

## ROL Y FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS AL AMPARO DEL NUEVO MARCO REGULADOR

JUAN EDUARDO SALDIVIA MEDINA

*Abogado*

*Superintendente de Servicios Sanitarios*

### 1. ANTECEDENTES GENERALES

#### A) Algunas consideraciones previas:

- Los servicios públicos, entre los que se cuentan los servicios sanitarios, están afectados a fallas de mercado que –conforme con lo que enseña la teoría económica– hacen necesaria su regulación. Destacan como falla de mercado en el sector de los servicios sanitarios:
  - Presencia de monopolio natural, con economías de escala e indivisibilidad de la inversión que generan costos fijos importantes y una proporción significativa de la inversión de carácter irreversible, además de barreras de entrada a la industria que impiden el libre juego del mercado;
  - Externalidades: La acción de un agente afecta a terceros sin que medie una compensación entre ellos;
  - Asimetrías de información derivadas del hecho de que el productor tiene mayor información y no la transfiere, impidiendo el cumplimiento del modelo de competencia perfecta.
- Las fallas de mercado impiden que la sociedad obtenga el máximo bienestar a partir de los recursos que se utilizan en los diferentes procesos productivos.
- La regulación intentará corregir estas fallas, a través de un conjunto de acciones públicas, que tendrán como objetivo mejorar la eficiencia con que se asignan los recursos o aumentar el bienestar social;
- La existencia de imperfecciones o fallas en el mercado no es condición suficiente para justificar la regulación estatal. Adicionalmente se requiere que los beneficios de la acción del Estado superen los costos que ella conlleva.
- En general existen dos modalidades de regulación: la regulación *estructural*, mediante la cual se determina qué organizaciones o tipo de organizaciones pueden dedicarse a determinadas actividades, estableciéndose, por ejemplo, reglas para controlar fusiones, cuotas de mercado o restricciones al ingreso; y la *regulación de conducta*, relacionada con el comportamiento permitido a las organizaciones en sus actividades propias, por ejemplo la regulación del precio.
- Por último se debe tener en cuenta que pueden haber otras soluciones antes que regular, como por ejemplo la promoción de la competencia, la desregulación, todo ello asociado a la promoción de una cultura del autocontrol, aprovechando que a los monopolios les interesa su imagen pública.

## B) El mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional:

- “La maduración del sector sanitario, la existencia de subsidios a la demanda para satisfacer los requerimientos de los más pobres y el establecimiento de un sistema regulatorio que puede ser perfeccionado, permiten, en varios casos, liberar paulatinamente al Estado de la prestación directa y concentrar su acción en la regulación de las tarifas, y la calidad de los servicios...”
- “El proyecto de ley tiene como objetivo establecer las disposiciones legales necesarias para el fortalecimiento de la capacidad reguladora y fiscalizadora del sector”, y en términos más específicos:
  - “Introducir las restricciones a la estructura de propiedad de las empresas prestadoras necesarias para evitar la constitución de monopolios”
  - “Complementar el marco jurídico, para fortalecer la institucionalidad fiscalizadora del sector”
 Aumentar la precisión, claridad y transparencia metodológica y de procedimientos en el cálculo y fijación de tarifas.

### 2. MODIFICACIONES LEGALES QUE IMPORTAN FORTALECIMIENTO DE LA REGULACIÓN ESTRUCTURAL

- 2.1. Ningún grupo empresarial podrá participar en la propiedad o usufructo de acciones o explotación de concesiones de un número de empresas prestadoras que sea superior al 49% del número total de empresas clasificadas en la respectiva categoría (salvo que sean dos empresas en la categoría).

#### Categorías :

- Mayor* : N° de clientes mayor al 15% de los usuarios del país;  
*Mediana* : Inferior al 15% y superior al 4%; y  
*Menor* : Inferior al 4%;

- 2.2. Ningún grupo empresarial que tenga el control o influencia decisiva en la administración de empresas concesionarias de

servicios públicos que sean monopolios naturales de distribución eléctrica o de telefonía local, cuyo número de clientes exceda del 50% de usuarios en uno o más de estos últimos servicios en las áreas bajo concesión de la empresa prestadora de servicios sanitarios, podrán participar en la propiedad, usufructo de acciones de dicha empresa prestadora de servicios sanitarios de distribución de agua potable o recolección de aguas servidas.

### 3. ALGUNAS MODIFICACIONES LEGALES QUE IMPORTAN FORTALECIMIENTO DE LA REGULACIÓN DE CONDUCTAS

- 3.1. Se elimina el requisito de que los derechos de agua estén en dominio en las prestadoras, bastando que tengan el uso de ellos. Además, se abre la posibilidad de optar a una concesión esgrimiendo derechos eventuales que alimenten embalses de regulación;
- a) *Artículo 12. (DFL.382).* La solicitud de concesión se presentará a la entidad normativa, acompañando una garantía de seriedad de la presentación. La solicitud, cuyas características se determinarán en un reglamento, contendrá, a lo menos, lo siguiente:

*Inciso 3:* La identificación de las fuentes de agua y sus respectivos derechos en el caso de la concesión de producción de agua potable.

Lo referente a las cuencas de alimentación se regirá por las disposiciones respectivas del Código de Aguas. Los derechos de aprovechamiento de agua deberán ser de carácter consuntivo, permanentes y continuos. Así mismo, la empresa sanitaria deberá tener la propiedad o el uso de estos derechos, lo que deberá acreditarse en la forma y plazos que defina el reglamento.

En caso que no fuere posible constituir derechos de carácter consuntivo, permanentes y continuos, la Superintendencia de Servicios Sanitarios podrá considerar para efectos de la solicitud de concesión, derechos de carácter eventual, que el solicitante tenga en propiedad o en uso, que alimenten embalses o estanques de regulación. Para tal efecto, la Superintendencia deberá dictar una resolución fundada y basada exclusivamente en consideraciones técnicas.

En el caso de fuentes de agua subterránea la Superintendencia podrá exigir un informe actualizado que certifique el respectivo caudal. La entidad fiscalizadora podrá solicitar la presencia de uno de sus funcionarios durante las pruebas necesarias para dicha certificación.

b) *Artículo 15. (D.S.121)* La solicitud de concesión para establecer, construir y explotar servicios públicos sanitarios deberá contener los siguientes antecedentes:

El solicitante deberá acreditar, en el acto público a que se refiere el artículo 21° del presente Reglamento, que le pertenecen en dominio o en uso los derechos de aprovechamiento de aguas, superficiales o subterráneas, necesarias para atender la demanda del servicio durante un período de cinco años. El solicitante deberá acreditar que sus derechos son suficientes para atender la demanda en el día de máximo consumo del quinto año. Igual exigencia deberá cumplir para el caso que en su solicitud se consideren derechos de carácter eventual.

Igualmente, el solicitante deberá cuantificar los derechos futuros, expresados en litros por segundo, previstos para cumplir con su programa de desarrollo.

En el acto en que se efectúe el intercambio de estudios tarifarios a que se refiere el artículo 10 del DFL 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas, modificado por la Ley 19.549, los prestadores deberán acreditar que le pertenecen en dominio o en uso los derechos de aprovechamiento de aguas, superficiales o subterráneas, necesarias para atender la demanda del servicio durante el período de los próximos cinco años conforme a lo previsto en el programa de desarrollo.

El dominio de los derechos de agua se acreditará mediante copia de inscripción de dominio con certificado de vigencia emitido por el correspondiente Conservador de Bienes Raíces.

Tratándose del uso de derechos de aprovechamiento, estos deberán acreditarse mediante contratos que consten en escritura pública que a juicio de la entidad normativa, ofrezcan la garantía suficiente de que el derecho de uso permanecerá en el patrimonio del prestador mientras sean necesarios para cumplir con su programa de desarrollo.

c) *Disposición Cuarta Transitoria (D.S. 121).* Para los efectos del proceso de formalización de las concesiones sanitarias adquiridas de pleno derecho de acuerdo a lo indicado en el inciso primero de la disposición primera transitoria del DFL. N° 382, del Ministerio de Obras Públicas, de 1988, podrán aceptarse derechos de aprovechamiento de aguas que se encuentren en trámite ante la Dirección General de Aguas, conforme a las disposiciones del Título I del Libro II del Código de Aguas. Dicha situación deberá ser acreditada mediante un certificado emanado de esa dirección, el que deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

- La individualización o el número del expediente donde se tramita la solicitud.
- El nombre del álveo de las aguas en donde se ha solicitado el derecho de aprovechamiento, su naturaleza, esto es, si son superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas y la provincia en que están ubicadas o que recorren.
- En caso de aguas subterráneas, se individualizará la comuna en la que se ubicará la captación y el área de protección solicitada
- La cantidad de agua solicitada, expresada en litros o metros cúbicos por segundo.
- El o los puntos de captación de las aguas solicitadas y el modo de extraerlas.
- Que el derecho de aprovechamiento de aguas solicitado es de carácter consuntivo y continuo.
- Si el derecho es de carácter permanente o eventual, para los fines de lo dispuesto en el artículo 12 N° 3 del DFL. MOP. N° 382, de 1988, y
- Que el derecho solicitado no ha sido objeto de oposición dentro del plazo legal.

Así mismo, para los efectos señalados en el inciso anterior, podrán aceptarse derechos de aprovechamiento en virtud de los cuales las concesionarias se encuentren actualmente haciendo uso efectivo del agua, conforme a lo dispuesto en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas y cuya regularización se encuentre pendiente. Esta circunstancia deberá ser

acreditada mediante un certificado emitido por la Dirección General de Aguas, que indique que la solicitud de regularización no ha sido objeto de oposición dentro del plazo legal.

Para la formalización que señala el inciso primero de este artículo, en ningún caso los derechos de aprovechamiento en trámite, a que se refieren los incisos precedentes, podrán superar la cuarta parte del total de los derechos necesarios para satisfacer la demanda del día de máximo consumo del quinto año contemplado en el programa de desarrollo del servicio respectivo, circunstancia que será calificada por la entidad normativa.

3.2. Se introduce la obligación para que al otorgarse una concesión se entregue por el concesionario una garantía de fiel cumplimiento de las condiciones de servicio;

*Artículo 30. (D.S.121).* La garantía de fiel cumplimiento de las condiciones de prestación del servicio será por un monto de 0,03 U.F. por cada usuario del servicio (número de arranques de agua potable o número de uniones domiciliarias de alcantarillado) o su equivalente. Esta garantía se recalculará anualmente, considerando el número de usuarios a servir, de acuerdo a las estadísticas oficiales de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

3.3. Se establece que en casos que sea necesario asegurar la provisión del servicio en áreas urbanas, la Superintendencia deberá efectuar una licitación pública. Si no hubiere interesados o no hubiese adjudicación se podrá exigir al prestador del área geográfica más cercana la ampliación de su zona de concesión, regulándose el derecho de aquel a las correspondientes tarifas;

3.4. En casos que se afecte la continuidad del servicio por falta de provisión de agua cruda, y ello se deba a negligencia o imprevisión de la prestadora, se faculta a la SISS para ordenar a aquella la suscripción de contratos que aseguren la provisión faltante. Si la falta de agua cruda se debiere a fuerza mayor y los concesionarios fueren obligados a suscribir contratos de provi-

sión se establecerán nuevas tarifas que incorporen el mayor costo, si existiere. Estas tarifas regirán mientras no se supere la fuerza mayor. Para estos contratos se establece un sistema de licitación pública en la que la SISS tiene la facultad de exigir la modificación de las bases de licitación. La SISS puede obligar a la suscripción de los contratos una vez conocidos los términos económicos de los mismos y sus efectos en tarifas;

3.5. Se establece, en el caso de los grandes consumidores, un sistema de competencia en la producción de agua potable y la recolección de aguas servidas, obligando al concesionario de distribución y recolección a prestar sus redes –contra un peaje– para que terceros presten el servicio;

3.6. Se faculta a la SISS para ordenar la modificación del programa de desarrollo, así como al prestador de solicitar la modificación del mismo;

*Artículo 58. (DFL. 382).* La entidad normativa podrá ordenar al prestador modificar su programa de desarrollo, cuando existan razones fundadas de cambios importantes en los supuestos en base a los cuales este fue determinado. En todo caso, dicha modificación no podrá representar daño emergente para el prestador.

Igualmente, por razones fundadas, el prestador podrá solicitar la modificación de su programa de desarrollo.

La modificación del programa de desarrollo será aprobada por resolución de la entidad normativa, sujeta al trámite de toma de razón.

Los planes de desarrollo actualizados y los programas anuales de inversión de las empresas prestadoras serán públicos.

3.7. Las prestadoras no podrán adquirir bienes o contratar servicios por un valor superior a las 500 Unidades de Fomento con personas relacionadas, salvo por licitación pública, y toda adquisición de bienes o contratación de servicios superiores a las 5.000 UF deberá efectuarse por licitación pública;

3.8. En materia de devolución de AFR se establece que deberán ser reembolsados por

su valor inicial reajustado y con intereses, capitalizándose aquellos devengados y no pagados. Además se establece la tasa de interés. Aquella que resulte de dividir por dos la suma de la tasa anual efectiva promedio cobrada por los bancos en operaciones reajustables de uno a tres años, y la tasa anual efectiva promedio pagada por los bancos en operaciones reajustables de uno a tres años;

- 3.9. Se precisa que habrá un solo cargo fijo, el cual sólo considerará aquellos costos del servicio que no dependen del volumen consumido o descargado;
- 3.10. Se tipifica el delito cometido por directores, gerentes, funcionarios, empleados o auditores externos de una entidad sometida a la fiscalización de la Superintendencia por alterar o desfigurar antecedentes o datos, correspondencia u otros documentos cualesquiera o que oculten o destruyan estos, con el fin de desviar o eludir la fiscalización que corresponde ejercer a la SISS. Multa de 1.000 UTM e inhabilidad para desempeñar cargos de director, administrador, gerente o auditor externo de una cualquiera S.A.

#### 4. ALGUNAS MODIFICACIONES LEGALES QUE POR SÍ MISMAS CONSTITUYEN UN FORTALECIMIENTO DEL ORGANISMO REGULADOR

- 4.1. Se establecen inhabilidades al Superintendente y a los funcionarios de su exclusiva confianza en términos tales que ni por sí o por sus cónyuges o determinados parientes o a través de personas naturales o jurídicas puedan participar en la propiedad en las empresas prestadoras. La inhabilidad sobreviniente produce la cesación en el cargo.

*Artículo 3° A. (Ley 19.549).* Serán inhábiles para desempeñar el cargo de Superintendente las personas que por sí, o por sus cónyuges, o por sus parientes legítimos hasta el primer grado de consanguinidad, o por personas que estén ligados a ellos por vínculos de adopción, o a través de personas naturales o de personas

jurídicas en que tengan control de su administración, participen en la propiedad de empresas prestadoras de servicios sanitarios.

Igualmente, serán inhábiles para desempeñar el cargo de Superintendente las personas que por sus parientes legítimos hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren, por sí o a través de personas jurídicas en que tengan el control de su administración, más del 10% del capital con derecho a voto o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar, a lo menos un director de una empresa de servicios sanitarios.

- 4.2. Obligación del Superintendente y de los funcionarios de exclusiva confianza de declarar su conocimiento acerca de la participación de determinados parientes en empresas prestadoras y/o en proveedoras de equipos, insumos o servicios específicos habituales de las prestadoras o constructoras que sean contratistas habituales de prestadoras;
- 4.3. Prohibición al Superintendente y de los funcionarios de la Superintendencia para prestar por sí o a través de terceros servicios personales a personas o entidades sometidas a la fiscalización de la Superintendencia, o a los directivos, jefes o empleados de ellas durante su desempeño en el servicio. Prohibición que se hace extensiva hasta tres meses después de haber dejado el cargo;
- 4.4. Se otorga a los funcionarios de la SISS (planta o contrata) designados como fiscalizadores de un servicio sanitario, la calidad de ministros de fe en la verificación de los hechos constitutivos de infracciones a la normativa vigente, constituyendo presunción legal.
- 4.5. Se incrementan significativamente las multas:
- 4.5.1. Deficiencias en calidad, continuidad u obligatoriedad de los servicios, cobros indebidos, trato económico discriminatorio, deficiencias en la atención de reclamos de los usuarios, daños en las redes,

incumplimiento de entregar información requerida por la SISS: 1 a 50 UTA; (una UTA : \$ 306.420);

- 4.5.2. Infracciones que pongan en peligro o afecten gravemente la salud de la población o afecten a la generalidad de los usuarios del servicio: 51 a 1.000 UTA;
- 4.5.3. No acatamiento de obligaciones o plazos legales así como órdenes escritas de la SISS: 1 a 100 UTA.
- 4.5.4. Información falsa o manifiestamente errónea, no cumplimiento de las normas de
- concentración o superposición, fusiones, adquisición de bienes o contratación de servicios sin propuesta pública y la coordinación tendente a distorsionar o encubrir información de costos: 51 a 500 UTA;
- 4.5.5. Incumplimiento del Programa de desarrollo: 51 a 10.000 UTA;
- 4.5.6. Entrega o uso indebido de información privilegiada: 51 a 1.000 UTA;
- 4.6. Se introducen sanciones a las empresas generadoras de residuos industriales líquidos que van de multas a clausura;