar de que tales conductas fueron realizadas fuera de los territorios concesionados a cada requerida, las fuentes de posición de dominio que éstas poseen en determinadas áreas colindantes a sus respectivos territorios operacionales surgen, precisamente, de las economías de ámbito y de escala que las requeridas han podido alcanzar dentro de cada territorio concesionado, y así luego extender hacia áreas colindantes. Tal fuente de posición de dominio, en áreas adyacentes a territorios concesionados, que constituyen un monopolio legal, impone un especial y estricto deber de cuidado a las empresas concesionarias de servicios sanitarios, en términos de velar por que sus conductas no atenten contra la libre competencia, incluso en áreas fuera del territorio concesionado;

**Centésimo nonagésimo.** Por otra parte, la demanda por los servicios de agua potable y alcantarillado se caracteriza por presentar bajas elasticidades-precio; y esto es así precisamente por referirse a servicios de necesidad básica, tanto para el consumidor final como para el urbanizador, pues para desarrollar un proyecto inmobiliario es requisito indispensable contar con dichos servicios;

**Centésimo nonagésimo primero.** Que, también en relación con la gravedad de las conductas de abuso acreditadas en autos, en opinión de este Tribunal, es

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

necesario considerar además los efectos de estas conductas en el mercado de viviendas sociales, ya que los cobros excesivos realizados a los urbanizadores, si bien podrían ser traspasados –al menos en parte— a los usuarios vía un mayor precio de la vivienda, en alguna proporción serán, en último término, financiados por subsidios estatales. Lo anterior implica que, dado un determinado monto de gasto social destinado a esta materia, los cobros abusivos acreditados en autos habrían redundado, finalmente, en un menor desarrollo de viviendas sociales;

**Centésimo nonagésimo segundo.** Que así, dado el conjunto de los factores que condicionan la demanda y oferta de los servicios sanitarios analizados en autos, los demandantes de estos servicios en áreas colindantes a territorios concesionados a empresas sanitarias, y en donde estas empresas puedan extender y aprovechar sus economías de ámbito y de escala, enfrentarán muy escasas opciones de elección respecto del proveedor de tales servicios. Por todo lo anterior, este Tribunal estima que las conductas de abuso acreditadas en autos son graves, lo que será considerado al calcular el valor de las multas por imponerse en cada caso;

**Centésimo nonagésimo tercero.** Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general. Lo anterior implica que el monto de la multa, en términos de su valor esperado por parte de quien decide ejecutar la conducta ilícita, debiera ser al menos equivalente al beneficio económico obtenido mediante las conductas que este Tribunal ha calificado como contrarias a la libre competencia. Así, en todo incumplimiento de la ley en el cual no exista, en términos *ex ante*, certeza jurídica plena y absoluta de que el ejecutante de tal ilícito será en definitiva sancionado por cometer dicho ilícito, el valor efectivo de la multa a imponerse debe ser superior al beneficio económico obtenido al realizar la conducta ilícita;

**Centésimo nonagésimo cuarto.** Que, por último, ni ANSM ni ESSBIO han sido condenadas previamente por infracciones a la libre competencia, por lo que no se considerará la reincidencia al determinar el monto de las multas que se señalan en lo resolutivo de esta sentencia;

**Y TENIENDO PRESENTE**, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º N° 1, 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil,

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**SE RESUELVE:**

1. **Acoger** las tachas planteadas por ANSM, respecto del testigo Sr. Rodrigo Arias B.; por ANDESS en contra del testigo Sr. Luis Loyola A., por todas las requeridas y ANDESS respecto del testigo Sr. Ronaldo Bruna V.; y por Constructora Independencia, la Fiscalía Nacional Económica y la Cámara Chilena de la Construcción, respecto de los testigos Sr. David González C. y Sr. Sergio Tejías M.;
2. **Rechazar** las tachas planteadas por ESSAL respecto del testigo Sr. Jorge Quiroz C.; de ANSM en contra del testigo Sr. Jorge Yunge W.; por Aguas Andinas y ANDESS en contra de don Luis Caballero B.; por ANSM y ANDESS respecto del testigo Sr. Roberto Cerutti S.; por Aguas Andinas, ESSAL, ANSM y ANDESS respecto de don Rodrigo Galilea V.; por ANDESS respecto de los testigos Sres. José Miguel García E. y Patricio Hales D.; por ESSAL, ANDESS y Aguas Andinas en contra del testigo Sr. Felipe Morandé L.; por la Fiscalía Nacional Económica y la Cámara Chilena de la Construcción en contra de los testigos Sres. Jorge Carrasco P., Raúl Chihuayyán M., Darío Maringer D., Sr. Mauricio Arredondo D., doña Raquel Arestizábal A. y don Héctor Lagunas M.; por la Fiscalía Nacional Económica al testigo Sr. Jorge Ale Y.; y por Constructora Independencia y la Fiscalía Nacional Económica respecto del testigo Sr. Gonzalo León F., todas sin costas;
3. **Acoger** la objeción de documentos planteada por ANSM a fojas 2755;
4. **Rechazar** las objeciones de documentos formuladas por ANSM a fojas 2994, 2798, 2755, 2910, 2917, 2926, 3234 y 3269; por ESSBIO a fojas 2496, 2794, 2919, 3274, 3243 y 3271; por ESSAL a fojas 2759 y 2857; y por Aguas Andinas a fojas 2855, sin costas;
5. **Acoger parcialmente** las excepciones de prescripción interpuestas por Aguas Nuevo Sur Maule S.A., ESSBIO S.A., ESSAL 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 de 2004, para ESSAL;
6. **Acoger la demanda de Inmobiliaria y Constructora Independencia Ltda.** en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., declarando que esta empresa ha

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

abusado de su posición dominante, al aplicar a la actora cobros arbitrariamente discriminatorios en los casos indicados en lo considerativo de esta sentencia, por lo que se le condena al pago de una multa de 1.338 UTA, con costas;

**7. Acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, sólo en cuanto:**

**a)** Se declara que las empresas Aguas Nuevo Sur Maule S.A. y ESSBIO S.A. han utilizado un parámetro de cobro, denominado “factor nuevo consumo”, que es injustificado y abusivo, por lo que, sin perjuicio de lo resuelto en el numeral seis, precedente, se les condena al pago de una multa de 1.254 UTA y de 2.347 UTA, respectivamente;

**b)** Se ordena a las requeridas modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, estableciendo en su reemplazo uno basado en parámetros explícitos que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios, que deberá ser de libre acceso público y mantenerse publicado en sus respectivas páginas web;

**c)** No condenar en costas a las requeridas, por no haber sido totalmente vencidas.

**8. Imponer a las requeridas,** como medida correctiva de aquellas a las que se refiere en artículo 3º del D.L. N° 211, la obligación de presentar al urbanizador al menos una alternativa de reembolso real, determinada y distinta de los pagarés, al momento de ofrecerle los mecanismos de reembolso de sus aportes financieros establecidos en el artículo 14 del D.F.L 70, Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios. Asimismo, se recomienda a la Superintendencia de Servicios Sanitarios fiscalizar apropiadamente las condiciones en que son emitidos los pagarés por reembolso de AFR.

**9. Proponer a S.E. la Presidenta de la República,** a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, la modificación de los siguientes preceptos legales y reglamentarios, a fin de adecuarlos a las normas que protegen la libre competencia en el mercado afectado, tal como ha sido determinado en la parte considerativa del presente fallo:

**a)** La Ley General de Servicios Sanitarios, DFL N° 382 de 1989, imponiendo a aquellas empresas de servicios sanitarios que cuenten con instalaciones de producción de agua potable, tratamiento y disposición de aguas servidas

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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, DFL N° 70, de 1988, de forma tal que el mecanismo para determinar la tasa de interés señalada en su artículo 17 sea consistente con el plazo acordado para el reembolso;

Se previene que el Ministro Sr. Menchaca, no obstante concurrir al fallo, estuvo por imponer una multa total de 1.500 UTA a Aguas Nuevo Sur Maule S.A., y de 1.400 UTA a ESSBIO S.A.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 79-05

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres.

No firman los Ministros Sres. Menchaca y Peña por encontrarse en comisión de servicio, no obstante haber concurrido al acuerdo.

Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Veloza Alcaide.