



Informe Jurídico

DE LA CONSTRUCCIÓN



Modificación Ley General de Servicios Sanitarios para Eximir a Viviendas Sociales o Subsidiadas hasta 750 UF del Costo de Conexión a la Red de Agua Potable y Alcantarillado

Exime del Cobro de AFR y de Cobros por Convenios de Factibilidad y Autoriza Nuevo Procedimiento de Ampliación Forzada

I. RESUMEN EJECUTIVO

La Ley N° 20.307 del 18 de diciembre de 2008 introduce una modificación a la Ley General de Servicios Sanitarios, disponiendo al efecto una exención del cobro de AFR a los programas habitacionales de viviendas sociales de hasta 750 UF, que se financien en todo o parte con subsidios otorgados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Asimismo, para estos mismos programas de viviendas se prohíben en la ley cobros por el otorgamiento de factibilidad sanitaria, salvo las obras de capacidad destinadas a mantener la misma tarifa del área contigua, las que se considerarán aportes de terceros, como asimismo se entrega competencia a la Superintendencia de Servicios Sanitarios para dirimir las controversias que a consecuencia de ellos se generen.

Asimismo, se regulan los plazos desde la suscripción de convenios de factibilidad sanitaria entre el urbanizador y las empresas concesionarias sanitarias, fijando un plazo de 30 días para ésta, desde la firma del convenio, para certificar la factibilidad del servicio.

Por último, de no prosperar el Convenio de Factibilidad antes referido, a requerimiento del Ministerio de Vivienda, la Superintendencia gatillará el procedimiento de licitación previsto en

el art. 33° A de la Ley Sanitaria, en un plazo de 60 días del llamado a licitación; de no haber interesados, la Superintendencia deberá en 15 días proceder a ordenar la ampliación forzada, debiendo el concesionario afectado otorgar en 15 días la factibilidad sanitaria.

II. INTRODUCCIÓN

La prestación de los servicios públicos sanitarios se encuentra sujeta a una completa regulación jurídica, dado el carácter de monopolio natural que detentan tales servicios. El referido marco legal se encuentra básicamente recogido en las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

La Ley General de Servicios Sanitarios, D.F.L. N° 382, MOP, en la cual se define el servicio público sanitario; las etapas de prestación de servicio (producción, distribución, recolección y disposición); el procedimiento de solicitud y adjudicación de las concesiones, y las obligaciones y condiciones a que se encuentran sujetas las empresas de servicios sanitarios para la explotación de los servicios sanitarios;

La Ley N° 18.902, que creó la Superintendencia de Servicios Sanitarios y que señala que corresponde a esta entidad la fiscalización de los Prestadores y, particularmente, determinar las tarifas que pueden cobrar los Prestadores y proponer los respectivos decretos al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción;

El Decreto con Fuerza de Ley N° 70, del Ministerio de Obras Públicas, de 1988, que contiene el texto de la Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios y establece el marco legal que regula la fijación de tarifas en el sector sanitario, disponiendo el procedimiento administrativo en la determinación de fórmulas tarifarias; la metodología de cálculo de las tarifas; las características, tipos de aportes de financiamiento reembolsables, forma y plazos para efectuar los reembolsos;

El Decreto Supremo N° 121, del Ministerio de Obras Públicas, de 1991, que aprueba el Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley N° 382 y,

El Decreto Supremo N° 453, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1990, que aprueba el reglamento de la Ley de Tarifas.

De acuerdo a la referida normativa legal y reglamentaria, las empresas sanitarias tienen la obligación de prestar servicio dentro de su área geográfica de concesión. Así se desprende de lo dispuesto en el Artículo 33 de la Ley General de Servicios Sanitarios que señala: **“El prestador estará obligado a prestar servicio a quien lo solicite, sujeto a las condiciones establecidas en la ley y su reglamentación...”** y de lo preceptuado en el Artículo 53, literal I) de la misma norma legal, que señala que **“Zona de Concesión o territorio operacional según corresponda, es el área geográfica delimitada en extensión territorial y cota, donde existe obligatoriedad de servicio para las concesionarias de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas”**.

Como contrapartida a la obligatoriedad de servicio que el legislador impuso a las empresas sanitarias, les otorgó a éstas el derecho a cobrar una tarifa. Así se desprende de lo establecido en el Artículo 36 de la Ley General de Servicios Sanitarios que señala que **“Son derechos del prestador, que dan lugar a obligaciones del usuario, cobrar por los servicios prestados...”**

En lo que respecta a las zonas urbanas que se encuentran fuera del área de concesión de las empresas sanitarias, el legislador privilegió un régimen de competencia en el acceso, mediante un sistema de licitación. En efecto, de acuerdo al Artículo 33 A de la Ley General de Servicios Sanitarios, **“...cada vez que exista la necesidad de asegurar la provisión del servicio sanitario en determinadas zonas dentro del límite urbano, la Superintendencia deberá efectuar la respectiva licitación pública”**. Sólo en el caso de que la respectiva licitación fracase la Superintendencia puede exigir la ampliación forzada de la concesión. Así lo señala el Artículo 33 A de la Ley General de Servicios Sanitarios, que establece: **“...En caso de no existir proponentes para la referida licitación, por no haber sido adjudicada ésta por no cumplir los proponentes con los requisitos exigidos por la ley, la Superintendencia podrá exigir al prestador que opere el servicio sanitario del área más cercana a la zona aludida en el inciso precedente, la ampliación de su concesión a esta última zona”**. Sin embargo, para que la Superintendencia de Servicios Sanitarios pueda ejercer dicha facultad respecto del prestador más cercano, es preciso que concurren copulativamente los siguientes requisitos:

- (i) Que la incorporación de las nuevas áreas sea “*factible técnicamente*”, y
- (ii) Que el aumento del territorio operacional sea “*razonablemente factible de enfrentar administrativa y financieramente por el Prestador*”.

De acuerdo a lo expresado en el Artículo 33 A de la Ley General de Servicios Sanitarios, bastaría la sola existencia de la necesidad de asegurar la provisión del servicio en determinadas zonas que se encuentran emplazadas dentro del límite urbano y fuera del territorio operacional de una empresa sanitaria para que la Superintendencia de Servicios Sanitarios hiciera ejercicio de la referida facultad. Sin embargo, dicha entidad ha entendido que sólo debe ejercer dicha facultad en forma restrictiva.

En el año 2004 se aprobó la Ley Nº 20.038. Dicha Ley establece que el llamado a licitación para una nueva concesión sanitaria adquiere el carácter de obligatorio para la Superintendencia de Servicios Sanitarios, cuando el Ministerio de Vivienda y Urbanismo así lo requiera para el desarrollo de sus proyectos de vivienda social cuyo valor no exceda de 750 UF.

No obstante la dictación de la Ley Nº 20.038, no se resolvió el problema para los proyectos de viviendas sociales, los que además de sufrir los retrasos ante la Superintendencia, al no fijársele plazos para llamar a licitación, han debido cargar con mayores costos derivados de cobros efectuados por las empresas concesionarias para otorgarles factibilidad.

Es el caso tener presente que la Ley de Tarifas no sólo dispone del sistema de Aportes Financieros Reembolsables —AFR— para adelantar inversiones, pero, no obstante ello, la mayor parte de las empresas concesionarias sanitarias sólo han utilizado este mecanismo de financiamiento por sus convenientes condiciones, encareciendo con ello aún más los costos de los proyectos de viviendas, de todo tipo, para obtener la factibilidad sanitaria de las empresas concesionarias sanitarias.

Así las cosas, el Ministerio de Vivienda este año patrocinó dos mociones parlamentarias orientadas a eximir a viviendas sociales o subsidiadas hasta 750 UF del costo de conexión a la red de agua potable y alcantarillado, como fijar plazos para procedimiento de licitación y ampliación forzada en su defecto.

Finalmente, con fecha 18 de diciembre se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.307, en análisis, disponiendo la exención del cobro de AFR a los Programas habitacionales de viviendas sociales de hasta 750 UF, que se financien en todo o parte con subsidios otorgados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, agregando para ello un inciso segundo nuevo en el art. 33° del DFL 382, disponiendo: *“Al prestador no le serán aplicables las disposiciones del Título II del DFL N° 70..., “De los aportes de financiamiento reembolsables”, cuando se trate de proyectos habitacionales de viviendas sociales hasta 750 UF, que se financien en todo o en parte con subsidios otorgados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo”*.

Asimismo, para estos mismos programas de viviendas se regula en la ley los cobros y plazos relativos a la suscripción de convenios de factibilidad sanitaria entre el urbanizador y las empresas concesionarias sanitarias, fijando un plazo de 30 días para ésta, desde la firma del convenio, para certificar la factibilidad del servicio.

Nuevo art. 33° C: *“Tratándose de proyectos de viviendas sociales a que se refiere el inciso 2° del Art. 33°, a ejecutarse dentro del límite urbano o de extensión urbana, pero fuera del territorio operacional, cualquier concesionario podrá comprometerse con el urbanizador a cargo de ese proyecto, a presentar, dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha del convenio, una solicitud de nueva concesión o ampliación de ella. Celebrado el convenio, el postulante a concesionario que lo suscribió deberá certificar la factibilidad de servicio. La factibilidad otorgada será válida para todos los efectos legales, aún cuando en definitiva sea otro prestador el que se adjudique la concesión. El concesionario que habiendo suscrito el convenio a que se refiere este artículo, no presentare la solicitud de concesión ante la Superintendencia dentro del plazo fijado, incurrirá en una infracción administrativa que será sancionada de acuerdo a los montos que establece la letra e), del inciso primero, del artículo 11 de la ley N° 18.902, sin perjuicio de su responsabilidad contractual.*

La suscripción del convenio no puede significar cobros de ninguna especie y su propósito es permitir otorgar la factibilidad de servicio que exigen las normas correspondientes para el desarrollo de los proyectos sociales a que se refiere el inciso segundo del artículo 33°.

Cuando sea necesario mantener el mismo nivel tarifario del área contigua en el área que se solicita en ampliación, determinadas obras de capacidad podrán ser asumidas por los interesados y se considerarán aportes de terceros. Este aspecto deberá consignarse en los convenios respectivos.

Cualquier discrepancia en relación con la aplicación de este artículo será resuelta por la Superintendencia de Servicios Sanitarios”.

En definitiva, en el proyecto se prohíbe sólo para este tipo de proyectos de viviendas el efectuar cobros por estos conceptos, salvo las obras de capacidad destinadas a mantener la misma tarifa del área contigua, las que se considerarán aportes de terceros, como asimismo se entrega competencia a la Superintendencia de Servicios Sanitarios para dirimir las controversias que a consecuencia de ellos se generen, y se regula en su defecto un procedimiento expedito de ampliación forzada.

En efecto, de no prosperar el Convenio de Factibilidad antes referido, a requerimiento del Ministerio de Vivienda, la Superintendencia gatillará el procedimiento de licitación previsto en el art. 33 A de la Ley Sanitaria, en un plazo de 60 días del llamado a licitación; de no haber interesados, la Superintendencia deberá en 15 días proceder a ordenar la ampliación forzada, debiendo el concesionario afectado otorgar en 15 días la factibilidad sanitaria.

Dispone al efecto el nuevo art. 33º D: *“En caso que no sea posible obtener la suscripción de los convenios a que se refiere el artículo 33º C, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dando cuenta de esta situación, solicitará a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la licitación prevista en el artículo 33º A”.*

En estos casos el acto público a que se refiere el artículo 14 de esta ley deberá efectuarse dentro del plazo de 60 días contado desde la publicación del llamado a licitación, y los postulantes deberán otorgar la factibilidad de servicio solicitada en dicho acto público. Si no hubiere interesados, la Superintendencia deberá pronunciarse dentro del plazo de 15 días sobre la procedencia de la ampliación forzada y, en dicho caso, el concesionario afectado deberá otorgar la factibilidad en un plazo de 15 días contado desde la notificación de la Superintendencia.

III. ANÁLISIS GENERAL

Si bien, como antes se señaló, en lo que respecta a las zonas urbanas que se encuentran fuera del área de concesión de las empresas sanitarias el legislador privilegió un régimen de competencia en el acceso, mediante un sistema de licitación, en la práctica no se produce, ya que la Superintendencia de Servicios Sanitarios ha entendido que sólo debe ejercer dicha facultad en forma restrictiva.

Este criterio fue corroborado por la Contraloría General de la República, la que se refiere al uso de esta facultad en su Dictamen N° 27.342 de fecha 28 de mayo de 2004, como **“un acto de excepción”**, y señala que **“no es factible hacer uso del procedimiento de licitar públicamente nuevas concesiones, pues no contiene una razón de interés social, ni existe una imperiosa y urgente necesidad por proveer dichos servicios”**. Termina señalando que esta atribución es **“una facultad, para la entidad normativa, en su calidad de organismo técnico, llamar a propuesta pública para entregar una concesión sanitaria, así como ponderar necesidades de nuevas concesiones que ameriten este procedimiento, ya que este proceso implica recurrir en gastos que en definitiva soporta el Estado. Por tal razón, en uso de sus facultades legales, en la actualidad ha limitado los procesos de licitación pública a situaciones que por su interés social o cuando lo justifiquen políticas de vivienda”**.

La interpretación restringida que la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la Contraloría General de la República han dado al ejercicio de esta facultad, así como también los requisitos y el procedimiento que establece la Ley General de Servicios Sanitarios para la procedencia de la ampliación forzada de una concesión colindante a la zona urbana que no cuenta con servicio sanitario, ha impedido que en definitiva se dé cumplimiento al objetivo que tuvo a la vista el legislador al contemplar dicho mecanismo de licitación, cual era propender al desarrollo de las zonas urbanas fuera de las áreas de concesión de las empresas sanitarias en la medida que el propio desarrollo urbano lo fuera requiriendo, a través de un mecanismo de licitación que asegurase competencia en la provisión de estos servicios.

En suma, el legislador quiso evitar que existiesen áreas dentro del radio urbano de la ciudad que no contasen con el debido servicio sanitario, impidiéndose por esta vía el desarrollo urbano.

Así las cosas, varias empresas sanitarias colindantes a las zonas urbanas que no cuentan con servicio sanitario supeditan el otorgamiento del servicio en tales zonas a la entrega de importantes aportes de parte de quienes desarrollan un proyecto de urbanización en ellas, aportes que muchas veces superan a los que las empresas sanitarias pueden exigir a quienes solicitan servicio dentro de su área geográfica de concesión.

La citada Ley Nº 20.038 antes referida no solucionó de manera integral el problema planteado, toda vez que, por una parte, se restringió su aplicación sólo respecto de las viviendas sociales y, por la otra, no estableció plazos definitivos para que la Superintendencia ejerciera dicha facultad, lo que mantuvo la incertidumbre existente en cuanto al resultado final del proceso de licitación.

Es el caso tener presente que la Ley de Tarifas no sólo dispone del sistema de Aportes Financieros Reembolsables —AFR— para adelantar inversiones, pero, no obstante ello, varias empresas concesionarias sanitarias sólo han utilizado este mecanismo de financiamiento por sus convenientes condiciones económicas, encareciendo con ello aún más los costos de los proyectos de viviendas, de todo tipo, para obtener la factibilidad sanitaria de las empresas concesionarias sanitarias.

Por ello, la Cámara Chilena de la Construcción en agosto de 2005 presentó una denuncia a la Fiscalía Nacional Económica, con el objeto de exponer algunas cuestiones que representaban un abuso de posición dominante por parte de las empresas de servicios sanitarios que decían relación con el otorgamiento de servicio sanitario dentro del territorio urbano y fuera del área operacional de las empresas sanitarias como también en el área rural y, por último, la forma de aplicación del mecanismo de aportes financieros reembolsables por estas empresas.

Se presentó esta denuncia ante la imposibilidad de lograr las adecuaciones que permitieran restablecer “condiciones de mercado” respecto de un monopolio natural, lo

que llevaba a los urbanizadores a negociar con las empresas sanitarias directamente, generando situaciones inequitativas y discrecionales, las que no sólo implican un encarecimiento de la vivienda, sino además facilitan la falta de transparencia y cobros discrecionales de las empresas sanitarias, los cuales podrían generar incluso competencia desleal en la industria inmobiliaria.

Como consecuencia de esta denuncia, la FNE presentó un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra de algunas Empresas de Servicios Sanitarios, respecto del que la CChC se adhirió como “tercero coadyuvante”. Este juicio concluyó su etapa probatoria; es probable que se dicte el fallo a inicios del año 2009 por el Tribunal.

La Ley N° 20.307, objeto de análisis en este Informe Jurídico, es el resultado de dos mociones parlamentarias patrocinadas luego por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, orientadas a eximir a viviendas sociales o subsidiadas hasta 750 UF del costo de conexión a la red de agua potable y alcantarillado, eximiéndolas del cobro de AFR.

Asimismo, para estos mismos programas de viviendas se regulan en esta ley los cobros y plazos relativos a la suscripción de convenios de factibilidad sanitaria entre el urbanizador y las empresas concesionarias sanitarias, fijando un plazo de 30 días para éstas, desde la firma del convenio, para certificar la factibilidad del servicio. En su defecto, se regula un expedito procedimiento de licitación y ampliación forzada.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, en la ley se prohíbe sólo para los referidos proyectos de viviendas el efectuar cobros por AFR y cobros por el otorgamiento de factibilidad sanitaria, salvo las obras de capacidad destinadas a mantener la misma tarifa del área contigua, las que se considerarán aportes de terceros. Asimismo, se entrega competencia a la Superintendencia de Servicios Sanitarios para dirimir las controversias que a consecuencia de los referidos cobros se generen, y se regula en su defecto un procedimiento expedito de licitación y de ampliación forzada.

En efecto, de no prosperar el Convenio de Factibilidad antes referido, a requerimiento del Ministerio de Vivienda, la Superintendencia gatillará el procedimiento de licitación; previsto en el art. 33 A de la Ley Sanitaria, en un plazo de 60 días del llamado a licitación, de no haber interesados, la Superintendencia deberá en 15 días proceder a ordenar la ampliación forzada, debiendo el concesionario afectado otorgar en 15 días la factibilidad sanitaria.

No obstante lo anterior, cabe tener presente que la solución planteada por la modificación legal en comento no dispone plazos para suscribir el convenio de factibilidad entre el urbanizador y la concesionaria, lo que en definitiva muchas veces obligará a gatillar el nuevo procedimiento de licitación y ampliación forzada al no lograr materializar los convenios antes referidos.

Las sanitarias reclamaron durante la discusión del proyecto de ley que no se ha considerado el costo de los estudios para otorgar los convenios de factibilidad, toda vez que las tarifas no los consideran en su valor real, y por ello les sería inconveniente suscribir los convenios de factibilidad si no pueden cobrar por ellos. No obstante lo anterior, justificaron su apoyo a esta iniciativa legal en razones de responsabilidad social. Esperamos que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su fallo zanje esta discusión.

Se soluciona en definitiva para este tipo de viviendas la situación antes referida y se mantiene el problema para los proyectos de vivienda sobre dicho valor, lo que se espera sea resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.



INFORME JURÍDICO es una publicación de la Cámara Chilena de la Construcción A.G. que busca desarrollar temas vinculados directa o indirectamente al sector con el propósito de contribuir al debate sobre crecimiento y desarrollo del país. Se autoriza su reproducción total o parcial siempre que se cite expresamente la fuente. Para acceder a INFORME JURÍDICO y a los estudios de la Cámara Chilena de la Construcción A.G. por Internet, conéctese a www.cchc.cl

Es de responsabilidad del usuario verificar la vigencia del documento.

Director responsable: Carolina Arrau Guzmán.

Descriptor: Vivienda Social; Factibilidad Sanitaria.

Responsable: Carolina Arrau Guzmán.

Abogado Informante: Carolina Arrau Guzmán.



COORDINACIÓN DE ASESORÍAS
Y ESTUDIOS LEGALES
DE LA GERENCIA DE ESTUDIOS

Cámara Chilena de la Construcción

Marchant Pereira Nº 10, Piso 3

Providencia, Santiago.

Teléfono 376 3385 / Fax 580 5106

www.cchc.cl