

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 2/2004

SANTIAGO, diez de junio de dos mil cuatro.

VISTOS:

1.- A fs. 1 consta el informe del señor Fiscal Nacional Económico, evacuado mediante oficio N° 46, de 28 de enero de 2002, por medio del cual solicita a la H. Comisión Resolutiva - organismo del cual este Tribunal es su continuador y sucesor legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 19.911 - se sirva ejercer las facultades que le confiere el artículo 17, letra d), en relación con el artículo 5°, ambos del Decreto Ley N° 211, actual artículo 17 C de ese Decreto Ley, y requiera la modificación del artículo 9° bis, inciso 1°, del D.F.L. N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, con la finalidad de que el beneficio que establece se aplique a cualquier instalador sanitario habilitado por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

Dicho artículo establece, *“Las concesiones para establecer, construir y explotar servicios públicos destinados a producir agua potable, distribuir agua potable, recolectar aguas servidas, y disponer aguas servidas, otorgan derecho a usar, a título gratuito, bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria, en las condiciones dispuestas por las respectivas municipalidades cuando estas instalaciones pudieran afectar el normal uso del bien nacional de uso público.”;*

2.- El informe de la Fiscalía Nacional Económica, expresa lo siguiente:

Que con fecha 21 de marzo de 2001, el señor Enrique Manzano Barrientos, constructor civil, domiciliado en calle Ecuador N° 9110, La Florida, solicitó un pronunciamiento de la Fiscalía Nacional Económica por eventuales irregularidades que atentarían contra la libertad de trabajo de personas y/o empresas del área sanitaria, favoreciendo a otras empresas, y que infringirían el artículo 19, N° 2 de la Constitución Política de la República.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El señor Manzano manifiesta que, dada su calidad de constructor civil, está inscrito como contratista en el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y cuenta con autorización de las empresas sanitarias Emos S.A. y Aguas Cordillera S.A., para ejecutar trabajos de instalaciones públicas y domiciliarias, aunque no es funcionario de ninguna de ellas.

Funda su solicitud en que los contratistas como él deben pagar por los permisos de ocupación de la vía pública, lo cual les impide competir con Emos S.A. y Aguas Cordillera S.A., compañías que se encuentran exentas de pagar dichos permisos. Asimismo, se refiere, por una parte, a la fijación de multas en los casos de demora en reanudar el suministro de agua por conexiones de matrices nuevas a otras ya existentes, haciendo ver que el monto fijado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios puede alcanzar los \$15.000.000.-, y, por otra, a la exigencia, por parte de las empresas sanitarias, de emitir boletas de garantía.

3.- En cuanto a la investigación practicada por la Fiscalía Nacional Económica a raíz de esta denuncia, ella da cuenta que solicitó al Ministerio de Obras Públicas su opinión respecto de las situaciones denunciadas por el señor Manzano, en cuanto a la existencia de una eventual discriminación normativa en la aplicación del citado artículo 9° bis del D.F.L. N° 382.

Informa que esa Secretaria de Estado, dando respuesta a la petición referida, transmitió el juicio ya emitido por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, o SISS, con fecha 2 de mayo de 2001, en cuanto a que la exención a que se refiere el artículo 9° bis del texto legal ya citado opera tanto cuando la ocupación para instalar infraestructura sanitaria es ejecutada por la propia concesionaria, como cuando se efectúa por un mandatario de ésta.

Sin embargo, según dicha Superintendencia, si la obra es ejecutada por un tercero, éste es quien deberá acreditar, ante la municipalidad respectiva, que actúa por cuenta de la concesionaria de servicios públicos y la corporación estará obligada a aplicar la exención. Si la corporación edilicia no aplicara tal exención en los casos descritos, según parecer de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el contratista debería recurrir a la Contraloría General de la República o a los tribunales de justicia, sin perjuicio de la facultad de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fiscalía Nacional Económica de conocer la materia, si la denuncia fuere considerada contraria a las normas de defensa de la libre competencia.

La SISS informó además que la fijación de multas, en los casos de demora en reanudar el suministro de agua por conexiones de matrices nuevas a otras ya existentes, está reglamentada en los artículos 11 y siguientes de la Ley N° 18.902.

En lo referente a la exigencia de emitir boletas de garantías, ellas están dentro de la esfera de gestión de la propia empresa sanitaria;

4.- Se informa además por la Fiscalía Nacional Económica que ella consultó a cada una de las empresas que poseen concesiones sanitarias en la Región Metropolitana, en relación con las situaciones planteadas por don Enrique Manzano Barrientos, para que informaran si dentro de las cláusulas suscritas con los contratistas que efectúan instalaciones para sus empresas, existe un mandato otorgado por la empresa al contratista, para que éste actúe por cuenta y riesgo de dicha empresa, solicitándoles adjuntar copia de los contratos o convenios respectivos.

En este aspecto, señala que unas empresas manifestaron que las obras son realizadas por personal propio. Otras señalaron que aún no han iniciado sus operaciones, por lo cual no han suscrito contrato alguno con personas naturales o jurídicas que efectúen instalaciones sanitarias. Por último, un tercer grupo de empresas informó que contrata a instaladores sanitarios (contratistas) para la realización de determinadas obras de infraestructura sanitaria, pero que en dichos contratos, no existe mandato alguno otorgado por la concesionaria al ejecutor de la obra para que éste actúe por cuenta y riesgo de la empresa.

5.- Adicionalmente, la Fiscalía Nacional Económica pone en conocimiento en su informe, que con posterioridad a la denuncia o consulta original, durante el curso de la investigación, don Enrique Manzano Barrientos hizo nuevas presentaciones ante esa Fiscalía, relativas a: a) el hecho de que Emos S.A. no acepta certificados de material de un plazo superior a doce meses de antigüedad del mismo, rechazando el material al momento de su utilización o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

impidiéndole usarlo, modificando discrecionalmente, según su parecer, la Norma Técnica contenida en el Decreto Supremo N° 267, de 16 de septiembre de 1980, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; y b) que se encontraba temporalmente suspendido del registro de contratistas de esa empresa sanitaria, sin habersele indicado cuál era el motivo de esta medida;

6.- La Fiscalía Nacional Económico, concluyó lo siguiente en su informe:

Los aspectos de la presentación del señor Manzano no referidos a la exención de pago que beneficia a las empresas sanitarias, dicen relación con situaciones reglamentadas por la ley o que importan controversias que deben ser resueltas en otras instancias, puesto que no configuran atentados a la libre competencia.

En cuanto al aspecto central de la consulta, es decir, la exención de pago que beneficia a las empresas sanitarias por el uso de bienes nacionales de uso público, señala, que si se considera, por una parte, que el artículo 9° bis del D.F.L. N° 382, de 1988, concede dicha exención solamente a los titulares de concesiones y, por otra, que de acuerdo al artículo 8° del mismo D.F.L., sólo las empresas sanitarias constituidas como sociedades anónimas pueden ser concesionarias, es evidente que otros instaladores sanitarios habilitados por la ley y los reglamentos vigentes para ejecutar instalaciones sanitarias no son favorecidos por similar exención.

Que a juicio del señor Fiscal Nacional Económico, ello constituye una discriminación, en perjuicio directo de uno de los actores del mercado respectivo, que entorpece la libre competencia y, además, eleva los costos de los usuarios cuando contratan los servicios de estos instaladores sanitarios.

Por tanto, solicita a la H. Comisión Resolutiva considere ejercer sus facultades y requiera la modificación del artículo 9° bis, inciso 1°, del D.F.L. N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, con la finalidad de que el beneficio que establece se aplique a cualquier instalador sanitario habilitado por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.- A fs. 4 la H. Comisión solicitó a la Fiscalía Nacional Económica ampliar su informe en el sentido de recabar antecedentes sobre la aplicación de la exención aludida en el informe, por las empresas concesionarias y otros;

8.- A fs. 46 rola el informe complementario de la Fiscalía Nacional Económica, acompañado mediante oficio N° 545, de 31 de octubre de 2002, el cual señala que, a fin de recabar los antecedentes solicitados, consultó a la Asociación Nacional de Municipalidades respecto de la aplicación de la exención a las empresas concesionarias de servicios sanitarios, en lo relativo al pago de derechos por el uso de la vía pública.

Dicha Asociación manifestó que los derechos municipales se encuentran consagrados, en cada caso, en la respectiva “Ordenanza de Derechos Municipales”, cuya dictación y aprobación por parte de los correspondientes consejos municipales, está amparada por el principio de autonomía municipal, con pleno respeto a las normas legales vigentes.

Que la Contraloría General de la República, en su Dictamen N° 27.555/90, estableció que el derecho de uso gratuito está referido a todo lo que involucre la instalación aludida, sin distinguir si la limitación del normal uso del bien es transitoria o permanente, porque la ley no distingue. Y que dicha gratuidad sólo procede en razón de los impedimentos derivados de la instalación misma de las infraestructuras sanitarias y no en caso de los trabajos de reparación y/o mantención de ellas, porque la norma que la establece es excepcional y debe interpretarse restrictivamente.

Que de acuerdo con la jurisprudencia administrativa, las empresas concesionarias se encontrarían exentas del pago de derechos por la utilización del terreno adjunto a la infraestructura sanitaria, con las limitaciones relativas a que se trate de ocupaciones que deriven directamente de la instalación misma de la infraestructura sanitaria.

Respecto de los contratistas, la Asociación indica que dichas empresas deben contar con la autorización de la empresa concesionaria, previo a que la municipalidad competente les conceda el permiso correspondiente. Por tanto, para que un tercero contratista pueda acceder a efectuar instalaciones sanitarias que impliquen el uso de bienes nacionales de uso público, deben

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

necesariamente contar con la autorización de la respectiva empresa sanitaria, la cual le encomienda la tarea que motiva el uso de dichos bienes.

La Fiscalía, sobre este punto, clarifica que la Asociación, frente a la situación antes descrita, entiende que el tercero contratista obra a nombre de la concesionaria sanitaria. En el resto de los casos, le cobra derechos municipales por el uso de la vía pública y no le aplica la exención a que se refiere el artículo 9° bis del D.F.L. N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, disposición legal que sólo aplica a las empresas concesionarias de servicios sanitarios;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la disposición legal que atañe a la investigación llevada a cabo por la Fiscalía Nacional Económica, esto es, el artículo 9° bis, inciso 1°, del D.F.L. N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, establece una gratuidad en favor de ciertos sujetos de derecho, que importa una exención de pago de ciertos derechos municipales por el uso de bienes nacionales;

SEGUNDO: Que esta gratuidad, es otorgada por ley solamente a quienes tienen la calidad de empresas concesionarias, autorizadas para establecer, construir y explotar servicios públicos destinados a producir agua potable, distribuir agua potable, recolectar aguas servidas, y disponer aguas servidas, sin favorecer a los restantes agentes económicos que podrían requerir el uso de bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria;

TERCERO: Que esta diferencia constituye una discriminación de fuente legal que entorpece la libre competencia, toda vez que su aplicación tiene por efecto elevar los costos de los instaladores sanitarios que no se encuentran favorecidos por esta gratuidad.

Que, además, en todo caso, se ha establecido que, según la Asociación Nacional de Municipalidades, para que un contratista pueda acceder a efectuar instalaciones sanitarias que impliquen el uso de bienes nacionales de uso público, haciendo uso de la exención descrita, debe contar con la autorización de la respectiva empresa sanitaria que se encuentra amparada por el beneficio, situación que claramente constituye un obstáculo al ejercicio en términos competitivos de la actividad de aquél;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUARTO: Que, analizados los hechos expuestos, y compartiendo las conclusiones del informe del señor Fiscal Nacional Económico, se accederá a su petición, en cuanto a solicitar al Supremo Gobierno la modificación de la normativa pertinente;

Y, conforme a lo dispuesto en los artículos 1°, 2° y 17 C, N° 4, del Decreto Ley N° 211, este Tribunal **resuelve**:

Acoger la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica y proponer al Presidente de la República, por medio del Ministerio de Obras Públicas, la modificación de la normativa pertinente, a fin de evitar toda discriminación entre instaladores, independientemente de su naturaleza.

Notifíquese por cédula al Ministro Secretario General de la Presidencia, y de Obras Públicas; al Superintendente de Servicios Sanitarios y al Fiscal Nacional Económico; y a don Enrique Manzano Barrientos, en el domicilio que consta en el expediente de investigación.

Hágase devolución del expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica; y archívese en su oportunidad.

Rólese con el N° O3-O4 NC.

Pronunciada por los señores Ministros Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares, y Sr. Pablo Serra Banfi.