

Minuta

Materia: Sentencia de la Corte Suprema en Requerimiento de Fiscalía Nacional Económica contra Empresas Sanitarias

Fecha: martes, 22 de junio de 2010

Resumen Ejecutivo

Con fecha 18.05.10, la Corte Suprema (CS) se pronunció sobre las reclamaciones interpuestas contra la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), de fecha 02.07.09, dentro del procedimiento contencioso que enfrentó a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) con las empresas sanitarias Aguas Andinas, Aguas Nuevo Sur Maule (ANSM), ESSBIO y ESSAL.

La sentencia de la CS acogió parcialmente los reclamos deducidos tanto por la FNE como las sanitarias requeridas en contra del pronunciamiento del TDLC, cuya parte decisoria es confirmada o modificada según se indica a continuación:

- a) Confirmó la prescripción acogida por el TDLC respecto de los contratos celebrados por las sanitarias con anterioridad a los dos años inmediatamente anteriores a la notificación del requerimiento de la FNE;
- b) Confirmó la sentencia del TDLC que rechazó la acusación de la FNE de que fuesen abusivos los cobros por morosidad e incobrabilidad aplicados por las sanitarias a proyectos inmobiliarios fuera de sus territorios operacionales (TO), sustentándose en la insuficiencia de la prueba aportada por esa entidad fiscalizadora. Por la misma razón, la CS rechazó la acusación de la FNE de que fuesen arbitrarias las tasas de descuento aplicadas por las sanitarias a dichos proyectos;
- c) Confirmó la sentencia del TDLC en cuanto a rechazar el cargo formulado por la FNE en contra de las empresas sanitarias porque no habrían declarado como "aportes de terceros" en los procesos tarifarios, los ingresos financieros obtenidos por la recompra de pagarés. Al respecto, la CS aclara que la Ley de Tarifas sólo regula los aportes de terceros que ocurren dentro del territorio operacional;
- d) Confirmó la sentencia del TDLC en cuanto a no aplicar multa a Aguas Andinas y ESSAL, declarando que la FNE no probó que los cobros exigidos por estas empresas fuesen atentatorios a la libre competencia;

- e) Confirma la sentencia del TDLC en cuanto impone a todas las empresas sanitarias requeridas **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 y recomienda que la SISS fiscalice adecuadamente las condiciones en que se emiten estos pagarés;
- f) Confirma la sentencia del TDLC en cuanto a que ESSBIO y ANSM incurrieron en conductas contrarias a la libre competencia y, consecuentemente, confirma que esta sentencia haya acogido, por una parte, la demanda de la Constructora Independencia por cobros arbitrariamente discriminatorios y, por otra, el requerimiento de FNE en contra de ESSBIO y ANSM por abusar de su posición de dominio para cobrar el denominado factor nuevo consumo;
- g) **Sin perjuicio de lo anterior, reduce las multas aplicadas a dichas empresas sanitarias**, teniendo presente que las apreciaciones de TDLC no son demostrativas con exactitud de los montos que habrían beneficiado a las sanitarias en desmedro de las constructoras;
- h) Confirma la sentencia del TDLC en cuanto a denegar la tarificación de los servicios que prestan las sanitarias fuera de sus TO;
- i) Confirma la sentencia del TDLC en cuanto se **ordena a las requeridas modificar sus modelos de evaluación** para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión para lograr parámetros explícitos que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios;
- j) **Revocó la sentencia del TDLC en la parte que propone modificaciones legales que serían contrarios a la libre competencia**, considerando que esta potestad legal no se puede ejercer a través de una sentencia llamada a dirimir una controversia, sin perjuicio de que ellas se formulen por dicho tribunal en el ámbito de sus atribuciones no jurisdiccionales;

Conclusiones

La sentencia de la CS. es crítica respecto de las pruebas rendidas por FNE para sustentar sus acusaciones. Sin embargo, confirma la posición de dominio que ostentan las sanitarias y que, a lo menos, hay ítems que no son suficientemente respaldados por estas empresas, verbigracia, los denominados gastos generales, tasa de descuentos de proyectos fuera de sus TO, tasa de incobrabilidad y morosidad.

Por otra parte, si bien revoca lo resuelto por el TDLC en cuanto a recomendar una serie de modificaciones legislativas y reglamentarias respecto de facilidades esenciales, esta decisión no se sustenta en cuestiones de fondo sino más bien de carácter netamente procedimental por lo que el Ejecutivo debería anticipar estos cambios regulatorios y proponer una modificación que recoja las inquietudes planteadas en este juicio.

Finalmente, impone dos cargas a las requeridas que, opino, involucran el ejercicio de potestades fiscalizadoras de SISS:

- SISS debería fiscalizar adecuadamente que las sanitarias entreguen una **alternativa de reembolso real, determinada y distinta de los pagarés;**
- La CS. confirma que las empresas sanitarias deben **modificar sus modelos de evaluación** para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, que se publiquen en sus páginas webs y que se sustenten en parámetros objetivos, transparentes y no discriminatorios. Si bien, ninguna de las dos sentencias se hace cargo de quién fiscalizará esta obligación, pienso que indudablemente debería ser SISS en su calidad de vigilante de la regularidad de las empresas sanitarias.