

Santiago, doce de septiembre de dos mil seis.

Vistos:

En estos autos rol 2657-06 Demarco S.A., sociedad del giro de recolección y transporte de residuos sólidos dedujo demanda en contra de la empresa Coinca S.A y de la I. Municipalidad de San Bernardo alegando que éstas cometieron actos contrarios a la libre competencia en el proceso de licitación convocado por la municipalidad demandada para la concesión de los servicios de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, provisión y reposición de contenedores, saneamiento y microbasurales producidos por residuos sólidos domiciliarios y voluminosos; y solicitó se deje sin efecto dicho proceso, así como la adjudicación realizada, los contratos celebrados entre las partes y cualquier otro acto que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia. Que contestando, a fs. 303 y 393 respectivamente, las demandadas solicitaron el rechazo del libelo en todas sus partes, con costas.

A fs. 444 la Fiscalía Nacional Económica evacuó su informe, y en forma coetánea formuló un requerimiento en contra de las demandadas y el Consorcio Santa Marta S.A., solicitando que se declare que éstas han vulnerado las normas sobre defensa de la competencia e infringido la resolución 650/2002 de la H. Comisión Resolutiva.

A fs. 495 Coinca evacuó el traslado del requerimiento, solicitando su rechazo con costas, y a fs. 524 hizo lo propio Santa Marta S.A. solicitando en forma subsidiaria al rechazo del requerimiento la imposición de una multa inferior a la solicitada por la Fiscalía Nacional Económica.

A fs. 532 se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos.

A fs. 1442 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia, y acogió la demanda interpuesta por Demarco S.A. y el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica sólo en cuanto declaró que Coinca S.A y Consorcio Santa Marta S.A. incumplieron lo dispuesto en la Resolución N°650 de 17 de mayo de 2002, de la H. Comisión Resolutiva, toda vez que cotizaron tarifas no publicadas por los servicios que prestan en los rellenos sanitarios. A fs. 1442 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia, y acogió la demanda interpuesta por Demarco S.A. y el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica sólo en cuanto declaró que Coinca S.A y Consorcio Santa Marta S.A. incumplieron lo dispuesto en la Resolución N°650 de 17 de mayo de 2002, de la H. Comisión Resolutiva, toda vez que cotizaron tarifas no publicadas por los servicios que prestan en los rellenos sanitarios de su propiedad, y además acogió el requerimiento formulado contra Coinca S.A. por haber infringido la libre competencia al cotizar en forma discriminatoria sus servicios a competidores a una tarifa manifiestamente superior a aquella con la que ganó la licitación de autos, actuación con la que pretendió impedir la participación de un competidor en la misma, utilizando su poder de mercado en la disposición final para aumentar su participación en el servicio de recolección de residuos, condenándola al pago de una multa a beneficio fiscal de 350

Unidades Tributarias Anuales.

Contra esta sentencia Coinca S.A., interpuso a fs. 1483, recurso de reclamación, solicitando que éste se acoja y se revoque la resolución impugnada, negando lugar en todas sus partes a la demanda interpuesta en su contra por Demarco, así como al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, dejando en consecuencia sin efecto la multa impuesta, con costas. En subsidio solicitó la rebaja de aquella.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1°) Que por intermedio del recurso en estudio Coinca S.A. reprocha a la sentencia el que le impute haber abusado de la posición dominante que le confiere el gestionar el relleno Santiago Poniente, al cotizar tarifas superiores a aquella con la que ganó la licitación. Sostiene al respecto el recurrente, primeramente, que su parte no detentaba un poder de mercado relevante respecto de sus competidores en la licitación de autos, desde que existían otros dos rellenos sanitarios a los cuales requerir el ser vicio de disposición final de residuos, siendo uno de ellos, el de mayor tamaño, de propiedad del grupo que integra Demarco S.A, denominado Lomas Los Colorados. En efecto- sostiene- es de público conocimiento que sus asociadas operan el relleno sanitario más grande de la Región Metropolitana, denominado Lomas Los Colorados, ubicado en Til-Til, el que, para este caso, atendida la estación de transferencia que opera el conglomerado Urbaser-Kiasa, al que pertenece Demarco S.A, era un relleno totalmente viable económicamente a los efectos de la propuesta pública que generó esta causa. Lo anterior implica que Demarco S.A posee instalaciones para la disposición final de residuos, y por lo tanto no se vio imposibilitada de presentar oferta por esta causa, concluyendo que su automarginación del proceso obedeció a que carecía de los requisitos técnicos y económicos que incidían en la adjudicación. Pese a lo anterior, continúa el recurrente, el fallo no consideró al relleno sanitario Lomas Los Colorados como un recurso disponible para Demarco S.A., a pesar de que la estación de transferencia de KDM "Demarco- se encuentra a la misma distancia que el relleno sanitario Santiago Poniente desde la plaza de San Bernardo, y los accesos viales al primero son mejores. Por ello, siendo éste viable, mal pudo su parte haber cometido el abuso que se le imputa;

2°) Que, en seguida, el recurrente alega que contrariamente a lo que sostuvo la sentencia, su parte no efectuó una discriminación arbitraria de precios por cuanto los indicados a Demarco S.A. corresponden a operaciones diferentes a las que su parte propuso a la Municipalidad de San Bernardo, y se encuentran fundamentados en condiciones técnicas y económicas distintas.

Al respecto, sostiene que se probó que la tarifa cotizada a Demarco se refiere a un servicio distinto al ofertado por Coinca S.A. a la I. Municipalidad de San Bernardo, así como que aquella tiene un manifiesto supuesto técnico. Explica que Coinca S.A. desarrolla en forma directa y conforme a su objeto social, el giro de recolección, disposición y tratamiento de los residuos, y fue en dicho contexto que participó en la licitación hecha por la I. Municipalidad de

San Bernardo. Tanto la tarifa cotizada referencialmente a Demarco, como la ofertada en el ámbito de la licitación, se fundamentan en criterios económicos, reflejando estrictamente los costos y riesgos aparejados a la prestación del servicio. Indica que si los valores difieren, ello se debe a que los servicios sobre los cuales versan las cotizaciones no son estrictamente los mismos. En efecto, la indeterminación de las circunstancias necesarias para evaluar con precisión el servicio requerido implicó la necesidad de cotizar un valor que pudiera cubrir los riesgos y contingencias derivados de las variables no proporcionadas por la empresa requirente, considerando que se trataba de un servicio a largo plazo, lo que no fue apreciado por el tribunal. Demarco no indicó los horarios en que debía realizarse el servicio, ni su frecuencia, así como tampoco identificó el tipo y cantidad de vehículos con que se trasladarían y dispondrían los residuos en el relleno sanitario. Sostiene que la cotización solicitada por Demarco comprendía, además de la disposición de los residuos domiciliarios, la disposición de residuos voluminosos, escombros y ramas, servicio este último que no puede prestar directamente. Por ello, es que en relación a lo primero se cotizó un precio de \$7.000 pero para los residuos consistentes en escombros y ramas se consideró el precio que el relleno de la actora, Lomas Los Colorados, contempla para ello, de \$13.366. Además, como debía trasladar estos escombros y ramas desde el relleno Santiago Poniente hasta el de Las Lomas, el precio también consideró el valor del flete. Por ello insiste en que el valor cotizado a Demarco era mayor que el que ofertó a la Municipalidad de San Bernardo, pero agrega que el de la disposición final de los residuos era el mismo: \$7.000;

3°) En cuanto a la publicación de las tarifas, insiste en que lo solicitado por Demarco no corresponde a lo descrito en la publicación que efectuara dando cumplimiento a la Resolución 650 de la Honorable Comisión Resolutiva, desde que hubo de integrar además el precio de servicios cobrados por terceros, atendido que el relleno sanitario Santiago Poniente no estaba autorizado en esa fecha para disponer residuos voluminosos, escombros y ramas, como lo solicitó Demarco al pedir la cotización.

4°) Que del análisis de la prueba rendida en el proceso, aparece que no se encuentran acreditadas las alegaciones del reclamante.

En efecto, si bien se estableció que la empresa Demarco S.A pertenece al grupo Urbaser-Kiasa, grupo que opera el relleno sanitario Lomas Los Colorados, ubicado en Til Til, así como que esta empresa es una de las tres más importantes en el mercado de residuos sólidos en la Región Metropolitana, de los antecedentes de autos aparece que la ventaja comparativa que le significa a esta empresa recolectora el estar vinculada a un relleno sanitario se diluye en este caso, en razón de la lejanía. En efecto, si bien se estableció que la empresa Demarco S.A pertenece al grupo Urbaser-Kiasa, grupo que opera el relleno sanitario Lomas Los Colorados, ubicado en Til Til, así como que esta empresa es una de las tres más importantes en el mercado de residuos sólidos en la Región Metropolitana, de los antecedentes de autos aparece que la

ventaja comparativa que le significa a esta empresa recolectora el estar vinculada a un relleno sanitario se diluye en este caso, en razón de la lejanía de Lomas Los Colorados respecto de la comuna de San Bernardo, situación esta última que se deduce de la simple observación del mapa de esta ciudad, que rola a fs. 418, acompañado por la reclamante. Es justamente a esta situación a la que se refiere el fallo reclamado, cuando sostiene que Coinca S.A. se encontraba en una posición dominante en relación a Demarco S.A., posición que le confirió el control o la propiedad del relleno sanitario Santiago Poniente;

5°) Que, a la luz de los antecedentes probatorios reunidos, contrariamente a lo que se sostiene en el recurso, se acreditó que Coinca S.A. efectuó una discriminación arbitraria de precios al cotizar a Demarco uno mucho mayor al que le ofreció a la Municipalidad de San Bernardo por el mismo servicio. Cabe advertir en este aspecto que la cotización efectuada por Coinca a Demarco, que consta en la carta compromiso rolante a fs. 3, de \$12.750 por cada tonelada, se refería a la prestación de servicios de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, provisión y reposición de contenedores, saneamiento de microbasurales producidos por residuos sólidos domiciliarios y voluminosos, y disposición final de residuos sólidos domiciliarios y voluminosos, sin que allí exista alguna referencia al servicio de retiro y transporte de escombros y ramas y su disposición final, también objeto de la licitación. Por otro lado, las bases para la licitación, agregadas a fs. 676 y siguientes, en el acápite "M)

Documentos Notariales para los siguientes casos" distinguen claramente las diversas situaciones que pueden presentarse respecto de los servicios materia de ella, exigiendo que se acompañe una carta compromiso-acuerdo, respecto de cada uno de los servicios mencionados en los casos en que el oferente no preste directamente el de disposición final, ya sea de residuos sólidos domiciliarios y voluminosos; o de escombros o ramas. Es decir, como son servicios distintos, aún cuando forman parte de la misma licitación, si el oferente, en este caso Coinca S.A., no pudiera prestar directamente ni el de disposición final de residuos sólidos domiciliarios y voluminosos, ni el de disposición final de escombros o ramas, de acuerdo a las bases se requería la presentación de dos cartas compromiso-acuerdo, una sobre cada servicio, o una sola en que se señalaran expresamente ambos, atendiendo a las especificaciones exigidas por ellas.

De esta forma no se encuentra acreditada la alegación formulada por el reclamante, consistente en que el precio cuestionado incluía también lo relativo a la disposición final de escombros y ramas.

Finalmente, cabe señalar que no consta en autos que Coinca S.A. haya presentado alguna carta de compromiso-acuerdo suscrito con alguna otra empresa, pese a que ofertó por ello, e incluso se adjudicó tal licitación, lo que debió hacer si, como alega, el relleno sanitario de su propiedad no estaba autorizado en esa época para prestar ese servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, y aún encontrándonos en dicho evento, la conducta de Coinca S.A. sigue siendo arbitraria, desde que con el documento de fs. 8 se acredita que esta

empresa ofreció a la I. Municipalidad de San Bernardo por los servicios antes indicados, esto es, recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, provisión y reposición de contenedores, saneamiento de microbasurales producidos por residuos sólidos domiciliarios y voluminosos, y retiro y transporte de escombros y ramas y su disposición final, la suma de \$9.000 por tonelada, desglosados de la siguiente forma: \$7.000 por el primero de los servicios mencionados y \$2.000 por el segundo, precio que, por cierto, es de todas formas sustancialmente inferior al contenido en la cotización efectuada a Demarco S.A.;

6°) Que, por último, consta de los antecedentes de la causa que Coinca S.A., el 26 de noviembre del año 2002, publicó en el Diario La Nación, de acuerdo a la resolución N°650 de ese año, dictada por la Honorable Comisión Resolutiva, las tarifas por los servicios de disposición final de residuos sólidos domiciliarios y asimilables, a cobrar en el relleno sanitario "Santiago Poniente", consignando como precio por dicho servicio a particulares la suma de \$6.200, suma inferior a la cotizada a Demarco S.A., sin que sea relevante el documento de fs.252, en el que se indican otros precios, pues éste se refiere a los publicados en el diario La Nación el 15 de agosto del año 2004, es decir, con bastante posterioridad al proceso de licitación que nos ocupa;

7°) Que el artículo 3° del D.L. N°211 estatuye que "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso".

"Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:... b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes";

8°) Que habiendo incurrido la reclamante en la conducta descrita en el considerando anterior, acorde se acreditó con la prueba rendida en autos, tal como lo tuvo por establecido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, procede rechazar la reclamación interpuesta.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 20 y 27 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, **SE RECHAZA** el recurso de reclamación deducido a fojas 1483 en representación de Coinca S.A en contra de la sentencia N°37/2006, de diez de mayo de dos mil seis, escrita a fojas 1442.

Se previene que la Ministro Srta. Morales y el Abogado Integrante Sr. Herrera estuvieron por rebajar la multa impuesta a Coinca S.A., a 300 Unidades Tributarias Anuales, por considerar dicha sanción ajustada a la infracción cometida por ésta.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. KRedacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Künsemüller.

Ro 1N°2657-2006.- Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Milton Juica y Srta. María Antonia Morales; y los Abogados Integrantes Sres. Óscar Herrera y Carlos Künsemüller. No firma la Srta. Morales, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por haber cesado en sus funciones.

Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.