
REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA
LIBRE COMPETENCIA

INFORME N° 34/2024

Santiago, diez de diciembre de dos mil veinticuatro

- PROCEDIMIENTO** : No Contencioso
- ROL** : NC N° 518-22
- SOLICITANTE** : Fiscalía Nacional Económica
- OBJETO** : Ejercer la facultad conferida al Tribunal en el inciso 2° del artículo 12 A del DFL N° 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas, en orden a calificar como sujetos a fijación de precios ciertos servicios asociados suministrados por empresas de servicio público sanitario que presentan características monopólicas.
- APORTANTES DE ANTECEDENTES** :
1. Cooperativa Agua Potable Santo Domingo Ltda.
 2. Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios A.G.
 3. Aguas del Valle S.A.
 4. Esva S.A.
 5. Essbio S.A.
 6. Nueva Atacama S.A.
 7. Aguas Altiplano S.A.
 8. Aguas Magallanes S.A.
 9. Aguas Araucanía S.A.
 10. Nuevosur S.A.
 11. Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A.
 12. Aguas San Pedro S.A.
 13. Aguas Cordillera S.A. y Aguas Manquehue S.A.
 14. Aguas Andinas S.A.
 15. Cámara Chilena de la Construcción A.G.
 16. Superintendencia de Servicios Sanitarios

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Contenido

I. PARTE EXPOSITIVA.....	3
A. Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica.....	3
B. Aportes de antecedentes	4
C. Audiencia Pública	6
D. PARTE CONSIDERATIVA	6
A. Objeto y alcance del procedimiento	6
B. Alcance del inciso 2° del artículo 12 A de la LTS y competencia del TDLC.....	7
C. Las prestaciones objeto de la Solicitud.....	20
E. PARTE RESOLUTIVA	32

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. PARTE EXPOSITIVA

A. Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica

1. A folio 12, el 25 de noviembre de 2022, comparece Ricardo Riesco Eyzaguirre, en representación de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”), ambos domiciliados para estos efectos en Huérfanos N° 670, piso 8, quien solicita al Tribunal que, según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 12 A del DFL N° 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas (en adelante “**Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios**” o “**LTS**”), ejerza la facultad conferida en dicho precepto legal en orden a calificar como sujetos a fijación de precios por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (“SISS” o “Superintendencia”), ciertos servicios asociados suministrados por empresas de servicio público sanitario que presentan características monopólicas y que, por ello, no pueden estar sujetas a un régimen de libertad tarifaria como el existente en la actualidad (“Solicitud”).

2. Señala que el Decreto con Fuerza de Ley N° 382, que establece la Ley General de Servicios Sanitarios (“**LGSS**”) distingue distintas categorías de servicios prestados por las empresas de servicios públicos sanitarios. En primer lugar, identifica las prestaciones obligatorias de servicio público sanitario, contempladas en el artículo 5° de la LGSS, que están sujetas a fijación de tarifas. Luego, identifica las prestaciones asociadas a las de servicio público sanitario, las que a su vez pueden ser obligatorias o voluntarias. Las prestaciones asociadas obligatorias están sujetas a fijación tarifaria si, por su naturaleza, solo pueden ser realizadas por el titular de derechos de explotación sanitarios. En caso de que puedan ser realizadas por terceros, no están sujetas a fijación de tarifas, a menos que se dé el supuesto del inciso 2° del artículo 12 A de la LTS, esto es, que la Comisión Resolutiva (hoy el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) “*determine que tienen características monopólicas y por tanto sea necesario fijarles tarifas dentro del respectivo período tarifario*”.

3. Sobre esa base, la Fiscalía identifica 15 servicios asociados a la prestación de servicios públicos sanitarios, que a su juicio se prestan con características monopólicas, respecto de los cuales procedería un régimen de fijación tarifaria. La FNE clasifica dichos servicios dentro de las siguientes categorías: (i) producción de agua potable; (ii) distribución de agua potable por red; (iii) recepción y tratamiento de aguas servidas provenientes de camiones limpia fosas; (iv) servicios relacionados al artículo 52 bis de la LGSS; (v) servicios asociados a ampliaciones del territorio operacional (también denominados servicios ATO); y (vi) servicios comerciales y administrativos. El listado de los servicios que integran cada categoría se encuentra en la siguiente tabla:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 1
Prestaciones objeto de la Solicitud

Categoría	ID	Prestación
(1) Producción de agua potable	1.1	Venta de agua potable a camiones aljibes en la planta de producción
	1.2	Venta de agua potable a través de la red de producción
(2) Distribución de agua potable por red	2.1	Corte de suministro para la conexión de redes de agua potable
	2.2	Corte de suministro para la conexión de arranque
	2.3	Venta de agua potable a camiones aljibes desde la red de distribución
(3) Recepción camiones limpiafosas	3.1	Recepción y tratamiento del contenido de las fosas sépticas en las plantas de tratamiento de aguas servidas
(4) Servicios relacionados al artículo 52 bis de la LGSS	4.1	Servicio integral a proyectos 52 bis
	4.2	Derecho de conexión convenios 52 bis
	4.3	Venta de agua potable a proyectos 52 bis
	4.4	Operación solo agua potable a proyectos 52 bis
	4.5	Operación solo recolección y tratamiento aguas servidas a proyectos 52 bis
	4.6	Servicio de tratamiento aguas servidas a proyectos 52 bis
(5) Servicios asociados a ampliaciones del territorio operacional	5.1	Gestión de ampliación del área de concesión dentro del radio urbano de la ciudad (ATO)
(6) Servicios comerciales y administrativos	6.1	Cobro por agua perdida en la red atribuible a terceros
	6.2	Despacho postal de correspondencia a un domicilio distinto al que recibe el servicio sanitario

Fuente: elaboración propia en base a Solicitud, folio 12, pp. 13 y 14.

4. En definitiva, la Fiscalía solicita al Tribunal calificar como sujetos a fijación de precios todos los servicios sanitarios asociados que detalla en su presentación, en consideración a que presentan características monopólicas que no permiten que se mantenga a su respecto el régimen de libertad de precios que rige en la actualidad.

B. Aportes de antecedentes

5. A folio 59, el 10 de enero de 2023, aportó antecedentes Cooperativa Agua Potable Santo Domingo Ltda. (“Coopagua”), señalando someramente que los servicios asociados suministrados por dicha empresa no se prestan con características monopólicas porque existe libre competencia para proveerlos y es decisión del cliente ser atendido por Coopagua.

6. Luego, el 17 de marzo de 2023, aportaron antecedentes las entidades que se identifican en los párrafos siguientes.

7. A folio 85 aportó antecedentes la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios A.G. (“Andess”), quien plantea que, dado el contexto actual de la industria, luego de analizar pormenorizadamente con ejemplos reales la competencia respecto de los servicios asociados, se debe concluir que no es necesario ampliar las limitaciones tarifarias respecto de los servicios individualizados por la Fiscalía a folio 12, en virtud de los fundamentos desarrollados en su presentación.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8. A folios 86 y 87 aportaron antecedentes Aguas del Valle S.A. (“Aguas del Valle”) y Esval S.A. (“Esval”) respectivamente, quienes concluyen que la Solicitud de la FNE debe ser rechazada en forma íntegra, en virtud de los fundamentos desarrollados en sus presentaciones.

9. A folio 100 aportó antecedentes Essbio S.A. (“Essbio”), quien solicita rechazar la Solicitud de la FNE, al menos respecto de dicha empresa, por los fundamentos desarrollados en su presentación.

10. A folios 101 y 102 aportaron antecedentes Nueva Atacama S.A. (“Nueva Atacama”) y Aguas Altiplano S.A. (“Aguas Altiplano”) respectivamente, quienes señalan, en lo medular, que la calificación de la FNE de que las actividades o servicios asociados que identifica presentan características monopólicas no ha sido debidamente justificada de acuerdo con la realidad de cada sector del país, por los fundamentos desarrollados en sus presentaciones.

11. A folios 103 y 104 aportaron antecedentes Aguas Magallanes S.A. (“Aguas Magallanes”) y Aguas Araucanía S.A. (“Aguas Araucanía”) respectivamente, quienes concluyen que no corresponde tarificar los servicios que la Fiscalía pide regular, en virtud de los fundamentos desarrollados en sus presentaciones.

12. A folio 120 aportó antecedentes Nuevosur S.A. (“Nuevosur”), quien solicita rechazar la Solicitud de la FNE, al menos respecto de dicha empresa, por los fundamentos desarrollados en su presentación.

13. A folio 122 aportó antecedentes la Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. (“ESSAL”), quien solicita rechazar, en lo que respecta a ESSAL, la Solicitud de la FNE, particularmente en lo referido a los servicios ATO y los relacionados con el artículo 52 bis, en virtud de los fundamentos desarrollados en su presentación.

14. A folio 123 aportó antecedentes Aguas San Pedro S.A. (“Aguas San Pedro”), quien señala que en cada una de las comunas en que opera dicha empresa existe a lo menos una concesionaria de servicios públicos sanitarios además de la empresa aportante, según detalla en su presentación.

15. A folio 126 aportaron antecedentes Aguas Cordillera S.A. y Aguas Manquehue S.A., quienes piden rechazar la solicitud de la FNE, en virtud de los fundamentos desarrollados en su escrito.

16. A folio 129 aportó antecedentes Aguas Andinas S.A. (“Aguas Andinas”), quien requiere al Tribunal rechazar en todas sus partes la solicitud de la Fiscalía, por los fundamentos que expone en su presentación.

17. A folio 132 aportó antecedentes la Cámara Chilena de la Construcción A.G. (“CChC”), señalando someramente que la solicitud de la FNE respecto de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los servicios ATO y del artículo 52 bis, de ser acogida, permitiría eliminar o disminuir significativamente las distorsiones que existen actualmente a su respecto, según desarrolla en su presentación.

18. Por último, a folio 134 aportó antecedentes la SISS, señalando someramente que no se aprecia con claridad que la mayoría de los servicios identificados en la Solicitud de la Fiscalía puedan corresponder a las prestaciones aludidas en el inciso 2° del artículo 12 A y 21 de la Ley de Tarifas Sanitarias, según detalla en su presentación.

C. Audiencia Pública

19. A folio 260, el 29 de mayo de 2024, se citó a audiencia pública, la que fue realizada el 10 de julio de 2024, según consta en el certificado que rola a folio 283, quedando en dicha fecha la causa en estado de acuerdo. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 19 de junio de 2024, según consta a folio 263. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la FNE, CChC, Andess, Aguas Araucanía, Aguas Magallanes, Esva, Aguas del Valle, Essbio, Nuevosur, Suralis S.A. (anteriormente ESSAL), Aguas Andinas, Nueva Atacama y Aguas Altiplano.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. Objeto y alcance del procedimiento

1. El proceso de autos tiene por objeto que este Tribunal ejerza su facultad regulada en el artículo 12 A de la LTS. En lo relevante, el inciso 2° del referido artículo dispone que:

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

2. En consecuencia, este Tribunal, en cuanto sucesor de la Comisión Resolutiva, debe determinar si los servicios detallados en la presentación de la FNE de folio 12 tienen características monopólicas y, por tanto, sería necesario fijarles tarifas por la SISS dentro del respectivo período tarifario.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Con todo, los aportantes de antecedentes han dado cuenta de una interpretación distinta de la FNE respecto al ámbito de aplicación del artículo 12 A de la LTS. En concreto, se discute si, como propone la Fiscalía, la facultad de este Tribunal es aplicable respecto de todas las prestaciones relacionadas a los servicios públicos sanitarios, independientemente de su carácter voluntario u obligatorio, o si sólo procede respecto de los servicios relacionados obligatorios.

4. Esta divergencia entre la FNE y los demás aportantes de antecedentes es relevante, ya que solo en casos excepcionales este Tribunal se encuentra habilitado por el legislador para ordenar la fijación de tarifas. Así, la competencia de esta magistratura queda fijada por la norma que le entrega dicha atribución.

5. De esta manera, para definir la competencia de este Tribunal, se debe determinar el alcance del artículo 12 A de la LTS, con el fin de identificar respecto de qué tipo de prestaciones ejecutadas por las empresas de servicio público sanitario resulta aplicable la facultad establecida en dicho artículo.

6. Sólo una vez aclarado el ámbito de aplicación, se procederá al análisis de la Solicitud. Este análisis se compone de dos etapas. En primer lugar, se debe determinar si los servicios concretamente identificados por la FNE en su Solicitud pertenecen a aquellos respecto de los cuales procede el ejercicio de la facultad regulada en el artículo 12 A de la LTS. Y, para el caso que proceda, en segundo lugar, se debe definir si el servicio en cuestión es prestado con “características monopólicas”.

B. Alcance del inciso 2° del artículo 12 A de la LTS y competencia del TDLC

(i) Ley de servicios sanitarios, tipos de servicios o prestaciones sanitarias

7. Para definir el ámbito de aplicación del inciso 2° del artículo 12 A de la LTS y la competencia de este Tribunal, es necesario tener presente algunas definiciones establecidas en la normativa que regula los servicios sanitarios, especialmente en lo referido a los tipos de servicios que pueden ser prestados por las empresas públicas sanitarias y su tarificación.

8. El artículo 1° de la LGSS define los servicios sanitarios como “servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas”. Asimismo, entiende por producción de agua potable “la captación y tratamiento de agua cruda, para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas”; por distribución de agua potable, “la conducción del agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario”; por recolección de aguas servidas, “la conducción de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

éstas desde el inmueble del usuario, hasta la entrega para su disposición”; y por disposición de aguas servidas, “la evacuación de éstas en cuerpos receptores, en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas, o en sistemas de tratamiento” (art. 3°).

9. Sobre esa base, el artículo 5° de la ley distingue cuatro tipos de servicios públicos sanitarios. En primer lugar, el “servicio público de producción de agua potable”, definido como *“aquel cuyo objeto es producir agua potable para un servicio público de distribución”*. En segundo lugar, está el “servicio público de distribución de agua potable”, que corresponde a *“aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación”*. Luego, define el “servicio público de recolección de aguas servidas” como *“aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación”*. Por último, se refiere al “servicio público de disposición de aguas servidas” como *“aquel cuyo objeto es disponer las aguas servidas de un servicio público de recolección”*. Estos servicios públicos sanitarios, de conformidad con el artículo 1° de la LTS, están sujetos a fijación de tarifas, las que tienen el carácter de precios máximos (artículo 2° de la LTS) y son calculadas de acuerdo con el procedimiento establecido en la LTS, según se define en el artículo 4° de la mencionada ley.

10. Por otra parte, la LGSS establece que estarán sujetos al régimen de concesiones todos los prestadores de servicios sanitarios definidos en el artículo 5° de la LGSS, cualquiera sea su naturaleza jurídica, sean de propiedad pública o privada (art. 4°), y que estas concesiones serán otorgadas a sociedades anónimas que se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas (art. 8° inc. 1°). Añade que dichas sociedades anónimas tendrán como único objeto el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos sanitarios y *“demás prestaciones relacionadas con dichas actividades”* (art. 8° inc. 2°).

11. En consecuencia, las empresas concesionarias de servicios públicos sanitarios (en adelante, “empresas concesionarias” o “concesionarias”) pueden realizar exclusivamente dos categorías de prestaciones: **(a)** los servicios públicos sanitarios definidos en el art. 5° de la LGSS, descritos *supra*; y **(b)** las prestaciones relacionadas a aquéllos (“prestaciones relacionadas o asociadas”).

12. Respecto a las prestaciones relacionadas, si bien la LGSS no provee una definición precisa, la SISS, en uso de su facultad legal de interpretar la normativa sanitaria, prevista en el artículo 4° letra c) de la Ley N° 18.902 que crea dicho organismo, ha dotado de contenido al concepto *“en función de la naturaleza de los servicios que constituyen su giro principal o recurriendo a otras*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

normas jurídicas contenidas en la legislación sanitaria” (Oficio Ordinario N° 1166 de 5 de octubre de 1994, disponible en <https://www.siss.gob.cl/appsiss/DocsSisJurisprudencia/circulares/Oficio%201166-1994.pdf>, fecha de consulta 28.10.2024). En ese orden de ideas, la Superintendencia ha señalado que entiende las prestaciones relacionadas “*como aquellas que recaen o conciernen de manera directa con los servicios públicos que conforman su objeto principal y sólo están dirigidas a posibilitar su cumplimiento o constituyen acciones necesarias e indispensables para que aquellas se verifiquen*”. Añade que, conforme a tal interpretación, “*no es procedente que por la vía de las prestaciones relacionadas se admita la ejecución de actividades que en nada digan relación o que no conduzcan necesaria e inevitablemente a la producción y distribución de agua potable o a la recolección y disposición de aguas servidas*” (ídem).

13. A su vez, las prestaciones relacionadas se clasifican entre sí dependiendo de si son prestadas por la empresa concesionaria o por terceros; y si tienen carácter obligatorio o voluntario. Para realizar esta clasificación, se debe considerar las normas que regulan su tarificación.

14. En este sentido, el artículo 21 del Título III de la LTS que se refiere a “Otros Cobros” y disposiciones varias, establece lo siguiente:

“Los precios a cobrar por las prestaciones asociadas a la entrega de los servicios de agua potable y alcantarillado que, dada su naturaleza y de acuerdo con lo que estipule la Superintendencia de Servicios Sanitarios, solo puedan ser realizados por el prestador tales como el corte y reposición del suministro a usuarios morosos, serán determinados por esta Superintendencia y fijados por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y su cálculo se incluirá en los estudios de tarifas mencionados en el artículo 8.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 A, para las demás prestaciones, los prestadores podrán establecer libremente los precios a cobrar a sus usuarios, los que serán informados a la Superintendencia de Servicios Sanitarios en forma previa a su aplicación. Dichas prestaciones podrán ser ejecutadas por terceros, de lo cual se informará a los usuarios.”

15. De este modo, la norma distingue entre aquellas prestaciones asociadas a la entrega de servicios de agua potable y alcantarillado que, dada su naturaleza y de acuerdo con lo que establezca la SISS, solo pueden ser realizadas por las empresas concesionarias, tales como el corte y reposición del suministro a los usuarios morosos (inc. 1°), y las “demás prestaciones”, que podrán ser ejecutadas también por terceros, de lo cual se debe informar a los usuarios (inc. 2°). Esta distinción tiene por objeto clarificar cuáles de ellas deben

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sujetarse a fijación de tarifas (las del inciso 1°) y cuáles no (por regla general, las del inciso 2°).

16. Por otro lado, nada dice la norma respecto a si las empresas concesionarias están obligadas a prestar los servicios asociados regulados en el artículo 21 de la LTS. Así, para dicha definición deben examinarse otras normas de la referida ley.

17. Para estos efectos resulta relevante el artículo 24 de la LTS, que establece que “[s]i el prestador desea dar servicios no obligatorios podrá convenir libremente con los interesados los pagos y compensaciones a que haya lugar.” El artículo en comento da cuenta de otro tipo de prestaciones relacionadas, esto es, aquellas voluntarias. Dichas prestaciones, además, están sujetas a libertad tarifaria.

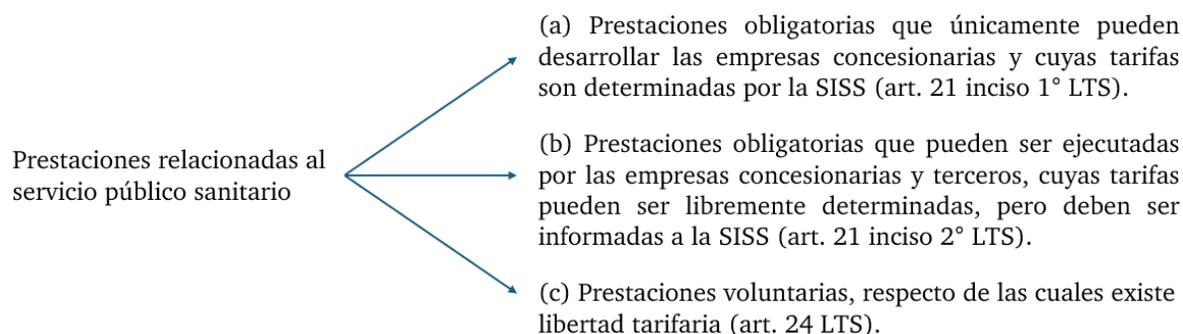
18. En consecuencia, si bien el artículo 21 no establece expresamente que las prestaciones relacionadas a las que hace referencia son de carácter obligatorio, una interpretación armónica de los artículos 21 y 24 de la LTS permite concluir que las prestaciones a que hacen referencia ambos incisos del artículo 21 tienen ese carácter. En efecto, el artículo 24 establece que, si las concesionarias desean dar servicios “no obligatorios”, su tarifa podrá ser convenida libremente con los interesados. Al regular expresamente la hipótesis de la tarificación de las prestaciones voluntarias en dicho artículo, el legislador da cuenta de que la norma referida a la tarificación de las prestaciones relacionadas contenida en el artículo 21 no le es aplicable a esas prestaciones relacionadas voluntarias. De este modo, cabe concluir que el referido artículo 21 se refiere únicamente a las prestaciones relacionadas de carácter obligatorio. De no ser así, no tendría sentido la existencia del artículo 24 de LTS, pues sería una mera reiteración de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 21 de la LTS. Cabe recordar que el ejercicio de interpretación de la ley debe realizarse buscando su debida armonía, de manera tal que el significado de ésta no puede establecerse aislando una disposición de otras (Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 20 abril 1964. RDJ, T. 61, sec. 2ª, p. 24). Así, este Tribunal debe preferir aquella interpretación que otorga un sentido armónico a ambas normas dentro de la LTS.

19. En línea con lo anterior, el informe presentado por la FNE a folio 12 (agregado mediante certificación de folio 42, en adelante “Informe Pacta”), luego de realizar una revisión de diversos oficios ordinarios de la SISS destaca que una importante diferencia entre las prestaciones del artículo 21 inciso 2° de la LTS y aquellas del artículo 24 de dicha ley es la obligatoriedad. En efecto, de acuerdo con el informe *“las del Art. 21 inciso 2° son prestaciones asociadas y obligatorias que también pueden ser ejecutadas por terceros, y las del artículo 24 son aquellas que, insertas en el objeto de la concesionaria, son de carácter voluntario”* (Informe Pacta, p. 152, destacado en el original).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20. De esta manera, en razón de lo expuesto, y de conformidad con los artículos 21 y 24 de la LTS, se distinguen tres tipos de prestaciones relacionadas, según se expone en la figura a continuación:

Figura N° 1



Fuente: Elaboración propia

21. A continuación, se expondrán aspectos económicos relevantes que justifican esta regulación de tarifas.

(ii) Justificación económica de la tarifación de los servicios públicos sanitarios

22. Los servicios sanitarios pueden ser caracterizados como un monopolio natural. De acuerdo con la teoría económica, se está en presencia de este tipo de monopolio cuando una sola empresa puede ofrecer un bien o servicio a menor costo que dos o más empresas, sin que exista posibilidad cercana de sustitución en el consumo del bien o servicio ofrecido por dicha empresa. Generalmente, el monopolio natural se desarrolla en industrias con presencia de altas economías de escala en el rango de producción relevante.

23. En particular, si se analiza la producción y distribución de agua potable o la recolección y disposición de aguas servidas se observa que, para suministrar el servicio a los habitantes de una ciudad, resulta más conveniente que sea solo una la red de tuberías y que no se superpongan redes. Así, si compitieran dos o más empresas por el suministro de este servicio, cada una tendría que incurrir en el costo fijo de construir una red de tuberías, replicando esos costos, y desaprovechando además las economías asociadas a la dinámica de fluidos, lo que haría que la existencia de más de una red signifique un mayor costo medio. Por lo tanto, el costo total promedio del servicio es menor si solo una empresa abastece a todo el mercado. En la situación descrita, el equilibrio óptimo de largo plazo converge a la existencia de una única empresa.

24. Sin embargo, aun cuando el costo total promedio del servicio sea menor cuando una sola empresa lo provee, el monopolista igualmente tiene incentivos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a cobrar el precio monopólico por este si es que, como es esperable, el aumento del precio no induce a otros a entrar y duplicar las instalaciones. Ello entonces, causa una ineficiencia asignativa y, con ello, una pérdida de bienestar social. Asimismo, otro resultado no deseable que es general a situaciones en las que se regulan los monopolios naturales, pero que resulta particularmente grave en el caso del servicio público sanitario, es que el monopolista también tiene incentivos a ahorrar costos, lo que resulta en un deterioro de la calidad del producto y servicio ofrecido.

25. A lo anterior se agrega una particularidad del consumo de servicios sanitarios, esto es que se producen externalidades positivas, es decir, efectos en terceros no directamente relacionados con el mercado que se trata. En efecto, y solo a modo de ejemplo, cuando existe un menor consumo del servicio sanitario (consumo de agua potable y disposición de aguas servidas) aumenta la probabilidad de que se propaguen enfermedades como la hepatitis, tifus o el cólera, lo que afecta no solo a quien contrae la enfermedad por tener un menor consumo del servicio sanitario, sino que tiene consecuencias sobre la sociedad en su conjunto (Mankiw, G. “Principios de Economía”, Sexta edición, año 2012, ISBN-13: 978-607-481-829-1, pp. 302 y 303; Alé, J. “Un nuevo esquema de regulación de monopolios naturales”. *Estudios Públicos*. 37 (enero 1990) pp. 3-7, disponible en: <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1501>, fecha de consulta: 6.12.2024).

26. Ante estas circunstancias, y en el entendido que tales externalidades no pueden resolverse a través de negociaciones entre privados por los altos costos que existirían (H. Coase, Ronald. 1992. El problema del costo social. *Estudios Públicos*. 45 (enero 1992), disponible en <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1397/2360>, fecha de consulta 27.11.24), se vuelve necesaria la intervención del Estado mediante la regulación para impedir que se produzcan las pérdidas de bienestar social detalladas. Así, una de las técnicas regulatorias utilizadas en nuestro ordenamiento ha sido la fijación de tarifas y el subsidio al consumo de estos servicios a familias de menores ingresos.

27. Desde la teoría económica, la fijación de tarifas de un monopolio natural debe contemplar cuatro objetivos simultáneos: **(i)** garantizar que la empresa pueda autofinanciarse, incluyendo un retorno normal sobre los activos invertidos en la misma, pero evitando a la vez tarifas monopólicas o cercanas a estas que generen ineficiencia asignativa; **(ii)** proveer una señal de precios adecuada para el uso racional del recurso por parte de los consumidores; **(iii)** generar incentivos adecuados para que la empresa sea operada en forma eficaz, tanto en su eficiencia como en sus decisiones de inversión; y **(iv)** entregar

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

garantías a los operadores de que el regulador no actuará en forma oportunista, reduciendo las tarifas una vez que la empresa haya realizado las inversiones (Gómez-Lobo, A. y Vargas, M. “*La regulación de las empresas sanitarias en Chile: una revisión crítica*”, Revista Perspectivas, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, vol. 6 N° 1, 2002, pp. 89 – 109).

28. En particular, y tal como se expuso *supra*, en nuestro país los servicios públicos sanitarios están sujetos a un proceso de fijación de tarifas máximas para cada empresa sanitaria, considerando un período de cinco años de vigencia (artículo 2° de la LTS). Estas tarifas se calculan simulando “una empresa modelo” que se autofinancia y opera de manera eficiente en el área geográfica respectiva. Asimismo, en el caso de prestaciones relacionadas obligatorias que sólo pueden ser prestadas por la empresa concesionaria, también existiría fijación tarifaria (artículo 21 inciso 1° de la LTS).

29. Mientras que existe libertad tarifaria para aquellas prestaciones o servicios relacionados obligatorios que también pueden ser ofrecidos por terceros (artículo 21 inciso 2° de la LTS) y para aquellas prestaciones no obligatorias o voluntarias prestadas por las empresas sanitarias (artículo 24 de la LTS).

30. En el primer caso, la libertad tarifaria se justifica en que, si los servicios relacionados obligatorios pueden ser provistos por terceros, la concesionaria enfrenta o enfrentaría una presión competitiva que evita que el precio de equilibrio sea aquel que determinaría un monopolio. Con todo, esta libertad tarifaria se ve limitada si el Tribunal determina que el servicio tiene “características monopólicas”, como se señaló *supra* (artículo 12 A de la LTS).

31. Por otro lado, para el caso de los servicios voluntarios, la libertad tarifaria, que es la regla general en una economía de mercado, se explica porque son servicios optativos para la concesionaria, sin que se refieran a actividades necesarias para la prestación de servicios dentro de su concesión. No tendría sentido establecer un precio máximo para un servicio si es lícito que la empresa pueda negarse a prestarlo. Además, dada la voluntariedad del servicio, su eventual tarificación genera el riesgo de que la concesionaria, si estima que la tarifa establecida por el regulador no remunera adecuadamente sus costos, opte por no prestarlo, afectando a los consumidores.

(iii) Ámbito de aplicación del artículo 12 A inciso 2° de la LTS

(a) Síntesis de lo expuesto por los intervinientes

32. Establecido el marco normativo y la justificación económica de la regulación tarifaria de los servicios sanitarios, se procederá a definir respecto

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de qué servicios identificados *supra* (§20) es procedente aplicar la facultad de este Tribunal regulada en el artículo 12 A inciso 2° de la LTS.

33. La FNE indica que la facultad sería aplicable a las prestaciones asociadas obligatorias que puedan ser prestadas por terceros (inciso 2° del artículo 21 de la LTS) y a las prestaciones asociadas voluntarias (artículo 24 de la LTS). En consecuencia, para la FNE sólo quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 12 A inciso 2° de la LTS, las prestaciones asociadas obligatorias que por definición son monopólicas (inciso 1° del artículo 21 de la LTS) (folio 277, párrafo 26).

34. La Fiscalía justifica la exclusión de las prestaciones asociadas obligatorias que sólo pueden ser brindadas por las concesionarias, en que, de conformidad con el artículo 21 de la LTS, la SISS debe regular sus tarifas. Así, la aplicación de la facultad del artículo 12 A de la LTS respecto de ellas sería redundante.

35. Por otro lado, respecto a los servicios voluntarios regulados en el artículo 24 de la LTS, para la Fiscalía no habría una diferencia material o sustantiva, fuera de la mención al artículo 12 A LTS en el inciso 2° del artículo 21 de la LTS, que justifique que los servicios voluntarios sean excluidos del ámbito de aplicación de la facultad de este Tribunal. De esta forma, en aplicación del mencionado artículo 12 A de la LTS, sería procedente la declaración de la necesidad de tarificación de un servicio voluntario que se preste en condiciones monopólicas. Dicha declaración, de acuerdo con la Fiscalía, llevaría implícito un cambio en la calificación jurídica del servicio, “*debiendo pasar a integrar la categoría de los servicios monopólicos y obligatorios*” (folio 277, párrafo 28). La recalificación estaría justificada en que la realidad de mercado y de competencia que enfrentan estas prestaciones no es propia para fomentar un servicio con libertad tarifaria, lo que no es sino la consecuencia de la necesidad de tarificación que ordena el legislador.

36. Por su parte, las empresas concesionarias discrepan de la interpretación de la Fiscalía. Así, por ejemplo, Nueva Atacama y Aguas Altiplano sostienen que la FNE yerra en el alcance del artículo 12 A en relación con la LGSS, al pretender que la SISS tarifique servicios o actividades que, por su naturaleza, no son propias de los servicios respecto de los cuales dicha autoridad está llamada a supervigilar. Indican que la interpretación de la Fiscalía supone que cualquier actividad efectuada por los prestadores sanitarios, ya sea dentro o fuera de su territorio operacional, queda sujeta a una eventual fijación de tarifas, lo que no parece armónico con el propósito excepcional manifestado por el legislador en el artículo 12 A. Añaden que la solicitud de la FNE contradice el inciso 2° del artículo 1° de la LTS, que exceptúa expresamente de cualquier tarificación “*aquellos servicios prestados en condiciones especiales, señalados en la norma respectiva*” (folio 101, p. 12, y folio 102, pp. 12-13).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

37. En esa misma línea se pronuncian Aguas Magallanes y Aguas Araucanía, que argumentan que la mayoría de las prestaciones que la Fiscalía pretende tarifificar no son auténticos servicios, sino actividades facultativas que no son necesariamente accesorias del servicio principal, y que ni el legislador ni la SISS han pretendido la tarifificación de dichas actividades facultativas (folio 103, p. 34 y folio 104, pp. 29-30).

38. Aguas Andinas, a su vez, plantea que la potestad entregada por el legislador al Tribunal en el artículo 12 A es consistente con la facultad entregada al regulador sectorial en el inciso 1° del artículo 21, en el sentido que, tanto la autoridad de competencia como la sectorial pueden determinar que el precio de una prestación asociada a la entrega de servicios de agua potable y alcantarillado deba ser determinado por la SISS, si solo puede ser realizada por el prestador (folio 129, pp. 26-27).

39. En un sentido distinto, el informe en derecho del señor Carlos Carmona, acompañado por Nuevosur a folio 170, concluye que la facultad del TDLC establecida en el artículo 12 A sólo aplica respecto de las prestaciones relacionadas obligatorias que pueden ser ejecutadas por terceros, siempre que establezca que son prestadas con características monopólicas (folio 169, pp. 58-59). En ese mismo sentido se pronuncia el informe en derecho del señor José Ignacio Zaldívar, acompañado por Essbio a folio 166 (folio 165, pp. 21-22). Particularmente, en este último informe se analizan las razones que justifican que las prestaciones relacionadas voluntarias (artículo 24 de la LTS) no queden comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la facultad del artículo 12 A de la LTS. Principalmente, se detallan elementos relacionados con la interpretación literal de los artículos 12 A, 21 y 24 de la LTS y otros derivados de la interpretación que la propia SISS ha realizado sobre las prestaciones asociadas.

(b) Análisis del Tribunal

40. Para este Tribunal la facultad regulada en el inciso 2° del artículo 12 A de la LTS no se extiende a las prestaciones relacionadas obligatorias que solo pueden ser realizadas por las concesionarias (artículo 21 inciso 1° de la LTS) ni a aquellas voluntarias (artículo 24 de la LTS). Mientras que sí resulta aplicable al caso de prestaciones relacionadas obligatorias que pueden ser ejecutadas por las concesionarias y terceros (artículo 21 inciso 2° de la LTS) y que tengan características monopólicas.

(b.1) Prestaciones relacionadas obligatorias y artículo 12 A de la LTS

41. La conclusión anterior se desprende de una interpretación sistemática de la ley, dotándola de armonía y coherencia. Así, respecto a aquellas prestaciones

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relacionadas que pueden ser ejecutados solo por las concesionarias, de acuerdo con el inciso 1° del artículo 21 de la LTS, su precio será determinado por la SISS y fijado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y su cálculo será incluido en los estudios tarifarios. Por tanto, la ley ya dispone de una forma de regulación tarifaria de estos servicios, que por definición son monopólicos, por lo que la inclusión de estos en el ámbito de aplicación del artículo 12 A inciso 2° de la LTS resulta redundante e innecesaria.

42. En cambio, la situación de los servicios relacionados que pueden ser ejecutados por las empresas concesionarias o terceros es diferente. Como se explicó *supra*, el artículo 21 inciso 2° de la LTS entrega una libertad tarifaria justificada en la competencia que puede existir entre las concesionarias y aquellos terceros que deseen prestar dichos servicios. Con todo, al incluir la mención al artículo 12 A en el inciso 2° del artículo 21 de la LTS, el legislador también dispuso que la mencionada libertad sea limitada en el caso de que los servicios en cuestión tengan “características monopólicas”. Como bien señala el informe en derecho acompañado por Nuevosur a folio 170, la aplicación del artículo 12 A de la LTS supone romper el principio de libertad tarifaria y someter la prestación en cuestión a fijación de precios. Lo anterior se justificaría en que, al no enfrentar competencia de terceros, las concesionarias tendrían incentivos para cobrar precios monopólicos por dichos servicios de carácter obligatorio, disminuyendo con ello el bienestar general.

43. En línea con la interpretación anterior se encuentra la respuesta oficio de la SISS de folio 134. En particular, la autoridad señaló que “[...] *no se aprecia con claridad que los servicios indicados en los números 1, 2, y 5 a 13 del listado precedente* [venta de agua potable a camiones aljibes, venta de agua potable a través de la red de producción, venta de agua potable desde la red de distribución, recepción de camiones limpia fosas en PTAS, servicios relativos al artículo 52 bis y gestión de ampliación del área de concesión o ATO], *al menos en los términos descritos en la solicitud de la FNE y sus antecedentes, puedan corresponder a las prestaciones aludidas en el inciso segundo del artículo 12 A y 21 de la LTSS.*” (folio 134, p. 3, destacado en el original). En consecuencia, de acuerdo con la SISS, la facultad establecida en el inciso 2° del artículo 12 A de la LTS únicamente comprende los servicios descritos en el inciso 2° del artículo 21 de dicha ley, es decir, aquellas prestaciones obligatorias que pueden ser prestadas por el concesionario o terceros. Esta interpretación de la normativa sectorial es armónica con la LTS y coherente con las normas y diseño del sistema tarifario, según han sido analizadas por este Tribunal.

44. La respuesta a oficio evacuado por la SISS es especialmente relevante para efectos de definir el ámbito de aplicación del artículo 12 A de la LTS. En efecto, de acuerdo con la normativa sectorial, particularmente el artículo 4° letra

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c) de la Ley N° 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el Superintendente detenta la facultad de interpretar la LGSS, la LTS, y las demás disposiciones reglamentarias y normas técnicas, instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte relativas a la prestación de servicios sanitarios y descargas de residuos líquidos industriales. Por tanto, la respuesta de la SISS (folio 134) da cuenta de la interpretación técnica que realiza este órgano fiscalizador en materias propias de su competencia y en el ejercicio de una facultad que el legislador le ha otorgado.

45. En este sentido, si bien es cierto que la interpretación administrativa no es vinculante para esta magistratura, sí puede ser utilizada como un argumento de autoridad, más aún cuando esta interpretación afecta directamente a los organismos fiscalizados por la SISS, esto es, a las empresas de servicio público sanitario, orientando su conducta (Guzmán Brito, Alejandro. La interpretación administrativa en el derecho chileno. Editorial Thomson Reuters. Colección Ensayos Jurídicos, 2019: 2 ed., pp. 92 y 131). Con todo, no se le otorga igual relevancia, sin perjuicio de su utilidad, a la evaluación que la Superintendencia realiza de las condiciones de competencia en las que se desenvuelven los servicios objeto de la Solicitud. El artículo 12 A de la LTS otorga una facultad a este Tribunal, de manera tal que es esta magistratura la que debe realizar la evaluación de los mercados en los que inciden los servicios objeto de la Solicitud y, en último término, de la normativa del derecho de la competencia que sea relevante.

46. En suma, la facultad regulada en el inciso 2° del artículo 12 A de la LTS no se extiende a las prestaciones asociadas obligatorias que solo pueden ser prestadas por las concesionarias (artículo 21 inciso 1° de la LTS) mientras que sí resulta aplicable al caso de prestaciones asociadas obligatorias que pueden ser ejecutadas por las concesionarias y terceros (artículo 21 inciso 2° de la LTS) y que tengan características monopólicas. Esta facultad es indispensable para el buen funcionamiento de los mercados en que inciden los servicios anteriores.

(b.2) Prestaciones relacionadas voluntarias no están incluidas dentro del ámbito de aplicación del inciso 2° del artículo 12 A de la LTS

47. Pasando ahora al análisis de los servicios voluntarios (artículo 24 de la LTS), existen argumentos derivados del diseño regulatorio de los servicios sanitarios y del texto de la ley que dan cuenta que estos no deben ser incluidos dentro del ámbito de aplicación de la facultad del artículo 12 A de la LTS. Estos argumentos, además, son consistentes con la interpretación técnica de la SISS (folio 134). En efecto, la Superintendencia sólo se refirió a los servicios del artículo 21 de la LTS (obligatorios) para analizar los requisitos del inciso 2° del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

artículo 12 A de la misma ley. La SISS no incluyó a los servicios voluntarios (artículo 24 de la LTS) en su análisis.

48. Desde un punto de vista de diseño regulatorio, existen razones para excluir los servicios regulados en el artículo 24 de la LTS del ámbito de aplicación del artículo 12 A, en atención a que su prestación es voluntaria para los concesionarios. En este sentido, no se aprecia cuál sería el sentido desde una perspectiva regulatoria de fijar tarifas de servicios cuya prestación queda entregada a la discrecionalidad del concesionario. En otras palabras, el objetivo perseguido por el artículo 12 A de la LTS de asegurar que un servicio se realice sin que las eventuales “condiciones monopólicas” afecten su prestación y tarifa no se cumpliría, ya que muy probablemente dicha tarificación afectaría la disposición de las concesionarias a prestar el servicio. El concesionario bajo la tarifa regulada simplemente podría negarse a prestar el servicio sin que eso conlleve una eventual consecuencia jurídica para él porque se está en presencia de servicios no obligatorios.

49. Para solucionar la inconsistencia que conllevaría la aplicación del artículo 12 A de la LTS respecto de los servicios voluntarios descritos en el artículo 24 de la misma ley, la FNE propone que, si un servicio voluntario es calificado como una prestación que se otorga en “condiciones monopólicas”, conllevaría *“de modo implícito un cambio de su calificación jurídica, debiendo pasar a integrar la categoría de los servicios monopólicos y obligatorios”* (folio 277, p. 21). De acuerdo con la Fiscalía, esta recalificación estaría justificada en que la realidad de competencia que enfrentan estas prestaciones *“no era la propia de servicios que podían integrar la categoría del artículo 24 de la Ley de Tarifas Sanitarias”* (folio 277, p. 21).

50. Sin embargo, dicha argumentación de la FNE no se condice con el artículo 12 A de la LTS. En este sentido, el mencionado artículo faculta a la ex Comisión Resolutiva y, por tanto, a este Tribunal, a hacer una declaración que genera efectos únicamente respecto de la tarificación del servicio. Ello, dado que el legislador ha decidido que si un servicio obligatorio se presta con “condiciones monopólicas” su libertad tarifaria debe ser limitada. Sin embargo, el artículo 12 A de la LTS no habilita a este Tribunal a modificar, sobre la base de las condiciones de competencia presentes para un servicio específico, la naturaleza jurídica de este de manera tal de obligar al concesionario a prestar un servicio que tiene carácter voluntario. Lo pretendido por la FNE implicaría que esta magistratura se estaría arrogando potestades que la LTS no le entrega, en el marco de un procedimiento que tiene un objeto específico, lo que es especialmente problemático en industrias sujetas a un estricto diseño regulatorio.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

51. A lo anterior se agrega que, como se señaló precedentemente, el artículo 4° letra c) de la Ley N° 18.902 entrega a la SISS la facultad de interpretar la normativa sanitaria, por lo que es este organismo el competente para realizar la calificación de un servicio como voluntario u obligatorio. La propia SISS ha reconocido dicha potestad en sus diversos oficios ordinarios, así por ejemplo el Oficio Ordinario 1166 de 1994, en que define el concepto de prestaciones relacionadas; el Oficio Ordinario 1646 de 1995, en que distingue entre las tres categorías de prestaciones relacionadas; y el Oficio Ordinario 3147 de 2001, en que, en ejercicio de sus facultades administrativas, crea un formulario único para que se dé cuenta de las prestaciones asociadas, cuya identificación y precio deben ser informadas a la Superintendencia, entre otros.

52. La conclusión precedente no contradice el hecho de que este Tribunal haya anteriormente impuesto medidas referidas a la prestación de algunos servicios voluntarios. Particularmente, en la Sentencia N° 85/2009, confirmada en lo pertinente por la Excm. Corte Suprema, se dispuso que las concesionarias requeridas en dichos autos debían modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, esto es, servicios voluntarios, estableciendo en su reemplazo un modelo de evaluación basado en parámetros explícitos, objetivos, transparentes y no discriminatorios y que debería ser de libre acceso público. Dicha decisión no implica en ningún sentido un cambio de calificación jurídica de estos servicios ni una tarificación de los mismos, en los términos del 12 A de la LTS. La Sentencia N° 85/2009 impuso requisitos para la prestación de dichos servicios, pero sin cambiar su carácter voluntario, ni someterlos a regulación de precios.

53. Por otro lado, de la interpretación literal de la ley queda claro que el artículo 12 A de la LTS no se aplica a las prestaciones reguladas en el artículo 24 de la LTS. Tal como lo destaca el informe en derecho presentado por Nuevosur a folio 170 (p. 59), sólo existe una remisión al inciso 2° del artículo 12 A de la LTS en el inciso 2° del artículo 21 del mismo cuerpo legal. Dicha mención no está presente en el artículo 24 de la LTS.

54. Sobre este punto, la FNE señala que no es posible derivar alguna conclusión de esta omisión del artículo 24 de la LTS, ya que la historia legislativa no da cuenta de mayor discusión al respecto. Aun cuando es cierto que la historia de la ley no otorga una explicación de la diferencia entre el artículo 21 y el 24 de la LTS ni se refiere al tema, esto no impide a la SISS ni a este Tribunal realizar una interpretación que dé sentido a la discrepancia que existe entre ambos artículos. En efecto, una disposición legal no puede considerarse aisladamente para su interpretación (Corte Suprema, 13 octubre de 1934. G. 1934, 2° sem., N° 17, p. 86).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

55. Lo anterior, más aún si se considera que, tal como señala la FNE, la incorporación a la LTS del artículo 12 A fue posterior a la existencia de los artículos 21 y 24. En específico, el artículo 12 A fue agregado a la LTS el año 1998 mediante la Ley N° 19.549. Así, al momento de añadir el artículo 12 A de la LTS a la regulación sanitaria el legislador conocía la distinción entre servicios relacionados obligatorios que pueden ser prestados por las concesionarias o terceros (artículo 21 inciso 2° de la LTS) y aquellos voluntarios (artículo 24 de la LTS). Por tanto, teniendo presente dicha distinción, igualmente la decisión legislativa fue incluir la mención a la regla del artículo 12 A, que limita la libertad tarifaria, únicamente en la regulación de las prestaciones asociadas obligatorias que pueden ser prestados por las concesionarias o terceros (artículo 21 de la LTS) y no en el artículo 24 de la LTS. En consecuencia, este Tribunal comparte lo señalado en el informe en derecho acompañado por Essbio a folio 166, respecto a que si el legislador, conociendo de la distinción entre prestaciones voluntarias y obligatorias, hubiera querido extender el artículo 12 A de la LTS a las prestaciones voluntarias lo habría señalado expresamente (informe en derecho de folio 165, p. 27).

56. En consecuencia, una interpretación armónica del texto de la ley, del diseño regulatorio y del pronunciamiento realizado por la SISS en este procedimiento, así como de sus diversos oficios interpretativos, da cuenta que las prestaciones voluntarias (artículo 24 de la LTS) no forman parte del ámbito de aplicación de la facultad que motiva este procedimiento.

57. Por tanto, de conformidad con el artículo 12 A de la LTS y en aplicación de la facultad allí descrita, este Tribunal puede ordenar a la SISS la fijación de tarifas únicamente respecto de servicios obligatorios asociados a los servicios públicos sanitarios que según su naturaleza pueden ser prestados por el concesionario o por un tercero, es decir aquellos regulados por el artículo 21 inciso 2° de la LTS siempre que se presten con “condiciones monopólicas”.

58. De esta forma, teniendo claridad respecto a la extensión de la facultad del artículo 12 A de la LTS y de las prestaciones respecto de las cuales resulta aplicable, a continuación, analizaremos si los servicios objeto de la solicitud de la FNE corresponden a prestaciones que este Tribunal está facultado para revisar.

C. Las prestaciones objeto de la Solicitud

(i) Prestaciones relacionadas voluntarias

59. La solicitud de la FNE considera un total de 15 servicios que han sido agrupados en las siguientes categorías: (1) producción de agua potable, (2) distribución de agua potable por red; (3) recepción y tratamiento de aguas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servidas provenientes de camiones limpia fosas; (4) servicios relacionados al artículo 52 bis de la LGSS; (5) servicios asociados a ampliaciones del territorio operacional (ATO); y (6) servicios comerciales y administrativos. Lo anterior, según se expuso en la Tabla N° 1 incluida en el párrafo 3° de la parte expositiva, que se reitera a continuación:

Tabla N° 1
Prestaciones objeto de la Solicitud

Categoría	ID	Prestación
(1) Producción de agua potable	1.1	Venta de agua potable a camiones aljibes en la planta de producción
	1.2	Venta de agua potable a través de la red de producción
(2) Distribución de agua potable por red	2.1	Corte de suministro para la conexión de redes de agua potable
	2.2	Corte de suministro para la conexión de arranque
	2.3	Venta de agua potable a camiones aljibes desde la red de distribución
(3) Recepción camiones limpiafosas	3.1	Recepción y tratamiento del contenido de las fosas sépticas en las plantas de tratamiento de aguas servidas
(4) Servicios relacionados al artículo 52 bis de la LGSS	4.1	Servicio integral a proyectos 52 bis
	4.2	Derecho de conexión convenios 52 bis
	4.3	Venta de agua potable a proyectos 52 bis
	4.4	Operación solo agua potable a proyectos 52 bis
	4.5	Operación solo recolección y tratamiento aguas servidas a proyectos 52 bis
	4.6	Servicio de tratamiento aguas servidas a proyectos 52 bis
(5) Servicios asociados a ampliaciones del territorio operacional	5.1	Gestión de ampliación del área de concesión dentro del radio urbano de la ciudad (ATO)
(6) Servicios comerciales y administrativos	6.1	Cobro por agua perdida en la red atribuible a terceros
	6.2	Despacho postal de correspondencia a un domicilio distinto al que recibe el servicio sanitario

Fuente: elaboración propia en base a Solicitud, folio 12, pp. 13 y 14.

60. Como se verá, de acuerdo con la información contenida en este expediente, 12 de las 15 prestaciones objeto de la Solicitud, específicamente todas aquellas incluidas en las categorías (1), (3), (4), (5), así como las descritas en las categorías (2) con el ID 2.3 y (6) con el ID 6.2 de la Solicitud, no corresponden a prestaciones relacionadas obligatorias reguladas en el inciso 2° del artículo 21 de la LTS, sino a prestaciones voluntarias (artículo 24 de la LTS). En consecuencia, no resulta aplicable respecto de ellas la facultad contenida en el artículo 12 A de la LTS.

61. En particular, en relación con todas las prestaciones incluidas en las categorías (1), (3), (4), (5), así como aquella identificada con el ID 2.3 de la categoría (2), la SISS indicó que no apreciaba con claridad cómo estos servicios, en los términos descritos por la FNE, podían corresponder a “prestaciones aludidas en el inciso segundo del artículo 12 A y 21 de la LTSS [LTS]” (Respuesta a oficio, folio 134, p. 3). De esta forma, la comunicación de la Superintendencia da cuenta que este Tribunal no sería competente para ordenar la tarificación de estos servicios en virtud del artículo 12 A de la LTS.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

62. Como se señaló *supra* (§44), esta conclusión de la SISS tiene especial relevancia, en atención a las facultades interpretativas que la ley ha entregado a la Superintendencia respecto de la LTS y la LGSS. Así, la clasificación técnica de las prestaciones realizada por el órgano sectorial competente es un antecedente suficiente y razonable para decidir excluirlas del ejercicio de la facultad de este Tribunal establecida en el artículo 12 A de la LTS.

63. Sin perjuicio de lo anterior, existen antecedentes adicionales en el expediente que refuerzan la caracterización realizada por la SISS. Estos dan cuenta que las 11 prestaciones detalladas por la Superintendencia (*supra* §61) no corresponden a prestaciones asociadas obligatorias, sino que a servicios voluntarios. A continuación, revisaremos cada una de estas circunstancias.

64. Para este análisis se debe tener presente que, de conformidad con el artículo 8° inciso 2° de la LGSS, las concesionarias tienen como único objeto el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos sanitarios. Con todo, la ley también las habilita a realizar otras prestaciones relacionadas con dicha actividad, que se consideran dentro de este objeto. Así, es probable que las concesionarias presten servicios relacionados que compartan ciertas características con el servicio público sanitario, como puede ser la venta de agua potable o el tratamiento de aguas servidas a través de camiones. Dicha similitud puede inducir a errores que implican que el análisis destinado a su clasificación debe considerar también la regulación de cada servicio.

65. Respecto a la categoría (1) de la Solicitud, esto es, la asociada a la producción de agua potable, la FNE detalla que se trata de venta de agua potable a clientes que no reciben el servicio a través de la red pública. Específicamente, esta categoría incluye la **venta de agua potable a camiones aljibes** realizada a particulares, municipalidades u otras instituciones que transportan agua hacia uno o varios consumidores que por lo general no cuentan con conexión a la red pública (Solicitud, Tabla N° 3) y la **venta a través de la red de producción**, donde se conecta una tubería o arranque para entregar suministro a clientes que si bien se encuentran dentro del área urbana, no están incorporados dentro de la concesión de la empresa sanitaria (Solicitud, Tabla N° 3 e Informe Pacta, p. 57).

66. Adicionalmente, la prestación descrita con el ID 2.3. de la categoría (2) de la Solicitud, incluye un tercer tipo de venta de agua potable. Este servicio se refiere a la **venta de agua potable desde la red** a través de la habilitación de un punto de entrega en la infraestructura del sistema de distribución para el carguío de camiones aljibes de particulares, municipalidades, constructoras, entre otros, quienes lo transportan a otros particulares que no cuentan con conexión a la red pública de agua potable (Solicitud, Tabla N° 3. En el mismo sentido Informe Pacta, folio 42, p. 61)

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

67. De la sola definición de estos tres tipos de venta de agua potable se desprende que corresponden a un giro adicional a la prestación obligatoria del servicio dentro de la red pública objeto de la concesión, ya sea porque sus destinatarios son clientes no conectados a ella o están fuera del área de concesión. Por tanto, la concesionaria puede definir voluntariamente si presta o no el servicio. Diversos antecedentes aportados al proceso refuerzan esta interpretación. Así, por ejemplo, el informe en derecho de folio 165 da cuenta que la venta de agua a camiones aljibes corresponde a una actividad independiente a la concesión de servicio público, destinada a comercializar los excedentes del agua potable que genera la empresa, por lo que, la concesionaria vende agua a particulares que no son sus clientes, en la medida que cuente con los excedentes necesarios (Informe folio 165, p. 34); el informe de folio 201 califica estos servicios como “voluntarios y esporádicos” (Informe folio 201, p. 17); y el informe de folio 211 indica que estos servicios tienen “*características diversas respecto de los servicios sanitarios regulados tanto en el volumen que se demanda, la calidad del producto, la continuidad del establecimiento, características de las instalaciones utilizadas para dar el servicio (redes, estanques, conducciones, etc.), su mantención y control de calidad, entre otras*” (Informe folio 211, p. 69).

68. Del mismo modo, también corresponden a prestaciones asociadas voluntarias los servicios descritos en la categoría (3) de la Solicitud. Esta se refiere a la **recepción de camiones limpia fosas en las plantas de tratamiento de aguas servidas de las concesionarias**. De acuerdo con el Informe Pacta, las empresas sanitarias suscriben contratos con empresas de camiones limpia fosas u otros particulares que otorgan este servicio. El referido informe aclara que las aguas que recolectan y transportan los camiones provienen de las aguas servidas de fosas sépticas que pertenecen a sistemas particulares o comunitarios de alcantarillado y que estos camiones tienen la obligación de disponer en alguna planta de tratamiento las aguas que recolectan. Así, las concesionarias reciben estas descargas en la medida que tengan capacidad adicional para ello (Informe Pacta, folio 42, p. 130).

69. De esta descripción realizada por el propio Informe Pacta se deduce que las concesionarias no están obligadas a recibir las descargas de los camiones limpia fosa de privados en sus plantas de tratamiento. Por el contrario, sólo prestan dicho servicio si tienen la capacidad disponible para realizarlo y, por tanto, es plenamente aplicable respecto de esta prestación lo establecido en el artículo 24 de la LTS. En este sentido, los informes económicos de folios 198 y 211, así como el informe en derecho de folio 165, destacan el carácter voluntario de estos servicios (ver informes de folio 165, p. 22 y 35; folio 198, p. 34; y, folio 211, p. 76). En particular, el informe de folio 211 detalla como la tarifa de este servicio debe superar “*los costos en que debe incurrir la empresa*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para recibir los camiones limpia fosa. En el caso que se fijaran tarifas inferiores, no existiría incentivo por parte de las sanitarias para recibir el contenido de los camiones” (Informe folio 211, p. 76).

70. Respecto a los servicios descritos en la categoría (4) de la Solicitud, igualmente resultaría aplicable el artículo 24 de la LTS. De acuerdo con la FNE, esta categoría incluiría los **servicios relacionados al artículo 52 bis de la LGSS**. En particular, se describen **(i)** el servicio integral de agua potable y aguas servidas para los proyectos 52 bis; **(ii)** el derecho de conexión derivada de los convenios 52 bis; **(iii)** la venta de agua potable a proyectos en sectores 52 bis; **(iv)** el otorgamiento continuo, incluida la operación y mantenimiento solo de agua potable a proyectos 52 bis; **(v)** la operación solo de recolección y tratamiento de aguas servidas a proyectos 52 bis; y **(vi)** el servicio de tratamiento de dichas aguas de proyectos 52 bis.

71. Sin embargo, el referido artículo 52 bis de la LGSS establece que los prestadores de servicios sanitarios podrán establecer, construir, mantener y explotar sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas en el ámbito rural, bajo la condición de no afectar o comprometer la calidad y continuidad del servicio público sanitario. Por tanto, la sola lectura del artículo mencionado da cuenta que los servicios agrupados dentro de esta categoría no son obligatorios para las concesionarias (“podrán”) y que su prestación está supeditada a la no afectación del servicio público sanitario.

72. En línea con lo anterior, el propio Informe Pacta presentado por la FNE da cuenta de la voluntariedad de estos servicios al señalar que “[e]n los proyectos 52 bis, las empresas sanitarias tienen la opción de decidir libremente su grado de participación en el proyecto y el servicio que pueden dar, el que puede ser solo suministro de agua potable, o solo de alcantarillado y tratamiento, o ambos, definiendo, también, si solo participa como proveedor o también como operador de los servicios otorgados” (Informe Pacta, folio 42, p. 137).

73. A su vez, la SSIS reconoce que pueden existir razones de índice social que hagan necesaria una modificación legal que declare a los servicios prestados en virtud del artículo 52 bis de la LGSS como públicos para todos los efectos de dicha ley y de la LTS (Oficio folio 134, p. 6). Lo anterior, da cuenta que hoy no se consideran como obligatorios.

74. Por su parte, los distintos intervinientes en este proceso destacaron que debido al carácter de voluntario de este tipo de servicios su tarificación y recalificación como obligatorios contravendría la LGSS (véase aportes antecedentes de Aguas del Valle, folio 86; Esval, folio 87; Nueva Atacama, folio 101; Aguas Altiplano, folio 102; Aguas Magallanes, folio 103; Aguas Araucanía, folio 104; Aguas Andinas, folio 129). Igualmente, los diversos informes económicos dan cuenta del carácter voluntario de estas prestaciones. Así el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

informe de folio 198 concluye que “los servicios denominados 52 bis son voluntarios, no se prestan en condiciones monopólicas y no son susceptibles de ser sometidos a regulación de tarifas conforme al artículo 12 A, sin mediar sendas reformas legales y reglamentarias” (Informe de folio 198, p. 40. En el mismo sentido Informe de folio 210, p. 19).

75. Finalmente, al igual que todos los servicios indicados precedentemente, aquel descrito en la categoría (5) de la Solicitud referido a la **gestión de ampliación del área de concesión (“ATO”)** también corresponde a uno voluntario. Específicamente, la FNE se refiere en esta categoría a los casos en que un desarrollador inmobiliario, un urbanizador o una inmobiliaria requieren de factibilidad para ejecutar un proyecto dentro del área urbana, pero fuera del área de concesión y asegurar la prestación de servicios sanitarios (Solicitud FNE, Tabla N° 3).

76. Un análisis de la normativa aplicable permite establecer que de conformidad con los artículos 33 y 48 de la LGSS las concesionarias, dentro de su territorio operacional, están obligadas a certificar la factibilidad del servicio y conectar a su red a los clientes que lo soliciten. Sin embargo, si esta solicitud de factibilidad se realiza para un área fuera del territorio operacional, como es el caso de la categoría (5) de la Solicitud, la empresa no está obligada a prestar el servicio siendo facultativo para ésta solicitar una ampliación de su concesión (artículo 22 de la LGSS).

77. De esta manera, la ley es clara respecto a que la ampliación del territorio operacional es una actividad de naturaleza voluntaria que se rige por el artículo 24 de la LTS y no por el artículo 21 y, con ello, el 12 A de dicho cuerpo legal (véase informe de folio 165, p. 38).

78. En este sentido, el Informe Pacta reconoce esta voluntariedad al indicar que las concesionarias “no tienen mayores obligaciones de ampliar este territorio [el operacional], salvo en el caso excepcional para factibilizar proyectos de viviendas sociales” (Informe Pacta, folio 42, p. 35). Asimismo, varios intervinientes en el proceso resaltaron el carácter voluntario de esta prestación (por ejemplo, Nueva Atacama, a folio 101; Aguas Altiplano, a folio 102; Aguas Andinas, a folio 129; CChC, a folio 132).

79. En definitiva, todos los servicios descritos bajo las categorías 1, 3, 4 y 5, y el servicio detallado con el ID 2.3 de la Solicitud, corresponden a prestaciones voluntarias (artículo 24 de la LTS), por lo cual no procede ejercer respecto de ellas la facultad otorgada a este Tribunal en el artículo 12 A de la LTS.

80. A estos 11 servicios se suma aquel descrito con el ID 6.2 de la Solicitud; el **despacho postal de boletas y facturas** a una dirección distinta de la correspondiente al domicilio en el cual se provee el servicio de agua potable y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alcantarillado. En efecto, si bien la SISS no lo menciona dentro de aquellos que no corresponderían a “*prestaciones aludidas en el inciso segundo del artículo 12 A y 21 de la LTSS [LTS]*”, igualmente este Tribunal estima que puede ser categorizado como una prestación voluntaria. La prestación se refiere específicamente al cobro por el envío de la boleta o factura en formato físico a una dirección diversa del lugar de prestación de los servicios sanitarios. De acuerdo con la FNE, sería necesaria la tarificación de este servicio, dado que este cobro no se incluye explícitamente dentro de las actividades tarifadas, lo que se traduce en un riesgo de abuso por parte de las concesionarias (escrito de la FNE folio 277, p. 56).

81. Sin embargo, una revisión de la normativa sectorial permite establecer que este cobro provendría de una prestación adicional a aquella obligatoria para las concesionarias. En efecto, de conformidad con el artículo 114 del DS MOP N°1199/04 del Reglamento de la Ley General de Servicios Sanitarios (“DS N°1199/04”), las boletas o facturas deben ser entregadas en el inmueble que recibe el servicio. Así, de acuerdo con la SISS, sólo a petición escrita de un cliente la concesionaria “podría” remitir estos documentos a una dirección diferente. Por otro lado, el Informe Pacta sostiene que el cliente debe autorizar expresamente a la concesionaria que el costo de este servicio (costo postal) se incorpore en la boleta o factura (Informe Pacta, p. 113).

82. Dada la descripción anterior, este Tribunal estima que este cobro deriva de un servicio de carácter voluntario de parte de la concesionaria, la que no está obligada a enviar la boleta o factura de manera física a una dirección distinta de donde presta el servicio. Este cambio de dirección de envío sólo es realizado si el cliente lo solicita y la concesionaria lo acepta. Por tanto, esta prestación correspondería a aquellas reguladas en el artículo 24 de la LTS respecto de las que no procede su tarificación en virtud del artículo 12 A de la LTS.

83. Que, contrario a lo indicado por la FNE, la conclusión anterior no se ve afectada por lo afirmado por la SISS en su oficio de folio 134 respecto a que este servicio “*podría tratarse como una prestación asociada sujeta a fijación de otra tarifa*”. Ello, dado que la expresión “fijación de otra tarifa” hace referencia a un cobro adicional y diverso al ya incluido en los pliegos tarifarios respecto a la obligación del artículo 114 del DS N°1199/04, pero no es posible derivar indiscutiblemente de dicha expresión que la SISS haya clasificado este servicio adicional como uno obligatorio o que este proponiendo limitar la libertad tarifaria de las concesionarias, más aún cuando la Superintendencia no indica quién debería definir esta otra tarifa adicional a cobrar por el servicio, dejando abierta la posibilidad de que sean las propias empresas.

84. Por otro lado, sin perjuicio de la calificación de este servicio como voluntario respecto del cual no procede la facultad establecida en el artículo 12

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A de la LTS, su tarificación resulta, además, innecesaria. En este sentido, este Tribunal comparte las apreciaciones hechas por algunos intervinientes acerca de la escasa utilidad de una eventual tarificación de estos servicios. Lo anterior, en atención al aumento del envío de boletas y facturas a través de medios digitales como el correo electrónico, lo que ha dejado en desuso el envío físico de esta clase de documentos (véase, por ejemplo, folio 100 Aporta Antecedentes de Essbio, que destaca la baja relevancia de este servicio, p. 10; folio 102, Aporta Antecedentes de Aguas Altiplano que indica que sus clientes reciben casi en su totalidad la cuenta por vía electrónica, p. 41; folio 103, Aporta Antecedentes de Aguas Magallanes, que da cuenta que es un servicio casi extinto, p. 33; folio 120, Aporta Antecedentes Nuevosur, que señala su escasa magnitud y relevancia, p. 30).

85. En suma, todas las prestaciones incluidas en las categorías (1), (3), (4) y (5), así como las descritas con los ID 2.3 y 6.2, corresponden a prestaciones voluntarias respecto de las que no procede el ejercicio de la facultad de este Tribunal regulada en el artículo 12 A de la LTS.

86. Con todo, debe tenerse presente que, aun cuando no proceda la tarificación de estos servicios de carácter voluntario en aplicación de la facultad otorgada a este Tribunal en el artículo 12 A inciso 2° de la LTS, son plenamente aplicables a su respecto las reglas generales en materia de libre competencia, que permiten precaver y sancionar infracciones al D.L. N° 211. Así, por ejemplo, en la Sentencia N° 85/2009 esta magistratura sancionó a varias empresas concesionarias de servicio público sanitario que fueron demandadas por un particular y requeridas por la FNE por abuso de su posición de dominio, entre otras cosas, en relación con los modelos de evaluación y cobro para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, y les ordenó establecer modelos de evaluación para la prestación de dichos servicios que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios. Este antecedente da cuenta de la factibilidad de utilizar las herramientas propias del sistema de libre competencia para enfrentar eventuales efectos nocivos derivados de la actuación de las empresas concesionarias.

87. A continuación, una vez establecida la calificación jurídica de los 12 servicios reseñados en los párrafos precedente, cabe pronunciarnos respecto de los restantes tres servicios no analizados *supra*. Lo anterior, con el fin de categorizarlos conforme con la normativa sanitaria y definir si pueden o no ser objeto de lo dispuesto en el artículo 12 A de la LTS.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(ii) **Prestaciones relacionadas obligatorias que sólo pueden ser prestadas por las concesionarias**

88. En particular, en esta sección nos referiremos a dos de los servicios descritos en la categoría número (2) de la Solicitud. En primer lugar, con el ID 2.1, la FNE se refiere al cobro por **corte de suministro para la conexión de redes de agua potable**, que realizan algunas empresas debido a la realización de un corte en el suministro de agua potable que deba ejecutarse en alguna localidad o sector de la red para la conexión de nuevas redes de urbanización, ya sea por la incorporación de nuevos usuarios o por ser necesaria una reparación de la red por algún daño causado por terceros (Solicitud, Tabla N° 3, p. 13).

89. En segundo lugar, bajo el ID 2.2, la FNE incluye el cobro por **corte de suministro para la conexión de arranque**, que realizan algunas empresas sanitarias con ocasión de algún corte que deba realizarse en el suministro de agua potable de alguna localidad o sector de la red, que se justifica para la conexión de nuevos arranques con motivo de la incorporación de nuevos usuarios o debido a alguna reparación del arranque en caso de daño derivado de la acción de terceros. (Solicitud, Tabla N° 3, p. 13).

90. De acuerdo con lo señalado por la SISS, ambos servicios corresponderían a actividades obligatorias que sólo pueden ser realizadas por las concesionarias. Así, para la Superintendencia “*califican como prestaciones asociadas a la entrada de los servicios públicos sanitarios*” y, por tanto, “*podría tener asidero fijar una tarifa complementaria*” (Respuesta Oficio SISS, folio 134, p. 4). Con todo, la SISS realiza dos observaciones respecto a una posible tarificación de estos servicios. Primero, advierte que actualmente las tarifas sanitarias ya consideran actividades relacionadas con la conexión y enrolamiento de clientes dentro de los costos de puesta en marcha de la empresa modelo. Y, en segundo lugar, en lo referido a los cobros derivados de cortes realizados para reparar una tubería o conexión domiciliaria, la SISS aclara que estos no corresponden a una prestación de servicios, ya que los costos asociados a dicho corte son incorporados en los cobros por indemnización del daño causado por terceros, lo que debería resolverse por acuerdo entre los involucrados o por el tribunal competente y no a través de una tarifa específica (Respuesta Oficio SISS, folio 134, p. 4).

91. Además de esta caracterización realizada por la SISS, la revisión de otros antecedentes presentados por los demás intervinientes en este proceso permite dar por establecido que los servicios identificados con los I.D 2.1 y 2.2 en la Solicitud corresponden a servicios que solo pueden ser prestados por las concesionarias. Ello, principalmente dadas sus características, que como bien

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señala la FNE, implican la gestión de los cortes de suministro relacionados, entre otras cosas, con las maniobras de apertura y cierre de válvulas y la ejecución de *by-pass* en las redes de servicios sanitarios para afectar al menor número de clientes posible, lo que requiere de un conocimiento de la red sanitaria que es propio de la concesionaria del servicio público (Solicitud, p. 18).

92. En este sentido, el propio Informe Pacta da cuenta que se debe distinguir entre los cobros que realizan las concesionarias por las labores relacionadas con los cortes de suministro para la conexión de redes y arranques, que es lo solicitado por la FNE, y las labores físicas de conexión propiamente tal. Respecto de los primeros, el Informe Pacta reconoce que *“esta labor la realiza solamente la empresa sanitaria, la cual conoce claramente cuáles son las maniobras que se deben ejecutar en la red para permitir el corte del suministro de agua potable y posibilitar la conexión en seco”* (Informe Pacta, p. 124).

93. Asimismo, algunas de las concesionarias de servicio público que intervinieron en este proceso destacaron la imposibilidad de poder delegar en terceros los cortes de suministro, dado que, de acuerdo con la LGSS, es la concesionaria la obligada a velar por la gestión de la infraestructura y la operación, calidad y continuidad del suministro de agua potable y alcantarillado de la red (ver aporte de antecedentes de Aguas Araucanía, folio 104, pp. 19 y 20, Aguas Magallanes, folio 103, p. 21). Mientras que otras concesionarias destacaron que la gestión de este servicio debe estar a cargo de la concesionaria y que si esta decide delegarla a terceros deben ser autorizados por ella y estar bajo su supervisión, de manera tal que no pueden ser independientes de la concesionaria (Nueva Atacama, folio 101, pp.31 y 32, y Aguas Altiplano, folio 102, pp. 27 y 28).

94. Finalmente, esta clasificación de la SISS fue analizada por la FNE en su escrito presentado a folio 277. En específico, la Fiscalía no contradice la categorización realizada por la Superintendencia. Por el contrario, la FNE es deferente a ella y únicamente cuestiona la ausencia de tarifación de los servicios. Para la Fiscalía la Superintendencia *“podría no estar considerando la Tarifación directa de prestaciones asociadas que tienen un evidente carácter monopólico, a pesar del claro tenor del inciso primero del artículo 21”* de la LTS, lo que reforzaría que a su respecto se ejerza la facultad del artículo 12 A de la LTS (folio 277, p. 19).

95. De acuerdo con los antecedentes expuestos, y especialmente de conformidad con la interpretación técnica de la SISS y las características del cobro que se debe realizar con ocasión del corte de suministro, este Tribunal concuerda con que las prestaciones identificadas con los ID 2.1. y 2.2. en la Solicitud corresponden a prestaciones asociadas obligatorias que solo pueden desarrollar las concesionarias (artículo 21 inciso 1° de la LTS). De lo anterior se

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

deriva que este tipo de prestaciones no son objeto del ámbito de aplicación de la tarificación regulada en el inciso 2° del artículo 12 A de la LTS. Así, no procede que a su respecto este Tribunal determine si tienen características monopólicas y, por tanto, la necesidad de fijarles tarifas.

96. Por el contrario, de acuerdo con la normativa que regula este tipo de prestaciones (artículo 21 de la LTS), es la SISS la mandatada para determinar los precios a cobrar por estos servicios vía tarificación directa. Consiguientemente, llama la atención que dicha Superintendencia, reconociendo que estas prestaciones solo pueden ser realizadas por las concesionarias, no haya dispuesto la regulación de sus tarifas ni tampoco entregue alguna justificación para dicha omisión.

97. De esta manera, sin perjuicio de que este Tribunal no está facultado para imponer la tarificación de las prestaciones relacionadas con el cobro del corte de suministro para la conexión de redes de agua potable y arranque, estima que, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 21 inciso 1° de la LTS, dicho proceso de tarificación debiese ser iniciado por la SISS en el ejercicio de las facultades que el legislador le ha conferido para aquello.

(iii) Solicitudes adicionales: cobro por agua perdida y otros

98. La última prestación individualizada en la Solicitud que falta por analizar corresponde a aquella descrita bajo el ID 6.1 en la categoría de servicios comerciales y administrativos, correspondiente al **cobro por agua perdida en la red** que realizan algunas concesionarias por concepto del agua potable que se pierde ante situaciones de roturas en la red por daños provocados por terceros (Solicitud, Tabla N° 3).

99. Respecto a este cobro, distintos intervinientes señalaron que más que un servicio o prestación relacionada, en realidad correspondería a una indemnización que debe pagar quien haya generado daños en la red o sus instalaciones dadas las pérdidas que provocó a las concesionarias. Esta indemnización sería negociada con el cliente y, a falta de acuerdo, se recurre al juez competente para su determinación (véase, aporta antecedentes de Essbio, p. 10; Aguas Magallanes, p. 32; Aguas Araucanía p. 28, Nuevosur, p. 27). En el mismo sentido, el informe en derecho ofrecido por Andess indica que existiría un problema conceptual, ya que este cobro se trataría *“de una indemnización de perjuicios y no de un servicio (...) Nunca habrá una tarifa para esto”* (Informe folio 201, p. 22).

100. La FNE, por su parte, argumentó que la calificación de este cobro como una indemnización adolecía de errores. Ello, dado que, contrario a lo señalado por las concesionarias, su Solicitud no tiene por objeto los cobros derivados de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la reparación de cualquier elemento de la red que haya sido dañado, sino que se refería exclusivamente “*al valor del agua potable perdida en el contexto de los daños*” (folio 277, p. 55), lo que sí sería una prestación asociada.

101. Precisamente, a folio 134, la SISS se refirió a este cobro incluyendo en su respuesta sólo el “cobro por agua pérdida en la red” sin considerar otros gastos relacionados con la reparación de la red. Con todo, contrario a lo argumentado por la FNE, la Superintendencia indica que este tipo de cobros “*no corresponde a una prestación de servicios sanitarios y, más bien, dice relación con una indemnización que debe pagar un tercero*” y que “*debería ser resuelto por acuerdo directo entre las partes o por el tribunal competente*”. (Oficio SISS, p. 4).

102. Además de esta categorización realizada por la SISS, existen otras razones que llevan a este Tribunal a concluir que este cobro no corresponde a una prestación asociada obligatoria respecto de la cual se puede ordenar su tarificación, en los términos del artículo 12 A de la LTS.

103. En efecto, siguiendo la definición de la FNE respecto a que este cobro se refiere únicamente al pago que se debe realizar por el agua perdida en la red, no se aprecia cómo dicho cobro podría ser determinado por alguien distinto a la concesionaria, quien es precisamente quien opera la red. Así, la FNE no detalla cómo es que este cobro podría ser un servicio prestado, también, por terceros (artículo 21 inciso 2° de la LTS).

104. Por el contrario, el Informe Pacta, acompañado por la FNE, indica que este cobro lo realizan las concesionarias y que son ellas quienes estiman “*el volumen de la pérdida del agua potable considerando el diámetro de la tubería y el tiempo que estuvo perdiéndose el agua, y aplica[n] un cobro por este concepto al tercero causante del daño*” (Informe Pacta, p. 113). El informe agrega que el valor lo determina cada concesionaria “*en función de los costos de producción y distribución, pudiendo considerar el costo de oportunidad de no vender dicha agua*” (Informe Pacta, p. 113). Esta conclusión parece razonable en el entendido que la concesionaria es quien conoce su propia red y está en la mejor posición para calcular la cantidad de agua perdida y los costos asociados a su pérdida.

105. En definitiva, según los antecedentes que obran en autos, el cobro por agua perdida (ID 6.1) correspondería jurídicamente a una indemnización y no a una prestación asociada al servicio público sanitario en los términos del artículo 12 A y 21 de la LTS. Por tanto, podría ser objetada judicialmente si no se corresponde con las pérdidas actuales sufridas por la sanitaria. En todo caso, aun bajo el supuesto de la FNE de que este cobro fuese un servicio, éste no correspondería a una prestación asociada que pueda ser ejecutada por terceros (artículo 21 inciso 2° de la LTS), sino que se trataría de una prestación que solo puede ser ejecutada por la concesionaria y que debería ser regulada por la SISS en virtud del artículo 21 inciso 1° de la LTS y no mediante este proceso.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

106. Por otro lado, cabe destacar que la SISS a folio 134 indicó tres servicios que a su juicio ameritarían el ejercicio de la facultad del artículo 12 A de la LTS. Particularmente, la Superintendencia se refiere a la conexión de arranques de agua potable, los empalmes de uniones domiciliarias y la eliminación de arranque y uniones domiciliarias a petición del cliente. Sin embargo, estas prestaciones no fueron incluidas por la FNE en su Solicitud, de manera tal que no forman parte del objeto de este proceso, el que, como se señaló *supra*, únicamente recae en aquellos servicios descritos por la Fiscalía a folio 12. Así, no corresponde que este Tribunal analice y se refiera a servicios ajenos a este proceso.

107. Finalmente, en mérito del análisis expuesto, se concluye que ninguno de los servicios incluidos en la Solicitud corresponde a una prestación obligatoria que pueda ser prestada por terceros o por la concesionaria (artículo 21 inciso 2° de la LTS). Así, ninguno de estos servicios puede ser objeto del ejercicio de la facultad de este Tribunal regulada en el artículo 12 A de la LTS. En consecuencia, dado que no se cumplen con los presupuestos de la norma referida, no será necesario pronunciarse respecto de si estos tienen o no características monopólicas, en los términos allí exigidos.

III. PARTE RESOLUTIVA

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18 N° 7 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Rechazar la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica y declarar que no se ejercerá la facultad prevista en el inciso 2° del artículo 12 A del Decreto con Fuerza de Ley N° 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas respecto de los servicios identificados en la presentación de folio 12.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Silvia Retamales Morales.

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa y la Ministra Sra. Silvia Retamales Morales.

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a la solicitante y a los aportantes de antecedentes que hayan designado correo electrónico para efectos de la notificación.

Inclúyase en el estado diario el informe precedente y publíquese una vez que la solicitante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. Archívese en su oportunidad.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Rol NC N° 518-22.

Firmada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa, y la Ministra Sra. Silvia Retamales Morales. Autoriza la Secretaria Abogada (S) Sra. Carla Harcha Bloomfield.



45429699-29D9-4482-AA0A-80FFC85E4107

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.