

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 118/2012.

Santiago, nueve de enero de dos mil doce.

VISTOS:

1.1. A fojas 177, con fecha 27 de octubre de 2009, la Fiscalía Nacional Económica, en adelante, la "requirente" o la "FNE", formuló requerimiento en contra de Kiasa Demarco S.A. (KDM) y de las I. Municipalidades de Conchalí, Pudahuel, Renca, Las Condes, Lo Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Quinta Normal, Recoleta, Independencia, Santiago, La Reina, Curacaví, Ñuñoa, Providencia, La Cisterna, San Miguel y Llay Llay, fundada en que determinadas cláusulas de los contratos entre KDM y cada una de las mencionadas municipalidades serían contrarias a la libre competencia al imponer una barrera de entrada al mercado de disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

1.2. Expone que los días 7 y 8 de agosto de 1994, el "Consejo de Alcaldes de Cerros de Renca" (Consejo), del que forman parte las I. Municipalidades requeridas de Conchalí, Pudahuel, Renca, Las Condes, Lo Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Quinta Normal, Recoleta, Independencia, además de la de Huechuraba, publicó el llamado a licitación pública para "*la selección conjunta de opciones al tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales*". Este proceso concluyó el 10 de mayo de 1995 con la adjudicación al Consorcio compuesto por las empresas "Kiasa" y "Demarco", las cuales, de acuerdo a lo comprometido en su oferta, procedieron a constituir la sociedad KDM S.A. (KDM), para prestar los servicios adjudicados.

El 16 de junio de 1995, las Municipalidades del referido Consejo, contrataron con KDM la prestación de los servicios de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales, en las estaciones de transferencia y relleno sanitario ubicadas en la comuna de Quilicura y en el predio denominado Las Bateas Oriente, comuna de Til-Til, respectivamente, incluyendo el transporte diario entre ambas instalaciones de los residuos y desechos sólidos que se recolectasen en los territorios jurisdiccionales de cada una de las municipalidades.

Con posterioridad y en fechas diversas, las municipalidades de Santiago, La Reina, Curacaví, Ñuñoa, Providencia, La Cisterna, San Joaquín, San Miguel, Maipú y Llay-Llay, en forma individual, contrataron en los mismos términos con KDM los aludidos servicios, sujetándose en todo a lo señalado en el convenio antes referido, mediante contratos de fechas 17 de septiembre de 1996, 13 de noviembre de 1996, 16 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

octubre de 1998, 27 de noviembre de 1996, 9 de septiembre de 1996, 19 de diciembre de 2001, 7 de abril de 2000, 10 de julio de 2001, 15 de diciembre de 2003 y 12 de mayo de 2000, respectivamente.

Las cláusulas quinta y sexta del aludido contrato, denominado "Tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos domiciliarios" (el Contrato) se refieren al plazo de su duración, señalando lo siguiente:

"Quinta: El contrato tiene un plazo de vigencia de dieciséis años, contados desde el primero de agosto del año en curso, el que se divide para todos los efectos legales en las siguientes etapas (...).

"Sexta. El contrato será renovado automáticamente por períodos iguales y sucesivos de dieciséis años cada uno, si ninguna de las partes señalare lo contrario o diere aviso por instrumento público, cuyo otorgamiento será debidamente notificado a la otra parte por intermedio de un Notario Público, a lo menos con dos años de anticipación a la fecha original de término del contrato, o de sus renovaciones posteriores".

Conforme a las cláusulas citadas, los días 16, 24 y 29 de julio de 2009, las municipalidades de San Joaquín, Maipú y Huechuraba, respectivamente, manifestaron su voluntad, en el sentido de no renovar el Contrato.

No obstante, atendida la renovación automática y sucesiva que dicho instrumento contempla, éste se renovará y mantendrá vigente en relación a las demás comunas, lo que asegura a KDM gran parte del mercado del tratamiento y disposición final de residuos domiciliarios en la Región Metropolitana y en la comuna de Llay-Llay por un plazo sin límite o, a lo menos, por los siguientes 16 años de vigencia.

En efecto, las comunas respecto de las cuales el Contrato se renovará y mantendrá vigente constituyen, a juicio de la requirente, una demanda cautiva de KDM de modo que las cláusulas en cuestión excluyen o generan barreras a la entrada de competidores, pues impiden a un nuevo entrante captar parte de la demanda por servicios de disposición final de residuos domiciliarios e introducir nueva tecnología en este proceso.

1.3. En relación con el mercado relevante, la FNE señala que el mercado de producto corresponde al de servicios de disposición final de residuos sólidos domiciliarios, y que el geográfico corresponde a la Región Metropolitana, sin perjuicio de ser posible que algunos municipios dispongan de los residuos domiciliarios en rellenos ubicados en otras regiones, particularmente aquellos situados en la periferia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Explica que los municipios contratan con terceros los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos domiciliarios, pero que los servicios de recolección y transporte, de un lado, y los de disposición final, de otro, constituyen mercados relevantes distintos, que son objeto de licitaciones separadas por parte de los municipios y que están sometidos a regulaciones ambientales también diferentes.

A este respecto, agrega que los organismos que velan por la libre competencia han reconocido que mientras que en el mercado de recolección y transporte se presentan menores barreras de entrada, lo que permite un mayor número de oferentes, en el mercado de la disposición final el número de oferentes es reducido, debido a los altos niveles de inversión requeridos y las barreras de entrada existentes. Afirma que tanto este Tribunal (Sentencia 77/2008) como la H. Comisión Resolutiva (Resolución 650/2002) han señalado que los rellenos sanitarios constituyen facilidades esenciales.

Por ello, y dado que la mayoría de los procesos licitatorios terminan siendo adjudicados a empresas verticalmente integradas que son propietarias de rellenos sanitarios, la Instrucción N°1/2006 de este Tribunal dispuso que los oferentes de servicios de disposición final deben ofrecer tarifas no discriminatorias a las distintas empresas de recolección y transporte.

1.4. Con respecto a las condiciones de entrada, la FNE distingue y describe los siguientes costos: (i) inversión inicial asociada a la etapa de habilitación del relleno sanitario; (ii) gastos incurridos durante la etapa de explotación u operación; y (iii) costos relacionados con el cumplimiento de la normativa ambiental, asociados al cierre del proyecto y al programa de monitoreo post operación.

Afirma que, según la Subsecretaría de Economía, la disposición final presenta economías de escala que se traducen en que el costo unitario de un relleno sanitario que recibe 70 mil toneladas por mes es aproximadamente un 60% del costo unitario de un relleno que recibe 30 mil toneladas al mes. Por ello, los proyectos de disposición final requieren contar con un mínimo de contratos para ser económicamente viables.

Además, la oposición pública y las dificultades para la aprobación de estos proyectos introducen mayor nivel de riesgo, lo que reduce los incentivos para el ingreso de nuevos oferentes.

Estas dificultades a la entrada explicarían la estabilidad que se observa en las participaciones de mercado entre 2006 y 2008, de los tres rellenos sanitarios que operan en la Región Metropolitana: (i) Lomas Los Colorados (Til-Til) de propiedad de KDM, del orden de 58%; (ii) Santa Marta (San Bernardo) de propiedad de Consorcio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santa Marta S.A., que oscila en torno al 29%; y (iii) Santiago Poniente (Rinconada de Maipú) de propiedad de Proactiva S.A., con el 12% aproximadamente.

En este contexto, la cláusula de renovación automática incluida en los contratos que motivan el requerimiento rigidiza aún más este mercado, inhibiendo el desafío competitivo de potenciales entrantes.

Añade que la cláusula en cuestión, es excesiva y que KDM no puede justificar un plazo de renovación tan extenso sobre la base de recuperar las inversiones realizadas, ya que consideró el plazo original de 16 años como el adecuado para amortizar las inversiones en el desarrollo y puesta en marcha del relleno, pues la renovación de ese plazo era incierta.

1.5. En cuanto al derecho, la FNE afirma que mediante la aplicación de la renovación automática establecida en la cláusula sexta del Contrato, las requeridas han vulnerado el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por cuanto con ello se restringe o entorpece la libre competencia en el mercado del tratamiento y la disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

Concluye que, de este modo, la empresa KDM tiene asegurado el control de dicho mercado por un plazo indeterminado, ya que la referida cláusula incrementa y consolida su posición de dominio en el mercado de la disposición final de residuos domiciliarios, crea barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores e impide que se generen los correspondientes beneficios económicos y sociales.

Además, la FNE se refiere al Dictamen 995/96 de la H. Comisión Preventiva Central (en adelante, la "CPC"), confirmado por la Resolución 481/97 de la H. Comisión Resolutiva (en adelante, la "CR"), que constatarían la posición de dominio de KDM y sus relacionadas en el mercado de los residuos sólidos domiciliarios, la Resolución 650/02, que reconocería el carácter estratégico del control de las fases de tratamiento intermedio y disposición final para las distintas fases del proceso de tratamiento de residuos, la Instrucción N° 1/06 que establece los criterios básicos a los que deben sujetarse las licitaciones en los mercados de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, la sentencia 77/08 que identificaría el riesgo de conductas anticompetitivas, atendida la estructura y características de este mercado, y las sentencias 37/06 y 45/06 relativas a licitaciones de servicios de recolección, transporte y distribución de residuos sólidos domiciliarios.

Por último, y en lo que respecta a las municipalidades requeridas, la FNE cita diversas normas de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior (en adelante, la "LOCM"), específicamente los artículos 3, 6, 58 letra i) y 65 letra j), y concluye que la referida cláusula de renovación automática infringe dicha normativa, además de las normas de libre competencia.

1.6. En virtud de todo lo anterior, la FNE solicita que se acoja el requerimiento y, en definitiva, se declare que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, dejando sin efecto la cláusula de renovación automática y sucesiva por períodos de 16 años, ya singularizada, y ordenando que se llame a licitación pública para la prestación de los servicios de disposición intermedia y final de los residuos domiciliarios de las municipalidades adscritas al mismo, cuyo primer período vence el 31 de julio de 2011 para la mayoría de éstas.

2. A fojas 3770, con fecha 24 de marzo de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se hizo parte la sociedad Proactiva Servicios Urbanos S.A. como tercero coadyuvante de la FNE, quien es propietaria y operadora del relleno sanitario Santiago Poniente. El texto íntegro de la respectiva presentación rola a fojas 3801 y siguientes.

3. A fojas 3949, con fecha 5 de mayo de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se hizo parte la sociedad Gestión Ecológica de Residuos S.A. (Gersa) como tercero coadyuvante de la FNE, quien desarrolla el "Proyecto Planta de Tratamiento Integral de Residuos Cerros La Leona" en la comuna de Til-Til.

4. A fojas 238, con fecha 8 de marzo de 2010, la I. Municipalidad de Providencia contestó el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

4.1. Afirma que la municipalidad de Providencia no ha infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, ni el artículo 65 letra j) de la LOCM, ni la Instrucción N°1 de este Tribunal; y que, muy por el contrario, por medio de la renovación del Contrato, ha actuado custodiando los superiores intereses de su comunidad y los recursos municipales.

4.2. Relata que, con fecha 9 de septiembre de 1996 celebró con KDM el contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales, que el mismo fue acordado y dispuesto por el Consejo Municipal mediante acuerdo de 2 de julio de 1996, tal como consta de su cláusula quinta, el cual fue formalizado mediante decreto del alcalde.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Posteriormente, el 30 de julio de 2009 fue suscrita la renovación de dicho contrato, atendidas las condiciones del mercado y después de un detenido análisis. Señala que dicha renovación fue acordada y dispuesta mediante acuerdo del Consejo Municipal de 10 de junio de 2009 y formalizada por decreto del alcalde.

4.3. Explica que la renovación fue una decisión fundada en las ventajas económicas, sociales y medioambientales de la misma, puesto que tanto la estación de transferencia como el relleno sanitario cumplen con la normativa vigente.

Además, la Dirección de Aseo y Ornato evaluó las condiciones económicas, técnicas y medioambientales que sugerían acoger la renovación del aludido contrato y no desahuciarlo para convocar a un nuevo proceso licitatorio, que tendría mayores costos imposibles de asumir.

4.4. Discrepa de que la renovación pueda restringir el ingreso de nuevos actores, pues la posibilidad de contar con terrenos aptos para instalar y operar rellenos sanitarios en la Región Metropolitana está determinada más bien por su realidad geográfica y densidad poblacional.

4.5. Por lo tanto, concluye que la I. Municipalidad de Providencia no ha celebrado hechos, actos o convenciones que impidan restrinjan o entorpezcan la libre competencia, sino ejercido un derecho a renovar el contrato con KDM en condiciones económicas, técnicas, medioambientales y sociales ventajosas para la municipalidad y sus habitantes.

Lo anterior, conforme a un contrato que es ley para las partes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, y que ninguna ley posterior podría alterar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República y 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

5. A fojas 310, con fecha 9 de marzo de 2010, la I. Municipalidad de San Miguel contestó el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

5.1. En primer término, manifiesta que la I. Municipalidad de San Miguel no convocó a la licitación ni participó en la redacción de las cláusulas que motivan el requerimiento, a las que no pudo más que adherir porque a esa época se había producido una emergencia sanitaria consistente en que el vertedero de Lepanto –que hasta entonces utilizaban- debía cerrarse y necesitaban urgentemente de un relleno donde depositar los residuos domiciliarios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Afirma que, en todo caso, las cláusulas cuestionadas no fueron inventadas por el Consejo de Alcaldes de los Cerros de Renca para eliminar la libre competencia, sino que se expresaron con la finalidad de renovar el contrato a su vencimiento si es que las partes estaban de acuerdo y era beneficioso para ellas, o de no hacerlo, si no se daban tales condiciones.

5.2. Alega que el municipio sólo podía persistir en el Contrato porque KDM es la empresa que resulta más conveniente, de acuerdo con el estudio que realizó su dirección de Aseo y Ornato a efectos de determinar si se desahuciaba o no el contrato. En efecto, otros vertederos existentes en la actualidad resultan más caros por sus precios o por la distancia a la que se encuentran.

5.3. En relación con las imputaciones relativas a la infracción a la Ley Orgánica de Municipalidades, aclara primeramente que el Consejo de Alcaldes Cerros de Renca no otorgó una “concesión” sino que contrató el servicio de tratamiento y disposición final de residuos, pues las municipalidades no tienen facultades para otorgar concesiones para el tratamiento intermedio y disposición final, sino sólo el servicio de retiro de los residuos domiciliarios. Por lo mismo, el contrato que surgió de la licitación convocada por dicho consejo es uno de prestación de servicios que se rige por las normas del derecho privado y que es ley para las partes.

Además, señala que era imposible licitar porque cuando adhirió al contrato, con fecha 10 de julio de 2001, KDM era la única empresa que contaba con autorización de funcionamiento, tal como consta de la resolución 305/04 del Servicio de Salud del Ambiente que acompaña, de manera que hubiese habido un único oferente.

5.4. Reconoce que las cláusulas de renovación automática y que, en general, todo contrato existente y válidamente celebrado puede considerarse una barrera para que otros puedan entrar en un negocio en el que dos partes ya están ligadas, pero ello no basta para invalidar un contrato cuando no concurre intención de producir el resultado lesivo y además, en la especie, se trata de barreras de entrada que están permitidas.

Al respecto, afirma que las partes se han vinculado por medio de un contrato válido y, en cumplimiento del mismo, han dado ejecución a una cláusula de renovación automática que no se encontraba prohibida al tiempo de pactarse. Explica que no son aplicables en la especie los requisitos establecidos para las cláusulas de renovación automática previstos en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas, dado que éste entró a regir el 24 de septiembre de 2004 y la adhesión se verificó con anterioridad a esa fecha.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.5. Por todo lo anterior, concluye que el municipio no ha ejecutado conducta alguna atentatoria de la libre competencia, y que tanto la adhesión como la renovación del Contrato están permitidas y son beneficiosas para el municipio.

5.6. En un segundo acápite de la contestación, y como petición subsidiaria al rechazo del requerimiento, la I. Municipalidad de San Miguel opone excepción de prescripción de la acción, aduciendo que la misma se encuentra prescrita, sin mediar interrupción o suspensión, sea que los dos años se cuenten desde el contrato original o desde la adhesión al mismo.

Precisa que el plazo de prescripción no puede contarse desde la renovación del contrato en junio de 2009 porque: (i) la infracción se dice cometida al acordar las cláusulas 5° y 6°; (ii) sólo desde la suscripción del contrato o desde la adhesión al mismo (2001) puede decirse que KDM tuvo asegurado el control del mercado “por un plazo indeterminado”; y, (iii) porque lo que la FNE considera atentatorio de la libre competencia es que las partes hayan celebrado un contrato que contiene una cláusula de renovación automática, no la aplicación de esta última.

6. A fojas 336, con fecha 9 de marzo de 2010, la I. Municipalidad de Ñuñoa contestó el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

6.1. En primer término, alega que la acción de autos se encuentra prescrita. Indica que el contrato que se cuestiona fue celebrado por el Consejo de Alcaldes Cerros de Renca el 16 de junio de 1995, y la adhesión al mismo por parte de la Municipalidad de Ñuñoa se verificó el 27 de noviembre de 1996. Por consiguiente, y dado que las acciones por infracción a la libre competencia prescriben en tres años contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan, conforme lo establece el artículo 20° del Decreto Ley N° 211 vigente a la época de presentación del requerimiento (27 de octubre de 2009), todas las acciones relativas a actos anteriores al 26 de octubre de 2006 estarían prescritas.

6.2. Adicionalmente, señala que la Municipalidad de Ñuñoa no puede ser sujeto de reproche porque su participación en el mercado relevante obedece a un imperativo constitucional y legal.

Así, tal como señala la FNE, la LOCM determina como una de las funciones de las municipalidades el aseo y ornato de la comuna, y que la forma de cumplir con ello, está establecida en los artículos 6 y 58 letra i) de misma, vigentes a la época de celebración de los contratos cuestionados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, los dictámenes citados por la FNE en el requerimiento señalan que las labores de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios que realiza un municipio son un “servicio municipal”.

6.3. Por otra parte, la Municipalidad de Ñuñoa argumenta que este Tribunal es incompetente porque ella no es un agente económico ni la contratación mediante licitación pública es una actividad económica.

Afirma que la Excm. Corte suprema, en sentencia de 29 de marzo de 2006 (rol N° 383-2006), estableció que las municipalidades no eran agentes económicos y que, consiguientemente, a este Tribunal no le correspondía intervenir por tratarse de materias propias de la LOCM.

Tras el fallo analizado, este Tribunal dictó la Sentencia N° 77-2008 en autos rol N° 137-2007, en la cual sostuvo para afirmar su competencia, que a lo que debía atenderse no era a la estructura orgánica del sujeto sino que a las actividades que desarrollaba. En razonamiento del Tribunal, si un sujeto desarrolla actividades económicas su conducta puede ser revisada por dicho órgano jurisdiccional y *“la compra o adquisición en el mercado de un servicio de una calidad específica por un determinado precio”* es una actividad económica.

La Municipalidad de Ñuñoa disiente del razonamiento contenido en la Sentencia referida, y afirma que este Tribunal se equivoca cuando sostiene que *“la compra o adquisición en el mercado de un servicio de una calidad específica por un determinado precio”* es una actividad económica. Ello, porque tanto el Diccionario de la Real Academia Española como el Código Tributario, la Ley de Rentas Municipales y diversas leyes que menciona, utilizan la expresión *“actividad económica”* refiriéndose a un conjunto de operaciones y no a un acto aislado. El Tribunal, por tanto, carece de competencia para revisar el ejercicio de las funciones en materia de aseo y ornato que corresponden a las municipalidades.

6.4. Por otra parte, esta requerida afirma que es equivocada la interpretación que hace la FNE de los dictámenes y resoluciones de las comisiones que precedieron a este Tribunal que cita en el requerimiento.

En particular, porque el Dictamen 995/96 de la CPC, confirmado por la Resolución 481/97 de la CR, fue dictado en 1996, esto es, con posterioridad a la licitación que dio origen al contrato cuestionado en autos, y además, porque su alcance es diferente del señalado por la FNE pues en el mismo se da cuenta de la situación que posteriormente llevó a suscribir el contrato que ahora se cuestiona.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por su parte, la Resolución N° 650/02 de la CR condenó a la requerida por materias relativas al contenido de las bases de una licitación, pero no dispuso la modificación de los contratos suscritos.

A su vez, la Instrucción N°1 de este Tribunal no puede ser considerada a fin de cuestionar los contratos celebrados por mi representada y otras 21 municipalidades más, dado que a todas ellas les resultaba imposible someterse a las disposiciones de una normativa que comenzó a regir 10 años después de convenir con KDM el contrato para la disposición de residuos que se cuestiona. Además, dichas instrucciones no contemplan contratos por períodos o plazos determinados.

Luego, la sentencia N°37/06 no es aplicable, pues sanciona por conductas diversas de las que se imputan en este requerimiento, reconociendo el carácter no vinculante de la Instrucción N°1. A su vez, la Sentencia 45/06 se refiere a una materia y mercado completamente diverso.

6.5. Evoca la existencia de varios otros dictámenes y resoluciones que no son mencionados por la FNE. Particularmente, los dictámenes Nos 1146 y 1150 que darían cuenta de que la FNE tomó conocimiento del contrato que ahora cuestiona sin formular reparos. Además, las Resoluciones 4 y 7 de este Tribunal tampoco cuestionan los plazos contractuales.

6.6. No concurre ninguno de los los requisitos esenciales del ilícito antimonopolio contenido en el artículo 3° del D.L. 211, a saber: (i) que se hubiere efectivamente impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, o que se haya tendido a ello poniendo a la libre competencia en un peligro concreto, real y serio; (ii) que exista una relación de causalidad entre las conductas y los efectos, es decir, que el daño o la amenaza sean consecuencia necesaria y directa de los actos o conductas imputadas; y, (iii) que la municipalidad haya actuado con dolo o intención de impedir, perturbar o restringir la libre competencia, o bien, que el resultado o el peligro concreto al bien jurídico haya sido razonablemente previsible.

7. A fojas 395, con fecha 9 de marzo de 2010, la I. Municipalidad de Las Condes contestó el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

7.1. Primeramente, la Municipalidad de Las Condes relata los sucesivos acontecimientos que dieron origen al requerimiento de autos, indicando que: (i) el 29 de julio de 1994 las municipalidades del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca del que forma parte, suscribieron un convenio para la selección conjunta de opciones al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales; (ii) el 2 de agosto de 1994 se efectuó el llamado a propuesta pública; (iii) en mayo de 1995 se aprobó la adjudicación de la propuesta a KDM; y, (iv) el 16 de junio de 1995 se suscribió el contrato de concesión con KDM.

Hace presente que el 28 de junio de 1996, el Sesma de la Región Metropolitana ordenó que a contar del 1 de julio del mismo año los municipios miembros del Consejo de Alcaldes de Cerros de Renca debían abstenerse de depositar sus residuos domiciliarios en el vertedero de “Cerros de Renca” y debían hacerlo en “Lomas Los Colorados”, de tal manera que las municipalidades se vieron obligadas a actuar del modo que lo hicieron por disponerlo así la autoridad sanitaria.

Finalmente, con fecha 28 de julio de 2009, el Concejo Municipal de Las Condes acordó aprobar la renovación a KDM de la concesión de contratación para el tratamiento intermedio y disposición final de desechos o residuos sólidos municipales.

Para adoptar dicha decisión, el Concejo Municipal tuvo en cuenta que todas las demás alternativas que se evaluaron resultaron ser más caras, además de que el resto de las ubicaciones para depositar residuos están bastante más distantes que la actual planta de transferencia de KDM, habiéndose evaluado y comparado la disposición de residuos domiciliarios en plantas de transferencia y rellenos sanitarios de KDM S.A. (Quilicura y Til-Til), Santa Marta S.A. (puerta Sur y Fundo El Rodeo), y Proactiva S.A. (Santiago Poniente).

7.2. A continuación, la Municipalidad de Las Condes opone excepción de prescripción de la acción, señalando que el cuestionamiento de la FNE a la cláusula de renovación automática debió ser planteado cuando se celebró el contrato que la contiene y no 14 años después. Explica que la conducta atentatoria de la libre competencia es la estipulación de la cláusula aludida, hecho ocurrido en 1995, y no su aplicación en 2009. Luego, la acción estaba prescrita cuando se presentó el requerimiento de autos, el 27 de octubre de 2009.

7.3. La impugnación hecha por la FNE significa un cuestionamiento grave de la autonomía municipal, consagrada en la LOCM, pues la requirente pretende que se impida que la Municipalidad de Las Condes pueda extender la vigencia de un contrato altamente conveniente a sus intereses y a los de los vecinos del municipio.

7.4. Por otra parte, afirma que su actuar está justificado tanto por la conveniencia de contratar a largo plazo, como por razonabilidad económica de la cláusula de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

renovación automática en un mercado como el de tratamiento y disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

Explica que debido a la presencia de estrictas regulaciones ambientales, hay pocos oferentes en el mercado de tratamiento y disposición final de residuos. Además, se trata de un servicio de alta complejidad que no es de fácil gestión, e implica un gran riesgo social en el caso de no ser bien operado.

En este contexto, señala que los contratos de largo plazo aseguran una demanda agregada relevante en relación con el tamaño de la inversión requerida para la instalación de un relleno sanitario.

Indica que no es efectivo que una cláusula de renovación automática represente una barrera de entrada artificial, ya que ésta permite a ambas partes no renovar el Contrato, con lo que simplemente se está reconociendo la autonomía de la voluntad de las partes, sin producir otro efecto que el de otorgar a dichas partes un marco pre-acordado, aunque no obligatorio, para continuar con un negocio jurídico mutuamente conveniente.

Agrega que, en la especie, los municipios pudieron haber cambiado de proveedor, pues el contrato original previó la posibilidad de que éstos pusieran término o perseveraran en el contrato, todo ello con la más amplia libertad contractual. No obstante, la renovación automática significa en la práctica mantener vigentes los precios más bajos y las condiciones técnicas y económicas más convenientes por la prestación del servicio de que se trata, toda vez que las alternativas presentan costos mayores.

Al respecto, afirma que si se hubiera llamado a una nueva licitación, lo más probable es que la adjudicataria hubiera sido nuevamente KDM, aunque a un precio bastante más elevado que el actual, el que se ha mantenido producto de la renovación automática.

Por ello, concluye que la Municipalidad de Las Condes actuó conforme a Derecho y con sujeción a las normas legales y contractuales que rigen estas materias.

7.5. No concurre ninguno de los los requisitos esenciales del ilícito antimonopolio contenido en el artículo 3º del D.L. 211, a saber: (i) que se hubiere efectivamente impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, o que se haya tendido a ello poniendo ésta en un peligro efectivo, real y serio; (ii) que exista una relación de causalidad entre las conductas y los efectos, es decir, que el daño o la amenaza sean

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consecuencia necesaria y directa de los actos o conductas imputadas; y, (iii) que la municipalidad haya actuado con dolo o intención de impedir, perturbar o restringir la libre competencia, o bien, que el resultado o el peligro concreto al bien jurídico haya sido razonablemente previsible.

8. A fojas 458, con fecha 9 de marzo de 2010, KDM contestó el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

8.1. En primer término, KDM opone excepción de prescripción de la acción, indicando que el contrato con las municipalidades del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca se suscribió el 16 de junio de 1995 (el “contrato original”), mientras que por contratos de 17 de septiembre de 1996, 13 de noviembre de 1996, 16 de octubre de 1998, 27 de noviembre de 1996, 19 de diciembre de 2001, 7 de abril de 2000, 10 de julio de 2001, 15 de diciembre de 2003 y 12 de mayo de 2000, las municipalidades de Santiago, La Reina, Curacaví, Ñuñoa, Providencia, La Cisterna, San Joaquín, San Miguel, Maipú y Llay Llay, adhirieron a él, respectivamente (las “adhesiones”).

Argumenta que el único “hecho, acto o convención” en el cual KDM ha participado fue la suscripción del contrato original y sus adhesiones (ambas el “Contrato”), hecho que constituye el hito desde el cual se entiende que la conducta se encuentra ejecutada. Lo anterior, pues considera que la interpretación propuesta por la FNE, en el sentido que KDM ha dado aplicación a la cláusula dejando que el Contrato se renueve: (i) es inadmisibles e ilógica pues supone desconocer los efectos que el Contrato tiene para la eficiencia del mercado así como atribuir a KDM una posición de garante que, a la luz del Decreto Ley N° 211, no existe; (ii) difícilmente puede darse aplicación a la cláusula, toda vez que la misma no contiene obligaciones susceptibles de ser exigidas por las partes del Contrato y, por el contrario, contiene una facultad de obrar discrecional para cada una de ellas; y (iii) ello es coincidente con lo planteado por este Tribunal en sentencias 55/2007, 60/2007 y 66/2008.

Explica que el Contrato incluye la cláusula de renovación automática que cuestiona el requerimiento y que la FNE ha tenido la oportunidad de cuestionar desde hace más de 13 años. En efecto, el Contrato suscrito y la cláusula de renovación pactada en 1995 se refieren a un mercado que tanto la FNE, las Comisiones Preventiva y Resolutiva, como este Tribunal, han tenido la oportunidad de conocer y analizar en detalle en múltiples ocasiones desde dicha fecha.

Luego, la acción interpuesta por la FNE se encuentra prescrita de acuerdo con el inciso tercero del artículo 20 del Decreto Ley N° 211 que establece un plazo de prescripción de dos años contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

libre competencia en que se fundan, ya que entre la suscripción del Contrato -fecha que fija también la oportunidad para el análisis de la imposición de cualquier cláusula del mismo- y la presentación del requerimiento han transcurrido claramente el plazo de prescripción antes referido.

Aclara a este respecto, que la norma de prescripción aplicable es aquella vigente con anterioridad a la modificación introducida a la misma por la Ley 20.361 de 2009 que extendió de dos a tres años el plazo de prescripción de la acción por conductas contrarias a la libre competencia, pues las conductas se verificaron con anterioridad a dicha modificación legal y porque éste resulta ser el estatuto legal más favorable o beneficioso a sus intereses, sin perjuicio de que conforme a cualquiera de dichos estatutos la acción se encuentra prescrita. Aclara asimismo que la Ley N° 20.361 tampoco es aplicable en la especie en lo concerniente al plazo especial de prescripción de cinco años ni a la regla especial de cómputo de dicho plazo especial, únicamente aplicables a las conductas de la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Todo lo anterior, conforme a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal (o sancionatoria) consagrados en el artículo 19 N° 3 de la Constitución y al artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

Por lo anterior, concluye que el plazo para impugnar la Cláusula de Renovación del Contrato se encuentra vencido y cualquier supuesta infracción derivada del mismo absolutamente prescrita.

8.2. A continuación, KDM se refiere al proceso de licitación que dio origen al Contrato, relatando el objeto de la conformación en 1978 del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, mencionando el convenio intercomunal de 1993 que permitió iniciar el proceso de licitación para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales, describiendo el cronograma seguido por dicha licitación, que concluyó con su adjudicación al consorcio compuesto por las empresas Kiasa y Demarco, suscribiéndose el respectivo contrato el 16 de junio de 1995, cuyos términos y condiciones principales también precisa.

Luego, singulariza los contratos por medio de los cuales otras diez municipalidades adhirieron al convenio mencionado, obligándose KDM con ellas en los mismos términos pactados en el contrato original. Esas adhesiones se verificaron entre septiembre de 1996 y diciembre de 2003.

Señala que la primera renovación de contrato operó el 31 de julio de 2009 y que todas las municipalidades que originalmente contrataron o adhirieron al contrato original

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

optaron transparente y razonadamente por renovar el contrato, con excepción de las de San Joaquín, Maipú y Huechuraba.

Con respecto a la naturaleza jurídica del contrato y a los requisitos para su renovación, KDM señala que el artículo 65 letra j) de la LOCM no es aplicable a la cláusula de renovación, porque el contrato no tiene por objeto una función privativa municipal. En efecto, afirma que el tratamiento y disposición final, a diferencia de la extracción y recolección, no están comprendidos en la función de aseo y ornato que describe el artículo 25 de la señalada ley. Sin perjuicio de ello, señala que escapa al ámbito de competencia de este Tribunal efectuar un pronunciamiento respecto de la conformidad o no de la cláusula de renovación automática a la LOCM, tal como se desprendería de lo resuelto en el Dictamen 1150/2001 de la Comisión Preventiva Central.

8.3. KDM señala que el Contrato fue revisado y no objetado por la FNE ni por este Tribunal en las numerosas oportunidades en las que se ha analizado el mercado en el que participa. En especial, indica que desde la suscripción del contrato, se han pronunciado el Dictamen 995 de 1996 (confirmado por la Resolución 481 de 1997), el Dictamen 1150 de 2001, la Resolución 650 de 2002 y las Instrucciones de Carácter General N° 1 de 2006. Por ello, y dado que la FNE ha revisado dicho Contrato con anterioridad, sin formular cuestionamientos o pronunciarse acerca de la necesidad de modificar la cláusula de renovación o el plazo de duración del mismo, estima que hacerlo ahora es extemporáneo, sorpresivo e injustificado, y que su derecho para hacerlo precluyó.

8.4. Con respecto al mercado relevante, señala que el producto en cuestión corresponde a la prestación de los servicios de disposición final de residuos sólidos domiciliarios y que el mercado geográfico correspondería a la Región Metropolitana.

Afirma que en el mercado relevante hay tres rellenos sanitarios o vertederos actualmente en operación: Loma Los Colorados, Santiago Poniente y Santa Marta, indicando las capacidades y vida útil de cada uno de tales proyectos.

Señala que el plazo de duración del Contrato es consistente con los plazos de duración de otros contratos vigentes en la industria y justifica la cláusula de renovación automática en el interés de ambas partes de establecer contratos de largo plazo. Explica que esta industria -por sus características- requiere de contratos de largo plazo o posibilidades de renovación, atendidas las fuertes inversiones que supone ofrecer estos servicios, la prologada vida útil de los proyectos en cuestión, las dificultades que existen para la aprobación de estos proyectos, las importantes economías de escala existentes, el riesgo existente en la proyección de costos para la operación de dicho

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicio producto de la incertidumbre propia de la estimación de demanda y de la introducción de tecnologías desconocidas en Chile. Por su parte, las municipalidades reducen riesgos económicos, comerciales y transaccionales al contar con soluciones de largo plazo, ya que el Contrato no contempla renegociaciones o ajustes de precio distintos de IPC que impiden a KDM reflejar en los precios los incrementos en los costos experimentados, por ejemplo, a causa del incremento en el precio del petróleo.

Asimismo, el proceso de licitación revela que la duración del contrato dependería de la oferta económica de los participantes, es decir, la adjudicación se realizaría a quien ofertase las tarifas más bajas. Las Bases indicaban un plazo mínimo de 10 años, lo que incentivaba a ofrecer alternativas de largo plazo, porque mientras mayor fuera éste, mayor era la probabilidad de recuperar la inversión con tarifas bajas.

Por consiguiente, el plazo del contrato y la cláusula de renovación se justifican en la oferta económica presentada por KDM que, sobre la base del flujo de caja que formaba parte de ella, consideraba una relación contractual hasta el 2025 (31 años) para hacer sustentable el negocio con las tarifas ofrecidas. Ello es, además, consistente con la política de depreciación que implementó KDM en su contabilidad.

Agrega que, tanto la inversión como las tarifas ofertadas por KDM suponían que –con alta probabilidad- el contrato se renovarían al cabo de los primeros 16 años, ya que se trata de inversiones cuantiosas que presentan indivisibilidades que hacen de la duración una variable crucial en la determinación de las tarifas.

Por otra parte, la única forma de rentabilizar este tipo de proyecto es lograr una cantidad importante de clientes o municipios (70% de los ingresos de KDM provienen de municipios), es decir, asegurar la utilización completa de la vida útil del proyecto (de 20 años o más y, en este caso, de 50 años).

Afirma que no es efectivo que KDM hubiese realizado y amortizado las inversiones durante los primeros 16 años. Las inversiones y la propuesta económica respectiva de KDM muestran que se trataba de un proyecto de largo plazo. La política de depreciación que implementó KDM en 1996 en su contabilidad se basa en un cálculo que toma en cuenta la inversión total estimada que se hará en el relleno y en la estación de transferencia durante un período de 32 años.

Agrega que tanto a nivel nacional como internacional, público o privado, el mercado de la disposición final de residuos se encuentra regulado por contratos de largo plazo. En efecto, el estudio de la duración de los contratos vigentes en el mercado relevante, tanto a nivel nacional como internacional, muestra que la explotación de rellenos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sanitarios en Chile y en el extranjero se encuentra regulada por contratos de largo plazo.

KDM muestra cuadros conforme a los cuales en Chile los contratos que regulan la prestación de los servicios de disposición final de residuos tienen en promedio una duración de 21,5 años. Tratándose de los contratos del grupo Urbaser (con presencia en diversos países), el promedio de duración alcanza los 24,7 años.

8.5. Afirma que la cláusula de renovación permite a las municipalidades analizar razonadamente la conveniencia de prorrogar el contrato, pudiendo libre y soberanamente optar por no hacerlo. Tanto es así que algunas municipalidades justamente han optado por no renovarlo.

Por otra parte, las municipalidades que optaron por la renovación lo hicieron luego de estudiar, analizar y comparar las ventajas económicas, técnicas, comerciales y transaccionales de la misma y, para dar cuenta de ello, KDM cita las actas de sesión de los concejos municipales en los que se discutió la renovación del contrato, particularmente de Recoleta, Lo Barnechea, Cerro Navia, Providencia, Independencia y de Quilicura.

Relata que el 25 de noviembre de 2008, los directores de Asesoría Jurídica y de Aseo y Ornato de las municipalidades integrantes del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, crearon una Comisión Técnica para elaborar un informe técnico referente a las ventajas y desventajas que representaba para las municipalidades de dicho consejo la renovación o término del Contrato. Este informe evaluó una serie de aspectos del Contrato y concluyó que las ventajas de la renovación del Contrato para las municipalidades son a todas luces superiores a las desventajas, y que ello explica la razonabilidad y conveniencia económica y técnica de la decisión tomada por las municipalidades.

Por lo anterior, KDM concluye que las municipalidades optaron por la renovación del Contrato pues comprobaron –mediante los informes de sus asesores técnicos y mediante el informe elaborado a petición del Concejo de Alcaldes Cerros de Renca - que continuar con el Contrato era la opción lógica a seguir, por lo beneficios económicos y técnicos que el mismo supone para los habitantes de cada una de las comunas en cuestión.

En este contexto, no tiene sentido forzar a las municipalidades a licitar el servicio, pues el resultado de la licitación sería la adjudicación a KDM, eventualmente a tarifas más

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

altas que las que pagan actualmente, además de existir costos transaccionales involucrados en una licitación.

8.6. Por último, KDM señala que el requerimiento contiene errores, contradicciones e imprecisiones.

Primero, porque la FNE no imputa a KDM infracción alguna. Afirma que la FNE no explica de qué manera las requeridas habrían infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, pues no es claro en el requerimiento qué hecho acto o convención imputable a KDM afectaría la libre competencia.

No obstante, indica que podría tratarse de alguna de las siguientes: (i) haber celebrado el Contrato que contiene la cláusula de renovación automática y sucesiva, o (ii) no haberse opuesto a que operara la renovación automática del Contrato, es decir, se les estaría imputando una omisión. En el primer caso, se trataría de una conducta completamente prescrita. En el segundo, se trataría de una omisión que no puede constituir una infracción, pues va contra el tipo descrito en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

Por otra parte, KDM afirma que para configurar una infracción no sería suficiente afirmar, como hace la FNE, que la renovación del Contrato eliminaría o afectaría la competencia, por lo que sería recomendable fomentar la participación de nuevos actores. La FNE no explica cuál sería el efecto pernicioso o nocivo para el mercado en caso de materializarse la renovación del Contrato por parte de las Municipalidades que soberana y autónomamente así lo decidieren y, en cambio, se limita a formular tales afirmaciones sin que existan antecedentes que justifiquen la existencia de alternativas a KDM (actuales o potenciales) capaces de ofrecer servicios de igual o mejor calidad a precios más competitivos.

8.7. Finalmente, KDM señala que existen errores y contradicciones en el requerimiento.

Primero, porque en su petitorio la FNE pide que se deje sin efecto la cláusula de renovación automática y se ordene a los municipios llamar a licitación, en circunstancias que el contrato ya se renovó y está vigente hasta el 31 de julio de 2027.

En efecto, por el solo hecho de haber vencido el plazo para oponerse a la renovación sin que ninguna de las partes haya manifestado su intención de no perseverar en el Contrato, éstas ya acordaron extender la duración del Contrato desde el 1 de agosto de 2011 al 31 de julio del 2027.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El requerimiento de la FNE desconoce el hecho de que el contrato ya se renovó y la FNE debió pedir derechamente la terminación anticipada del Contrato, en lugar de pedir que se deje sin efecto la cláusula de renovación automática.

Segundo, porque la FNE debió iniciar un procedimiento no contencioso. Lo anterior porque: (i) la FNE no pide la aplicación de multas; (ii) no se configura ilícito competitivo ya que no concurren sus elementos objetivo y subjetivo; (iii) el procedimiento no contencioso puede referirse a hechos, actos o contratos existentes; y, porque (iv) el objeto del requerimiento se relaciona con la cláusula de renovación automática, no con posibles conductas contrarias a la libre competencia.

9. A fojas 556, con fecha 21 de abril de 2010, las I. Municipalidades de Conchalí, Pudahuel, Los Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Recoleta, Independencia, Santiago, Curacaví y La Cisterna (en este acápite VII, las Municipalidades) contestaron el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

9.1. Como antecedentes, las Municipalidades relatan el objeto de la constitución en 1978 del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca y de la suscripción del Convenio Vertedero de Basura Cerros de Renca, de la complementación de este último en 1984 por un contrato de arrendamiento y, específicamente, señalan que el mencionado consejo cumplía las funciones de control en relación con el tratamiento y disposición final de los residuos sólidos domiciliarios de las comunas agrupadas en el mismo, por parte de Constructora Valko y Cía. Ltda.

Afirman que, dado que el vertedero ubicado en la comuna de Quilicura no estaba en condiciones de recibir residuos, en 1994 las municipalidades suscribieron el Convenio Intercomunal para la Selección Conjunta de Opciones al Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Sólidos Municipales, creando un cronograma para el llamado a la licitación que dio origen al Contrato, suscrito en 1995 con el consorcio adjudicatario compuesto por Kiasa y Demarco (KDM).

Describen las principales obligaciones que imponía el Contrato a KDM, el plazo de duración de ese Contrato, las etapas del proyecto comprendidas en dicho plazo, explicando que la cláusula de renovación establece que el aviso debe darse con dos años de anticipación por requerirse tiempo para implementar una solución alternativa y por tratarse de un servicio cuya interrupción o suspensión no puede arriesgarse. Con respecto a los precios, señalan que éstos se establecen por tramos y sólo experimentan reajuste si el IPC se incrementa en un 5%.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Indican que, tanto el contrato suscrito por las municipalidades que conforman el Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, como aquellos por medio de los cuales las municipalidades de Curacaví y La Cisterna adhirieron al primero, se renovaron automáticamente el 31 de julio de 2009. En cambio, el contrato de KDM con la I. Municipalidad de Santiago se renovó el 30 de junio de 2010.

Las Municipalidades indican que encomendaron la elaboración de un informe para evaluar el Contrato a la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, compuesta por profesionales de las Unidades de Aseo y Ornato de los municipios que lo integran. Narran los aspectos analizados por ese informe, que fundamentalmente examina las ventajas y desventajas técnicas, económicas y ambientales de la renovación del contrato así como de las dos alternativas a KDM en operación (rellenos de Santa Marta y Santiago Poniente), para concluir que "...esta Comisión Técnica, en sesión realizada en Quilicura, el 05 de Marzo de 2009, ha resuelto, por decisión mayoritaria del 100% de los asistentes de acuerdo a la nómina de asistencia que se adjunta, informar a los Sres. Alcaldes integrantes del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, que la opción de renovación del contrato con KDM S.A., en el escenario actual, es la más conveniente para los intereses municipales".

9.2. En cuanto al mercado relevante, las Municipalidades afirman que este corresponde al de disposición final de residuos sólidos domiciliarios en la Región Metropolitana, en el que existen sólo tres oferentes en operación, pese a existir cinco que cuentan resolución de calificación ambiental aprobada. Estas requeridas describen y comparan los precios, capacidad, vida útil y cumplimiento ambiental de los tres rellenos sanitarios en operación, concluyendo que KDM presenta las mejores condiciones para las Municipalidades, siendo absolutamente incuestionable la razonabilidad técnico-económica de la decisión de renovar el contrato con dicha empresa.

En particular, afirman que no existen a la fecha otros rellenos sanitarios que permitan a las Municipalidades entregar el servicio de tratamiento y disposición final de los residuos sólidos domiciliarios con tranquilidad y mayor certeza de cumplimiento.

Explican que, en un contrato que tiene la relevancia económica y social de éste, el plazo de vigencia así como la cláusula de renovación automática estipulada resultan esenciales para asegurar, por un lado, el retorno de la inversión de KDM, y por otro, -y tanto o más importante- la seguridad de la prestación del servicio de Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Sólidos Municipales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En suma, el proyecto de KDM es el único que, por diversas circunstancias (precio, capacidad, cumplimiento de la normativa ambiental, etcétera) otorga garantías de seriedad y sustenta la decisión de renovar el Contrato. Lo anterior, sin perjuicio de que además ninguna municipalidad puede arriesgar la suspensión o interrupción del servicio de disposición final de residuos por el grave impacto social y ambiental que ello acarrearía.

9.3. Afirman que, en aplicación de la autonomía municipal, las Municipalidades únicamente han realizado actuaciones para dar cumplimiento de manera fundada y razonada a su finalidad de satisfacer las necesidades de la comunidad local, incluso más allá de sus funciones privativas.

El requerimiento de la FNE constituye un claro desconocimiento a la autonomía municipal y, en concreto, a las atribuciones y facultades propias de las Municipalidades en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de la República y de la LOCM.

Así, ejerciendo un legítimo derecho emanado de un contrato válidamente celebrado, han optado por renovar el referido instrumento, ya que dicha opción era aquella que por una parte, mejor satisfacía los intereses de la comuna, y por otra, beneficiaba mayormente y en igual manera a las partes del contrato.

Por consiguiente, concluyen que las Municipalidades de modo alguno han infringido el artículo 3º del D.L. 211 y, únicamente, han hecho uso de la autonomía municipal que tienen y que proviene directamente del poder constituyente, suscribiendo un contrato a todas luces legítimo y bajo condiciones de mercado.

Por otra parte, argumentan que en el desarrollo de su función pública, las Municipalidades no actúan como agentes económicos dentro de los mercados, de modo que son otros los órganos competentes para conocer de las controversias que pudieran suscitarse respecto del contenido de los contratos celebrados por éstas.

9.4. Adicionalmente, las Municipalidades oponen excepción de prescripción de la acción y de preclusión del derecho de requerir de la FNE.

En cuanto a lo primero, señalan que el requerimiento de autos pretende obtener por parte de este Tribunal, la modificación del Contrato que las Municipalidades han suscrito con KDM, de modo que la ejecución de la supuesta conducta anticompetitiva debe situarse en la fecha de suscripción del Contrato en que dicha cláusula fue pactada, lo que ocurrió bajo el amparo del artículo 20 del Decreto Ley N° 211 antes de la modificación introducida por la Ley N° 20.361. Sin perjuicio de ello, bajo cualquiera

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de los estatutos que se aplique (anterior o posterior a la Ley N° 20.361) la acción está prescrita.

Al respecto, afirman que es un hecho indiscutido que el contrato que contiene la cláusula cuestionada entre KDM y las municipalidades del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, se suscribió con fecha 16 de Junio de 1995 y que las adhesiones al mismo por parte de los municipios de Santiago, Curacaví y La Cisterna, se verificaron con fechas 17 de Septiembre de 1996, 16 de Octubre de 1998 y 19 de Diciembre de 2001, respectivamente.

Atendido lo anterior y dado que el plazo de prescripción de la acción debe contarse desde la ejecución de la conducta atentatoria e la libre competencia en que se funda, ésta se encuentra prescrita.

Evocan los fundamentos de la institución de la prescripción y argumentan que un acto que ha existido durante más de catorce años en el ámbito del derecho, conocido tanto por los particulares como por las autoridades pertinentes y la propia FNE, no puede estar indefinidamente sujeto a examen por parte de éstas.

Con respecto a lo segundo, esto es, a la preclusión del derecho de la FNE de formular el requerimiento de autos, señalan que existen diversos momentos en los que la FNE o las autoridades de la competencia en Chile, incluido este H. Tribunal, pudieron impugnar la cláusula sexta del Contrato y no lo hicieron. Así, al pronunciarse el Dictamen N° 995, de 23 de diciembre de 1996, de la CPC, confirmado por la H. CR por Resolución N° 481 de 14 de Enero de 1997, cuando se emitieron los Dictámenes Nos 1146, de 26 de Enero de 2001 y 1150, de 2 de Marzo de 2001, de la CPC, y en la oportunidad en que este Tribunal dictó las Instrucciones de Carácter General N° 1, de 8 de Junio de 2006, para el Mercado de la Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios, aplicables a todo el Territorio Nacional.

Por lo tanto, concluyen que la acción se encuentra total y absolutamente prescrita y ha precluido el derecho de la FNE para accionar en contra de las Municipalidades. Por ello, si el H. Tribunal estimase que el Contrato suscrito por las Municipalidades vulnera de alguna manera el D.L. 211, la acción persecutoria se encuentra prescrita.

9.5. Por último, las Municipalidades señalan que no concurren los presupuestos necesarios para que se configure el ilícito anticompetitivo. En particular, no concurren en la especie: (i) Conductas que atenten contra la libre competencia; (ii) Intencionalidad o dolo; (iii) Existencia de efectos anticompetitivos; ni (iv) Relación de causalidad entre la conducta y los efectos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. A fojas 592, con fecha 21 de abril de 2010, la I. Municipalidad de La Reina contestó el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, aduciendo consideraciones análogas a las Municipalidades, pero con las siguientes diferencias:

10.1. Con respecto a los hechos, señala que la Municipalidad de La Reina adhirió al Contrato el 13 de octubre de 1996, con vigencia hasta el 31 de octubre de 2012, de modo que difiere de las Municipalidades que contestaron a fojas 556 en que a la fecha de su contestación, aún dispone de plazo hasta el 31 de octubre de 2010 para optar entre renovar o no el Contrato, por lo que, a su respecto, no ha operado la cláusula cuestionada en el requerimiento.

De este modo, la Municipalidad de la Reina está evaluando la opción más conveniente, sin perjuicio de lo cual considera que la renovación del contrato es razonable técnica y económicamente, de acuerdo con las conclusiones del informe ya mencionado, encomendado a la comisión técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca. Por ello, señala que la conducta y los supuestos efectos anticompetitivos que le imputa el requerimiento son, en su caso, meramente hipotéticos.

11. A fojas 632, con fecha 30 de abril de 2010, la I. Municipalidad de Renca contestó el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

11.1. Afirma que la aplicación de la cláusula de renovación automática no crea barreras de entrada, pues las barreras de entrada en este mercado provienen de disposiciones legales y reglamentarias de derecho público y, particularmente, de la regulación ambiental y urbanística que no es responsabilidad de la Municipalidad de Renca, sin que nada pueda hacer esta última para alterar dicho estado de cosas. La Municipalidad de Renca simplemente se ha ajustado a la oferta existente y no tiene interés alguno en favorecer a una u otra empresa.

Por consiguiente, concluye que no es efectivo que la aplicación de la cláusula de renovación automática del Contrato resulte en la creación de barreras artificiales de entrada al mercado relevante de esta causa.

11.2. Agrega que la posición dominante de KDM no resultó de la renovación del contrato, sino que ya existía desde su suscripción el 16 de Junio de 1995.

No es controvertido y consta además de las resoluciones dictadas por la CR, la CPC, de las consultas no contenciosas formuladas a través de los años por la FNE, y por el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propio Requerimiento que nos ocupa, que la posición de mercado de KDM es igual o idéntica antes y después de la renovación automática del Contrato.

11.3. Argumenta que la FNE desde hace unos quince años conocía la cláusula de renovación automática y, hasta la fecha del presente requerimiento, nunca la había considerado contraria a la libre competencia ni había intentado dejarla sin efecto.

Explica que la FNE tenía pleno y cabal conocimiento de: (i) la existencia del Contrato y de sus precisos términos y condiciones; y, (ii) que el contrato se prorrogaría en forma automática por otros 16 años a su vencimiento, a menos que las municipalidades pusieran término al mismo con dos años de anticipación a su vencimiento. Ello consta del propio requerimiento de autos, que cita los dictámenes de la Comisión Preventiva Central de 1996, de la consulta no contenciosa que la FNE presentó a este Tribunal a fin de que dictara instrucciones para futuras licitaciones y del Dictamen N°995/700 de 1996 de la CPC.

No obstante lo anterior, la FNE presentó el requerimiento de autos ya vencido el plazo de que disponían las municipalidades para comunicar la terminación del contrato, por lo que, concluye, se extinguió cualquier responsabilidad de su parte en virtud de haber transcurrido el plazo de prescripción extintiva.

11.4. El mismo contrato y cláusulas materia del requerimiento habían sido analizadas por los órganos competentes en materia de libre competencia, incluyendo a la FNE, en la Resolución N° 481 de 1997 de la CR, que confirmó el Dictamen 995/700 y, en dicha oportunidad, se pronunciaron al respecto concluyendo que no infringen en forma alguna la libre competencia.

En virtud de lo anterior, la Municipalidad de Renca argumenta que existe cosa juzgada, dado que los hechos que fueron materia de dicho pronunciamiento no han variado, pues se trata del mismo contrato, la misma cláusula de renovación automática, la misma participación de mercado y las mismas barreras de entrada.

11.5. En los autos no contenciosos que dieron origen a las Instrucciones de Carácter General N° 1, la FNE no solicitó a este Tribunal que ordene a los municipios llamar a nueva licitación luego de vencido el primer período del Contrato.

Al respecto, señala que en la consulta no contenciosa del año 2005, que tuvo por objeto establecer exigencias mínimas de futuras licitaciones de servicios de recolección de residuos domiciliarios, la FNE pudo haber solicitado a este Tribunal que estableciera la obligación de ejercer el derecho a terminar el contrato con KDM, a fin

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de impedir su renovación, haber establecido un plazo máximo de duración de este tipo de contratos o haber prohibido una cláusula de renovación automática como la que motiva el requerimiento. No obstante, ni la FNE ni este Tribunal estimaron que la cláusula de renovación automática de contrato fuese contraria a libre competencia, por lo que no puede estimarse ahora que la falta de terminación del Contrato o la aplicación de dicha cláusula de renovación sean contrarias a la libre competencia.

Por ello, la Municipalidad de Renca concluye que el requerimiento de autos representa un abrupto y extemporáneo cambio de criterio por parte de la FNE en relación con la cláusula de renovación automática.

11.6. Además, la Municipalidad de Renca argumenta que su decisión de adjudicar el Contrato se fundó en las instrucciones impartidas por las autoridades competentes.

Expone que en 1995, las autoridades competentes en materia medioambiental, de salud del ambiente, y de regulación del uso del suelo de la Región Metropolitana, decidieron cerrar ciertos vertederos ubicados dentro de la Región Metropolitana y las municipalidades se vieron obligadas a buscar una alternativa para depositar los residuos domiciliarios de sus vecinos.

Indica que las municipalidades fueron instruidas por el gobierno central para agruparse y contratar tales servicios, a fin de asegurar que el prestador de servicios contara con un lugar donde botar los residuos, una planta de tratamiento intermedio, y un precio bajo. La Municipalidad de Renca simplemente siguió de buena fe tales instrucciones.

11.7. Por otra parte, la renovación automática del Contrato tiene fundamento económico, ya que resulta en una menor tarifa para los vecinos de la comuna de Renca.

Expone que es público y notorio, que las Municipalidades requeridas suscribieron el contrato de recolección de residuos domiciliarios con el único oferente que contaba con los permisos ambientales y de salud para mantener y administrar un vertedero, ya que los otros vertederos habían sido cerrados.

Al determinarse por las autoridades competentes la forma de organizar la demanda por el servicio de recolección de residuos domiciliarios de la Región Metropolitana, el resultado natural y obvio fue obtener una economía de escala relevante, que llevó a tarifas más bajas que aquellas que obtendría la Municipalidad de Renca si intentara contratar un proveedor del servicio de recolección de residuos sólidos domiciliarios diferente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La razón para no poner término al contrato, y permitir su renovación fue exactamente la misma: menor tarifa, y por tanto, menor costo para los vecinos de la comuna.

Por consiguiente, la Municipalidad de Renca simplemente ha actuado racionalmente, minimizando el costo, habida cuenta de las limitaciones de oferta de ese servicio resultantes del marco legal aplicable existente, y que impide que otros competidores obtengan economías de escala y, por ende, tarifas más bajas que la adjudicataria.

Finalmente, la Municipalidad de Renca consigna que su Dirección de Aseo y Ornato informó que el precio pagado a KDM, de \$7,565 par tonelada de basura, era el más bajo, pues el Consorcio Santa Marta cobraría \$8,960 y Proactiva Servicios Urbanos, \$8,000. Por consiguiente, su decisión de optar por el precio más bajo es razonable, lo cual no puede ser reprochado como contrario a la libre competencia. La circunstancia de existir economías de escala que permiten a KDM ofrecer tarifas más bajas emana de barreras legales creadas por otras autoridades que no le son imputables.

11.8. La Municipalidad de Renca añade que oportunamente consultó a la Contraloría General de la República sobre la renovación del Contrato mediante presentaciones de 1 de junio y 20 de julio de 2009, pues quería actuar conforme a derecho.

No obstante, dado que la Contraloría no respondió oportunamente a tales solicitudes, la Municipalidad de Renca siguió la indicación de su dirección jurídica en cuanto se ajustó al criterio contenido en el Dictamen N° 59.197 de 7 de Diciembre de 2006 de la Contraloría General de la República, cuyo texto señala *"los contratos cuyas bases administrativas hayan sido aprobadas con anterioridad a la Ley N°19.886 quedan excluidos de su regulación debiendo someterse a aquella legislación vigente a la época de su aprobación. Siendo así, no resultan aplicables a tales contratos las exigencias que establece esa ley o su reglamento para proceder a su renovación, la que solo deberá sujetarse a la normativa que sirvió de base para su celebración y, por cierto, a los criterios establecidos por la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General en la materia"*.

Entonces, habiendo actuado conforme a lo dispuesto en el Dictamen N° 59.197 de 7 de Diciembre de 2006, la Municipalidad de Renca y su Alcaldesa consideran haberse ajustado a Derecho al renovar el contrato con KDM.

Tal criterio se encontraba vigente al momento de ser aplicado, de manera que, si con posterioridad a la renovación del Contrato, la Contraloría General de la República hubiese cambiado de opinión, ello no sería oponible a la Municipalidad de Renca.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

11.9. Adicionalmente, argumenta que no se ha configurado ningún ilícito en materia de protección de libre competencia producto de no ejercer el derecho a terminar el contrato con KDM.

A este respecto, señala que nadie puede ser sancionado por conductas que no estén previstas en la ley aplicable y, por amplio que sea el tipo del Decreto Ley N° 211, en ningún caso es jurídicamente correcto sancionar aquello que no encaje en él.

En la especie, el artículo 3° exige la ejecución o la celebración, de un hecho, acto o convención y lo único que califica como tal es la celebración por parte de la Municipalidad de Renca del contrato en el que se acordó la cláusula de renovación automática que ha operado en la forma prevista en dicho contrato, por haberse abstenido u omitido la ejecución de un acto jurídico consistente en poner término al mismo. Dicha conducta acaeció hace 15 años y está prescrita la acción a su respecto.

En cambio, la omisión o inacción de la Municipalidad de Renca, consistente en no poner término al contrato y permitir que opere la cláusula de renovación automática no configura ilícito alguno, pues el derecho de la competencia no sanciona omisiones y, en general, el derecho sólo lo hace excepcionalmente y por medio de norma expresa.

11.10. Por lo tanto, y dado que el único hecho, acto o convención ejecutado o celebrado por la Municipalidad de Renca es la suscripción del contrato el 16 de junio de 1995, la acción se encuentra prescrita.

Se ha consolidado así jurídicamente, la posición contractual establecida en virtud del contrato, cuya renovación opera en forma automática, sin necesidad de manifestar consentimiento alguno, y sin que proceda sancionar una omisión o inactividad consistente en no poner término a dicho contrato.

12. A fojas 724, con fecha 21 de julio de 2010, se recibió la causa a prueba y se fijó como hecho substancial, pertinente y controvertido el siguiente:

“Características, objeto y efectos actuales o potenciales de la renovación del plazo de los contratos para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales suscritos entre KDM S.A. y los municipios requeridos. Hechos y circunstancias que la justificarían”.

13. *Documentos acompañados por las partes:*

13.1. La parte de la FNE acompañó: A fojas 177: (i) copia del contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales celebrado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con fecha 16 de junio de 1995, entre KDM y diversas municipalidades; (ii) copia de los contratos correspondientes a las municipalidades de Santiago, La Reina, Curacaví, Ñuñoa, Providencia, La Cisterna, San Joaquín, San Miguel, Maipú y Llay-Llay, mediante los cuales adhirieron al instrumento precedentemente señalado; (iii) copia de los acuerdos municipales de las corporaciones de San Joaquín, Maipú y Huechuraba, mediante los cuales éstas manifestaron su voluntad de no renovar el contrato. A fojas 774: (iv) impresión de reportaje titulado “El negocio de la basura: Cuestionado contrato amarra a KDM con 22 comunas de Santiago hasta 2027” publicado por Ciper Chile en febrero de 2010. A fojas 4217: (v) Informe económico elaborado por economistas de la FNE titulado “Evaluación de la justificación a la existencia de la cláusula sexta dada por KDM”. A fojas 4723: (vi) Dictámenes de la Contraloría General de la República Nos 1754, 33078 y 45318, de 2010; (vii) Acuerdo conciliatorio suscrito entre el Comisionado de Competencia de Canadá y las empresas Waste Services (CA) Inc. Y Waste Management of Canada Corp., de 15 de junio de 2009; y, (viii) Ordinario N° 635 de la FNE sobre consulta y denuncia sobre el mercado de recolección y adjudicación de vertederos de residuos sólidos en la Región Metropolitana;

13.2. La Municipalidad de Ñuñoa acompañó: A fojas 336: (i) Dictámenes de la Contraloría General de la República Nos 30.056 de 2009, 15.606 de 2005, 17.917 de 1997, 17.195 de 2008, y 24.751 de 2002.

13.3. La Municipalidad de Las Condes acompañó: A fojas 395: (i) Decreto N° 1438 de 2 de Agosto de 1994, de la Municipalidad de Las Condes relativo al llamado a Propuesta Pública para la selección conjunta de opciones de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales; (ii) Acuerdo N° 69 de 9 de Mayo de 1995, del Concejo Municipal de Las Condes, que aprueba la adjudicación de la Propuesta para la contratación de Soluciones para el Manejo Intermedio y Final de los Residuos Sólidos Domiciliarios, al consorcio Kiasa-Demarco; (iii) Decreto Sección 1ª N° 876 de 15 de Mayo de 1995, de la Municipalidad de Las Condes, que adjudica la propuesta pública para la selección conjunta de opciones al tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales al consorcio Kiasa-Demarco; (iv) Contrato para el Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Sólidos Municipales de 16 de junio de 1995, suscrito entre la Municipalidad de Conchalí y Otras y la sociedad KDM S.A. por escritura pública otorgada en la notaría de don Patricio Raby Benavente; (v) Acta de la Sesión Ordinaria N° 131 del Concejo Municipal de Las Condes, de 28 de Julio de 2009, que en su Acuerdo N° 128/2009 aprobó la renovación de la concesión de contratación para el tratamiento intermedio y disposición final de desechos o residuos sólidos municipales, a KDM. A fojas 830: (vi) cuadro comparativo titulado “Disposición de residuos domiciliarios en estaciones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transferencia y relleno sanitario”; y, (vii) copia de documento de 20 de marzo de 1995 titulado “Propuesta por soluciones al manejo de los desechos sólidos municipales para las comunas que agrupa el Consejo de alcaldes Cerros de Renca”.

13.4. KDM acompañó: A fojas 458: (i) Dictámenes Nos 995/700 de 23 de diciembre de 1996, y 1150 de 2 de marzo de 2001, de la CPC; (ii) Resoluciones Nos 481 de 14 de enero de 1997, y 650 de 17 de mayo de 2002, de la CR; (iii) Instrucciones de Carácter General N° 1 de 8 de junio de 2006, de este Tribunal. A fojas 667: (iv) Presentación en power point titulada “¿Porqué no menos de 16 años?” elaborada por KDM, bajo confidencialidad y con su respectiva versión pública. A fojas 4009: (v) Decreto de adjudicación a KDM de la I. Municipalidad de Huechuraba, de 26 de mayo de 2011. A fojas 4066: (vi) Carta de KDM a la Municipalidad de San Joaquín, de 5 de mayo de 2011, en que informa sobre incumplimientos del indicado municipio; (vii) Bases Administrativas denominadas “Disposición Final de Residuos Sólidos Comuna de San Joaquín” ID 218-43-LP11; (viii) Facturas electrónicas emitidas por KDM a la Municipalidad de San Joaquín por los servicios de tratamiento intermedio y transporte de residuos, y por el servicio de disposición de residuos, de los meses de abril y mayo de 2011. A fojas 4127: (ix) Informe de evaluación propuesta pública “Tratamiento Intermedio y disposición Final de Residuos Sólidos, de la comuna de Huechuraba 2da Publicación” ID 2703-17-LP11. A fojas 4182: (x) Propuestas económicas presentadas por KDM y Consorcio Santa Marta, y acta de apertura de las mismas por parte de la I. Municipalidad de Maipú, de 9 de junio de 2011. A fojas 4240: (xi) Índice de Documentos de la Propuesta y Bases Administrativas del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca para diseñar, obtener los permisos, construir y operar instalaciones de manejo de desechos sólidos; (xii) Consulta de Demarco S.A y Cía. Agrícola, Forestal y Comercial FCE Ltda., de fechas 8 y 9 de septiembre de 1994, respectivamente, en las que se consulta acerca de la duración del contrato; (xiii) Respuestas a las consultas efectuadas por los oferentes en la Propuesta Pública para Selección Conjunta de Opciones al Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Municipales; (xiv) Respuesta de KDM en la licitación pública del Consejo de Alcaldes de Cerros de Renca, de 3 de marzo de 1995, en la que se aseguraba un precio determinado, establecido competitivamente como una tarifa fija, constante y global en el contexto del flujo de caja ahí contenido; (xv) Respuesta del Consejo de Alcaldes de Cerros de Renca a la Propuesta de KDM. Sección 3.0 Propuesta Técnica, en el cual se formulan diversas referencias al largo plazo; (xvi) Evaluación de propuestas por soluciones para manejo intermedio y final de los residuos sólidos domiciliarios "Consejo de Alcaldes Cerros de Renca" de fecha 13 de abril de 1995; (xvii) Copia del informe de preselección y proposición de adjudicación de la propuesta por soluciones para el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

manejo intermedio y final de los residuos sólidos domiciliarios, del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, de abril de 1995; (xviii) Informe final sobre el contrato con KDM, de fecha marzo de 2009, (en adelante, el "Informe"); (xix) Copias simples de cinco certificaciones de manejo de rellenos de otros países los que acreditan que en esta industria los contratos tienden a ser de largo plazo considerando siempre las inversiones que involucran; (xx) Referencias de otros diecisiete contratos sanitarios de Urbaser, cuyo objeto es la explotación de rellenos sanitarios o, en general, la prestación de los servicios de disposición final de residuos en distintas partes del mundo, en los cuales se puede concluir que, en promedio, dichos contratos exceden los 20 años de duración; (xxi) Ejemplos de Bases Administrativas para la contratación de servicios de disposición de residuos domiciliarios de ocho comunas no involucradas en el requerimiento; (xxii) Copia de informe de inversiones y depreciaciones incorporadas en los estados financieros de KDM por Grant Thornton, de 8 de diciembre de 2009, que señala que la política de depreciación se realiza dividiendo la inversión total estimada por las toneladas de residuos sólidos que se proyecta recibir en 32 años; (xxiii) Copia de los Estados Financieros Auditados de STARCO SA" correspondientes a los años 1995 a 2009; (xxiv) Copia de los Estados Financieros Auditados de DEMARCO S.A., correspondientes a los años 1993 a 2009. A fojas 4256: (xxv) Informe de la coisió evaluadora de Maipú, de 8 de junio de 2011; (xxvi) Acta de evaluación técnica 2770-19-LP11, de 9 de junio de 2011; (xxvii) Acta de proposición de adjudicación 2770-19-LP11, de 5 de julio de 2011; (xxviii) Decreto N°4331 de la Municipalidad de Maipú, de 7 de julio de 2011 que adjudica a KDM la licitación. A fojas 4281: (xxix) informe en derecho titulado "Acerca de una excepción de prescripción opuesta por Kiasa Demarco S.A.", elaborado por Domingo Valdés. A fojas 4336: (xxx) Informe económico KDM final elaborado por Gabriel Bitrán y Alejandro Briones. A fojas 4358: (xxxi) Informe económico titulado "Análisis económico de los contratos suscritos por KDM y algunos municipios de la RM para la disposición y tratamiento final de la basura" elaborado por Patricio Rojas y Susana Jiménez. A fojas 4390: (xxxii) Informe económico titulado "Cláusula de renovación de contratos: incentivos y efectos en bienestar. Aplicación al caso de KDM" elaborado por Rodrigo Harrison. Y, a fojas 4452: (xxxiii) Documento titulado "Operación y funcionamiento de relleno sanitario Loma Los Colorados KDM S.A." de abril de 2011.

13.5. La Municipalidad de Providencia acompañó: A fojas 820: (i) copia del contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales celebrado el 9 de septiembre de 1996, entre ella y KDM; (ii) Decreto Alcaldicio N° 2245 de 29 de noviembre de 1996 de la I. Municipalidad de Providencia, que aprueba el contrato mencionado en el numeral precedente; (iii) Presentación titulada "Servicio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Disposición de Residuos” de la Dirección de Aseo, Ornato y Mantenición de la I. Municipalidad de Providencia, efectuada ante el Consejo Municipal; (iv) Acta de la Sesión Ordinaria N° 25 del Concejo Municipal de Providencia, de 10 de junio de 2009, que en su Acuerdo N° 130/2009 aprobó la renovación de la concesión de contratación para el tratamiento intermedio y disposición final de desechos o residuos sólidos municipales, a KDM; (v) Decreto N° 1.306 de 30 de julio de 2009, de la Municipalidad de Providencia, que ordena renovar el contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de desechos o residuos sólidos municipales; y, (vi) renovación del contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales efectuada el 30 de julio de 2009;

13.6. La Municipalidad de San Miguel acompañó: (i) Memorándum N° 213 de 30 de abril de 2009 de la Dirección Jurídica; (ii) Memorándum N° 343 de 14 de mayo de 2009 de la Dirección de Aseo y Ornato que adjunta informe de reunión con el Secretario Técnico del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca; (iii) Acta de la Sesión N° 28 de 5 de junio de 2009; (iv) Informe de la Dirección de Aseo sobre la vida útil de los rellenos sanitarios de KDM, Santa Marta y Santiago Poniente; y, (v) Informe de Auditoría N° 47 de 17 de Agosto de 2010, de la Contraloría General de la República.

13.7. Proactiva Servicios Urbanos S.A. acompañó: A fojas 3770: (i) Copia simple de declaración prestada por don Ricardo Arturo Katz Bianchi en el proceso arbitral seguido ante el Juez Arbitro don Patricio Aylwin Azocar, entre Proactiva y Emeres y las Municipalidades de Pedro Aguirre Cerda, Peñalolén y Estación Central, en la que se refiere al informe que se acompaña en el punto siguiente; (ii) Informe elaborado por Gestión Ambiental Consultores denominado "Comparación entre las resoluciones de calificación ambiental de los proyectos de rellenos sanitarios Loma Los Colorados, Santa Marta y Santiago Poniente"; (iii) Copia de acta de la reunión del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca celebrada el 25 de Noviembre de 2008, en que se trata el tema de la renovación del contrato de KDM con los Municipios de Cerros de Renca; (iv) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM, de marzo de 2009; (v) Copia del Oficio Ordinario 007230 de 10 de Octubre de 2009, de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, en que constan las sanciones por incumplimiento a la legislación sanitaria que se han aplicado al Relleno Loma Los Colorados; (vi) Dos fotografías tomadas en julio de 2005, en que se aprecia el derrumbe de la masa de residuos del Relleno Loma Los Colorados, como también la máquina retroexcavadora que quedó enterrada por el derrumbe; (vii) Recorte de prensa de agosto de 2005 del Diario La Tercera, en que consta un artículo de prensa titulado "Cinco cóndores mueren tras alimentarse en Relleno Sanitario", refiriéndose al Relleno Loma Los Colorados; (viii) Set de hojas en que constan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distintas contingencias del Relleno Loma Los Colorados, que constaban en la página web de Sesma; (ix) Copia de la página web de la Superintendencia de Servicios Sanitarios en que consta la aplicación de una multa a KDM; (x) Crónica aparecida en la página web del diario La Cuarta el 26 de octubre de 2004 titulado "Camión de La Farfana dejó la mansaca"; (xi) Crónica aparecida en la página web del diario La Nación, del 7 de Febrero de 2003, titulada "Millonaria multa a KDM por contaminación"; (xii) Crónica aparecida en la página web de Ciper Chile (Centro de Investigación Periodística) titulado "Negocio de la basura: Cuestionado contrato amarra a KDM con 22 comunas de Santiago hasta 2027". A fojas 3829: (xiii) Acta de apertura electrónica de la licitación 2793-268-LP10 y el resumen de las ofertas presentadas en ella; (xiv) Acta de apertura electrónica de la licitación 2793-17-LP11 y el resumen de las ofertas presentadas en ella. A fojas 4005: (xv) Acta de apertura de ofertas de la licitación N° 218-32-LP11 Disposición Intermedia y Final Comuna de San Joaquín. A fojas 4103: (xvi) resumen de las ofertas presentadas en la licitación Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Domiciliarios de la Comuna de Huechuraba. A fojas 4145: (xvii) Decreto N° 921 de la I. Municipalidad de San Joaquín, de 13 de junio de 2011, que invalida la licitación ID 218-43-LP11. A fojas 4171: (xviii) cinco certificaciones notariales de publicaciones electrónicas de noticias relativas a licitaciones de tratamiento de residuos domiciliarios. A fojas 4194: (xix) publicación de tarifas de KDM en el Diario La Segunda de 21 de junio de 2011; y, (xx) Ofertas presentadas por KDM en las licitaciones de las municipalidades de Huechuraba y Maipú, en marzo y mayo de 2011, respectivamente.

13.8. Gestión Ecológica de Residuos S.A. acompañó: A fojas 3949: (i) copia de la Resolución Exenta N° 516/2002 de la COREMA Región Metropolitana, de 13 de septiembre de 2002 que calificó ambientalmente favorable el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Planta de Tratamiento Integral de Residuos Cerro La Leona". A fojas 3955: (ii) Acta de apertura de ofertas en dos etapas" de la licitación N° 2793-17-LP11 Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Sólidos Comuna de Huechuraba, 2da Publicación. A fojas 4678: (iii) Antecedentes de sus proyectos denominados "Planta de Tratamiento Integral de Residuos Cerro La Leona" y "Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Cerro Los Condores", específicamente, documentos que contienen permisos ambientales de ambos proyectos y los sanitarios, de edificación y relacionados al financiamiento del segundo. Y, a fojas 4690: (iv) Set de fotografías del estado de avance de la construcción de las instalaciones de la "Planta de Tratamiento Integral de Residuos Cerro La Leona".

14. *Documentos exhibidos por KDM:*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A fojas 1913, con fecha 11 de noviembre de 2010, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 27 de octubre de 2010 (fojas 821), KDM exhibió lo solicitado por la FNE bajo el numeral 1 de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783), específicamente: Al numeral 1.1. (i) cuadros en formato Excel con las tarifas según contrato de cada Municipalidad, por mes y año; (ii) avisos con las tarifas publicadas por KDM de conformidad con la Resolución N° 850 de 14 de mayo de 2002 de la CR; (iii) contratos de transacción y anexos de contrato suscritos entre KDM y las municipalidades requeridas (a excepción de Cerro Navia, Lampa, Colina, Quinta Normal, La Reina, Curacaví, Providencia, San Miguel y Llay Llay) que disponen pagos a KDM por concepto de circunstancias no controlables. Respecto del punto 1.2. (iv) los mismos cuadros indicados en el punto (i) que señalan las toneladas recibidas por KDM durante la vigencia del Contrato. Al punto 1.3: (v) estados de resultados de KDM entre 1995 y 2009. Respecto del punto 1.4.: (vi) contratos de crédito, de garantía y otros que dan cuenta de las operaciones de crédito destinadas a financiar la construcción del relleno sanitario y la estación de transferencia de KDM.

15. Documentos exhibidos por las I. Municipalidades requeridas:

15.1. A fojas 1913, con fecha 11 de noviembre de 2010, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 27 de octubre de 2010 (fojas 821), las municipalidades requeridas que a continuación se indican, exhibieron lo siguiente, en atención a lo solicitado por la FNE bajo el numeral 2 de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783):

15.1.1. I. Municipalidad de San Miguel: Respecto del punto 2.1: (i) Sesión Extraordinaria de 11 de abril de 2001 y sus antecedentes; (ii) Acuerdo N° 457 de 11 de abril de 2001 y sus antecedentes. Respecto del punto 2.2: (iii) Informe técnico de la Dirección de Aseo y Ornato sobre “Comparación de Rellenos Sanitarios vigentes en la Región Metropolitana” de 15 de abril de 2009; (iv) Memorándum N° 209 de 14 de mayo de 2009; (v) Proposición de términos de referencia, estudio de impacto ambiental para proyectos de estaciones de transferencia de residuos sólidos urbanos en la Región Metropolitana, versión II, fechado julio de 1994; (vi) Ordinario N° 14/2004 de 12 de julio de 2004. Respecto del punto 2.4: (vii) Propuesta Económica/ Carta al Director de Aseo y Ornato del Director Técnico de Proactiva Servicios Urbanos en relación a los valores que se cobrarían en caso de una nueva licitación, de fecha 28 de mayo de 2008; y (viii) Memorándum 489/2010 del Director de Aseo y Ornato dirigido al Alcalde de la Municipalidad, de 19 de julio de 2010.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15.1.2. I. Municipalidad de Providencia: Al punto 2.1: (i) Acta de la Sesión Ordinaria N° 25 de 10 de junio de 2009 en que los Concejales debatieron acerca de la renovación del Contrato.

15.1.3. I. Municipalidad de Ñuñoa: Al punto 2.1: (i) Acta de la Sesión Ordinaria N° 41 de 26 de agosto de 1996; (ii) Acta de la Sesión Ordinaria N° 2 de 5 de agosto de 2009; (iii) Oficio N° A1300 de 31 de julio de 2009 remitido por el Alcalde de la I. Municipalidad de Ñuñoa a Proactiva Servicios Urbanos cuya materia es la evaluación de la renovación del contrato de residuos municipales. Respecto del punto 2.2: (iv) Informe sobre Prestación de Servicios de Disposición intermedia y final de residuos domiciliarios elaborado en julio de 2009 por el Departamento de Aseo de la Dirección de Medio Ambiente de la Municipalidad de Ñuñoa; y, (v) Informe sobre carta de Proactiva sobre Prestación de Servicios de Disposición de Residuos Domiciliarios elaborado en julio de 2009 por el Departamento de Aseo de la Dirección de Medio Ambiente de la Municipalidad de Ñuñoa.

15.1.4. I. Municipalidad de Renca: Respecto del Punto 2.1 (i) Acta de Sesión Ordinaria N° 20 de 31 de julio de 2009 y sus respectivos antecedentes. Respecto del Punto 2.2: (ii) Informe de la Comisión Técnica relacionado con el contrato de KDM, en versiones de febrero y marzo de 2009; (iii) Memorándum N° 266 de la Dirección Jurídica de Renca que analiza la renovación del contrato en cuestión. Respecto del Punto 2.3: (iv) Carta de 16 de junio de 2009 referida a una reunión del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca en que se trató el tema de la renovación del Contrato. Respecto del Punto 2.4: (v) Propuestas de Proactiva y de Gersa S.A.

15.2. A fojas 3246, con fecha 15 de diciembre de 2010, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 27 de octubre de 2010 (fojas 821), las municipalidades requeridas que a continuación se indican, exhibieron lo siguiente, en atención a lo solicitado por la FNE bajo el numeral 2 de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783):

15.2.1. I. Municipalidad de Independencia: (i) Memorándum N° 92 de 29 de abril de 2009 del Director SECPLA, que adjunta el informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM; (ii) Memorándum N° 51 de 6 de marzo de 2009 del Director de Aseo y Ornato, que adjunta el informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM; (iii) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM, de febrero de 2009; (iv) Acta de Sesión N° 25 de 14 de Julio de 2009; y, (v) Decreto N° 972 de 15 de julio de 2009 que aprueba la renovación del contrato con KDM.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15.2.2. I. Municipalidad de Recoleta: (i) Ordinario N° 76 de 24 de junio de 2009, de la Dirección de Aseo y Ornato que adjunta el informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca *sobre el contrato con KDM*, de febrero 2009, e informe propio; (ii) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca *sobre el contrato con KDM*, de marzo 2009; y, (iii) Acta de Sesión N° 23, de fecha 21 de julio de 2009.

15.2.3. I. Municipalidad de La Reina: (i) Certificado de 14 de noviembre de 2010, del Secretario Municipal, que certifica que no se ha tratado el tema de la renovación del contrato con KDM.

15.2.4. I. Municipalidad de Lo Barnechea: (i) Informe N° 316 de 17 de junio de 2009 de la Dirección Jurídica sobre los acuerdos adoptados en la Sesión del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca de 11 de junio de 2009; (ii) Acta de Sesión N° 649 de 18 de junio de 2009; y, (iii) Oficio N° 1 de 23 de marzo de 2009 del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, que acompaña informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM.

15.2.5. I. Municipalidad de Pudahuel: (i) Acta de Sesión N° 14 de 13 de mayo de 2009 que incluye una presentación de propuesta de renovación del contrato con KDM; (ii) Acta de Sesión N° 16 de 3 de junio de 2009 y otros antecedentes presentados en dicha sesión que incluyen: carta de la empresa Proactiva S.A., número de ingreso 5995 de fecha 19 de mayo de 2009; copia de correos electrónicos de la I. Municipalidad de Pudahuel, solicitando información técnica a empresa Proactiva y las respuestas de dicha empresa; listado de sanciones por incumplimientos a las condiciones de funcionamiento del relleno Sanitario operado por dicha empresa durante el 2009; (iii) Acta de Sesión N° 21 de 15 de julio de 2009 en que se rechaza la propuesta del alcalde de renovar el contrato con KDM; (iv) Acta de Sesión N° 4 de 22 de julio de 2009 en que se acuerda realizar una nueva sesión destinada a tratar nuevamente la propuesta de renovación del contrato con KDM; (v) Acta de Sesión N° 5 de 24 de julio de 2009 en que se acuerda renovar el contrato con KDM; (vi) Memorándum N° 092 de 12 de marzo de 2009 que remite informe del Comité Técnico del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM, de marzo de 2009; (vii) Memorándum N° 259 de 11 de mayo de 2009, de la Dirección Jurídica informando en derecho acerca del origen del contrato con KDM y las formalidades requeridas para su renovación; (ix) Memorándum N° 368 de 9 de julio de 2009, de la Dirección Jurídica que complementa informe señalado en el numeral anterior; (x) Memorándum N° 378 de 10 de julio de 2009, de la Dirección Jurídica adjuntando copia de Memorando señalado en el numeral anterior y CD con Bases Administrativas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Licitación Pública Internacional que dio origen al contrato con KDM; (xi) Memorandum N° 397 de 21 de julio de 2009 de la Dirección Jurídica indicando que la notificación de término del contrato requiere acuerdo del Concejo Municipal; (xii) Carta de la empresa Proactiva S.A., número de ingreso 5995 de 19 de mayo de 2009; (xiii) Impresión de correos electrónicos de 25 y 29 de mayo de 2009 que responde la carta señalada en el numeral anterior, solicitando información acerca del relleno sanitario Santiago Poniente y respuestas de Proactiva de 26 de mayo y 2 de junio, respectivamente, bajo confidencialidad (las respectivas versiones públicas se acompañaron a fojas 3270); (xiv) Carta de KDM, número de ingreso N° 8794 de 17 de julio de 2009 en que solicita al Concejo Municipal reconsiderar su decisión y aprobar la renovación del contrato; (xv) Carta de Proactiva, número de ingreso N° 9056 de 23 de julio de 2009 en que solicita analizar la legalidad de la renovación automática del contrato con KDM; y, (xvi) Oficio N° 1300/0175 de 12 de agosto de 2009, que responde la carta señalada en el numeral anterior.

15.2.6. I. Municipalidad de Conchalí: (i) Resumen de Sesión Extraordinaria de 28 de julio de 2009, en que se aprueba la renovación del contrato con KDM y citación a dicha sesión; y, (ii) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca *sobre el contrato con KDM*, de marzo 2009.

15.2.7. I. Municipalidad de Santiago: (i) Certificado de fecha 12 de noviembre de 2010, por medio del cual el Secretario Municipal certifica que no se ha tratado el tema de la renovación del contrato con KDM en el seno del Concejo Municipal de Santiago.

15.2.8. I. Municipalidad de Lampa: (i) Acta de Sesión N° 13, de 7 de mayo de 2008 y Acuerdo N°1374 adoptado en la misma; (ii) Acta de Sesión N° 18, de 18 de junio de 2008 y Acuerdo N° 1384 adoptado en la misma; (iii) Acta de Sesión N° 4, de 24 de julio de 2009 y Acuerdo N° 1515 adoptado en la misma, de renovación del contrato con KDM; y, (iv) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca *sobre el contrato con KDM*, de marzo 2009.

15.2.9. I. Municipalidad de Lo Prado: (i) Memorandum N° 37 de fecha 22 de abril de 2009, de la Dirección de Aseo y Ornado que remite Informe Técnico elaborado por dicha Dirección sobre el Contrato con KDM; (ii) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca *sobre el contrato con KDM*, de marzo 2009; (iii) Memorandum N° 74 de 23 de julio de 2009 de la Secretaria del Concejo Municipal en que se informa a la Dirección Jurídica la aprobación de la renovación del contrato con KDM; y, (iv) Acta de Sesión N° 18, de 21 de julio de 2009.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15.2.10. I. Municipalidad de Vitacura: (i) Oficio N° 1 de 23 de marzo de 2009, del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca que acompaña informe de su Comisión Técnica sobre el contrato con KDM, de febrero 2009; (ii) Informe de la Dirección de Aseo y Ornato de la I. Municipalidad de Vitacura, sobre el contrato con KDM, de julio de 2009; (iii) Copia de la parte del Acta de Sesión de 27 de julio de 2009, en donde consta la discusión que dio a lugar al Acuerdo N° 2740 por medio del cual se aprobó renovar el contrato con KDM; y, (iv) Decreto Sección 1ª N° 7 / 2217, de 13 de agosto del año 2009, por medio del cual se prorroga la vigencia del contrato suscrito con KDM.

15.2.11. I. Municipalidad de Quilicura: (i) Acta de Sesión N° 21, de 1º de julio de 2009; y, (ii) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM, de marzo de 2009.

15.2.12. I. Municipalidad de Curacaví: (i) Certificado de fecha 13 de diciembre de 2010, por medio del cual el Secretario Municipal certifica que no se ha tratado el tema de la renovación del contrato con KDM en el seno del Concejo Municipal de Curacaví.

15.2.13. I. Municipalidad de Cerro Navia: (i) Acuerdo N° 59, de 1 de abril de 2009, que aprueba la renovación del contrato con KDM; (ii) Informe de Evaluación de Contrato entre Municipalidad de Cerro Navia y Empresa KDM, de marzo del año 2006; (iii) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM, de marzo 2009; y su Oficio conductor N° 01/2009 de 23 de marzo de 2009; y, (iv) Acta de Sesión N° 60, de 22 de marzo de 2006.

15.2.14. I. Municipalidad de Colina: (i) Acta de Sesión N° 3, de 25 de julio de 2009, en la que se aprueba la renovación del contrato con KDM; (ii) Informe de la Comisión Técnica del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca sobre el contrato con KDM, de marzo 2009; y, (iii) Decreto N° E-1117/2009, de 27 de julio de 2009, que promulga el Acuerdo N° 91 de renovación del contrato con KDM.

15.2.15. En atención a lo solicitado por la FNE bajo el numeral 2.3 de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783), las Municipalidades exhibieron las siguientes actas de las sesiones del Consejo de Alcaldes Vertedero Cerros de Renca: (i) Acta de fecha 16 de septiembre de 1993; (ii) Acta de fecha 12 de junio de 1995; (iii) Acta de fecha 2 de junio de 1998; (iv) Acta de fecha 29 de enero de 1999; (v) Acta de fecha 25 de enero de 2001; (vi) Acta de fecha 29 de mayo de 2003; (vii) Acta de fecha 15 de mayo de 2007; (viii) Acta de fecha 31 de mayo de 2007; (ix) Acta de fecha 20 de diciembre de 2007; (x) Acta de fecha 27 de marzo de 2008; (xi) Acta de fecha 3 de junio de 2008; (xii) Acta de fecha 19 de noviembre de 2009; y, (xiii) Acta de fecha 11 de junio de 2009.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15.2.16. En atención a lo solicitado por la FNE bajo el numeral 2.4 de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783), las Municipalidades exhibieron copia de la propuesta técnica y económica, de 3 de marzo de 1995, presentada a los municipios pertenecientes al referido consejo por el consorcio conformado por las empresas KIASA y Demarco S.A., dentro del marco de la licitación realizada durante 1995 por el Consejo de Alcaldes Vertedero Cerros de Renca a fin de contratar los servicios de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales, el cual fue en definitiva adjudicado a KDM el 10 de mayo de 1995.

A fojas 3441, con fecha 4 de enero de 2011, las Municipalidades hicieron presente que la información solicitada por la FNE bajo el numeral 2.4 de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783) corresponde a documentación recibida y centralizada por el Consejo de Alcaldes Cerros de Renca y que, revisados los archivos de las Municipalidades no fue encontrada en ellos.

15.2.17. I. Municipalidad de Ñuñoa: (i) copia autorizada del Decreto N° 1689 de 10 de diciembre de 1996 que aprueba el contrato con KDM; (ii) copia autorizada del contrato de 27 de noviembre de 1996 suscrito con KDM; y, (iii) copias autorizadas de los mismos documentos exhibidos en la audiencia de fecha 11 de noviembre de 2010, rolante a fojas 1913 y siguientes.

16. Documentos exhibidos por Santa Marta S.A.:

A fojas 1913 y 1919, con fecha 11 de noviembre de 2010, y a fojas 3416, con fecha 23 de diciembre de 2010, en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 27 de octubre de 2010 (fojas 821), Santa Marta S.A. exhibió y acompañó lo solicitado por la FNE bajo el numeral 3 de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783), específicamente: Respecto del Punto 3.1: (i) Contratos suscritos con cada municipio que en la actualidad dispone sus residuos en las instalaciones de Santa Marta con indicación de las correspondientes tarifas. Aquellos suscritos con las municipalidades de Cerrillos, Las Florida, El Bosque, Pedro Aguirre Cerda y Puente Alto en carácter público. Los acordados con los municipios de San Ramón, La Granja, Peñalolén, Buin, Talagante y San Bernardo, bajo confidencialidad (las respectivas versiones públicas se acompañaron a fojas 3416); (ii) Protocolos de acuerdo suscritos entre Santa Marta y las comunas de Paine, San José de Paine y Pirque, bajo confidencialidad (fojas 2038). Al punto 3.2: (iii) los mismos contratos indicados en el punto (i) señalan las tarifas cobradas por KDM; (iv) facturas del mes de octubre de 2010 en las que constan las tarifas para los servicios de transferencia y disposición respecto de cada una de las comunas; y, (v) publicación de las tarifas máximas correspondientes al año 2008.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

17. Documentos exhibidos por Proactiva S.A.:

A fojas 1908, con fecha 11 de noviembre de 2010, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 27 de octubre de 2010 (fojas 821), Proactiva S.A. acompañó los documentos que se le ordenó exhibir a solicitud de la FNE bajo el numeral 4 de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783), específicamente: (i) contratos vigentes celebrados con municipalidades para el tratamiento intermedio y/o disposición final de residuos sólidos; y (ii) documentos en los que constan las tarifas aplicadas y servicios efectivamente prestados.

18. Documentos exhibidos por el Consejo de Alcaldes Cerros de Renca:

A fojas 4114, con fecha 21 de junio de 2011, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resoluciones de 16 de noviembre de 2010 (fojas 1945) y 10 de mayo de 2011 (fojas 3960), el Consejo de Alcaldes Cerros de Renca acompañó los documentos que se le ordenó exhibir a solicitud de la I. Municipalidad de Las Condes en su presentación de fecha 11 de noviembre de 2010 (fojas 1609), específicamente el acta de la sesión de dicho Consejo del 19 de noviembre de 2009.

19. Oficios y otros antecedentes recabados de terceros:

19.1. A fojas 821, con fecha 27 de octubre de 2010, el Tribunal accedió a lo solicitado por la FNE bajo el numeral 1 del otrosí de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783), y ordenó oficiar a CONAMA a fin de que ésta informase sobre: (i) el otorgamiento de permisos ambientales para la instalación y prestación del servicio de tratamiento intermedio y/o disposición de residuos; (ii) los alcances y vigencia de la Resolución N° 516/2002 relativa al proyecto Cerro Los Leones y de toda resolución relativa a proyectos para la instalación y prestación del servicio de tratamiento intermedio y/o disposición de residuos; (iii) resoluciones y/o aprobaciones transitorias posteriores al 27 de febrero de 2010 de rellenos distintos del de KDM; (iv) existencia de otros oferentes actuales o potenciales del servicio de tratamiento intermedio y/o disposición de residuos en la Región Metropolitana.

Asimismo, a fojas 846, con fecha 9 de noviembre de 2010, el Tribunal accedió a lo solicitado por las Municipalidades bajo el numeral 2 de su presentación de fecha 5 de noviembre de 2010 (fojas 823), y ordenó oficiar a CONAMA a fin de que ésta informase sobre los proyectos de rellenos sanitarios y estaciones de transferencia en la Región Metropolitana que cuentan con resolución de calificación ambiental aprobada y sus características, el estado de fiscalización y de cumplimiento de tales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resoluciones, y la existencia y estado de implementación de un plan maestro de gestión de residuos sólidos domiciliarios en la Región Metropolitana.

A fojas 3466 con fecha 14 de enero de 2011, la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental Región Metropolitana informó al tenor de lo solicitado.

19.2. A fojas 821, con fecha 27 de octubre de 2010, el Tribunal accedió a lo solicitado por la FNE bajo el numeral 2 del otrosí de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783), y ordenó oficiar a las I. Municipalidades de Maipú, Huechuraba y San Joaquín a fin de que éstas informasen acerca de los antecedentes legales, económicos y técnicos que fundaron su decisión de no renovar el contrato con KDM, y sobre las licitaciones en proceso o estudio para adjudicar el servicio de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales.

La I. Municipalidad de San Joaquín informó al tenor de lo solicitado a fojas 2155, con fecha 10 de diciembre de 2010; mientras que la I. Municipalidad de Huechuraba lo hizo a fojas 3605, con fecha 18 de enero de 2011.

19.3. A fojas 821, con fecha 27 de octubre de 2010, el Tribunal accedió a lo solicitado por la FNE bajo el numeral 3 del otrosí de su presentación de fecha 21 de octubre de 2010 (fojas 783), y ordenó oficiar a la Contraloría General de la República a fin de que ésta informase sobre la procedencia y requisitos a cumplir por las Corporaciones Municipales para la renovación automática de contratos, adjuntando copia de los pronunciamientos que contengan su última doctrina al respecto.

A fojas 3497 con fecha 14 de enero de 2011, las Contraloría General de la República informó al tenor de lo solicitado, adjuntando copia de los dictámenes relativos a la materia.

19.4. A fojas 846, con fecha 9 de noviembre de 2010, el Tribunal accedió a lo solicitado por las Municipalidades bajo el numeral 4 a) de su presentación de fecha 5 de noviembre de 2010 (fojas 823), y ordenó oficiar a la SEREMI de Salud de la RM a fin de que ésta informase sobre los permisos y requisitos establecidos para el funcionamiento de rellenos sanitarios y estaciones de transferencia, que cuentan con resolución de calificación ambiental. A fojas 4085, con fecha 14 de junio de 2011 se pidió cuenta de dicho oficio.

A fojas 4152 con fecha 1 de julio de 2011, la SEREMI de Salud de la RM informó al tenor de lo solicitado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

19.5. A fojas 846, con fecha 9 de noviembre de 2010, el Tribunal accedió a lo solicitado por las Municipalidades bajo el numeral 7 de su presentación de fecha 5 de noviembre de 2010 (fojas 823), y ordenó oficiar a las Direcciones de Obras Municipales de Til-Til, Quilicura, Maipú, Puente Alto, San Bernardo y Talagante a fin de que éstas informasen sobre los permisos, autorizaciones, recepciones y sanciones que les competen en el marco de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General, otorgados a proyectos o actividades vinculadas con la gestión de residuos existentes en sus comunas.

La DOM de Puente Alto informó al tenor de lo solicitado a fojas 3281 con fecha 3 de diciembre de 2010; la DOM de Maipú lo hizo a fojas 3430, con fecha 27 de diciembre de 2010; y, la DOM de San Bernardo, a fojas 3786, con fecha 30 de marzo de 2011

A fojas 4085, con fecha 14 de junio de 2011 se pidió cuenta de los oficios enviados a las Direcciones de Obras Municipales de Til-Til, Quilicura y Talagante. Frente a ello, la DOM de Talagante informó al tenor de lo solicitado a fojas 4685, con fecha 22 de julio de 2011.

19.6. A fojas 846, con fecha 9 de noviembre de 2010, el Tribunal accedió a lo solicitado por las Municipalidades bajo el numeral 8 de su presentación de fecha 5 de noviembre de 2010 (fojas 823), y ordenó oficiar al Consejo de Defensa del Estado a fin de que éste informase sobre las acciones judiciales por daño ambiental seguidas en contra de rellenos sanitarios o estaciones de transferencia en ejercicio de la facultad consagrada en la Ley N° 19.300.

A fojas 2104 con fecha 30 de noviembre de 2010, el Consejo de Defensa del Estado informó al tenor de lo solicitado.

19.7. A fojas 4011 bis, con fecha 2 de junio de 2011, el Tribunal accedió a lo solicitado por KDM en el tercer otrosí de su presentación de fecha 2 de junio de 2011 (fojas 4009), y ordenó oficiar a las I. Municipalidades de San Joaquín y Maipú para que informen acerca del estado de los procesos de licitación de los servicios de disposición intermedia y final, y acerca de las ofertas económicas presentadas en ellos. A fojas 4116, con fecha 22 de junio de 2011 se pidió cuenta de dicho oficio.

A fojas 4140, con fecha 28 de junio de 2011, la I. Municipalidad de San Joaquín informó al tenor de lo solicitado.

20. *Testimonial rendida por las partes:*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20.1. Por la parte de la FNE: (i) A fojas 838, el señor Luis Enrique Izquierdo Berisso, cuya transcripción rola a fojas 1920 y siguientes; y, (ii) A fojas 2061, el señor Antonio Juan, Quer Cumsille, cuya transcripción consta a fojas 2109 y siguientes.

20.2. Por la parte de la I. Municipalidad de Las Condes: (i) A fojas 3435, el señor Juan Ignacio Jaramillo Michaelis, cuya transcripción consta a fojas 3452 y siguientes; y, (ii) A fojas 3437, el señor Ricardo Tanus Scaff Angulo, cuya transcripción consta a fojas 3447 y siguientes.

20.3. Por la parte de la I. Municipalidad de San Miguel: (i) A fojas 3614, el señor Manuel Miguel Castro Sáez, cuya transcripción consta a fojas 3620 y siguientes; y, (ii) A fojas 3618, el señor David Belisario Sierra Cisternas, cuya transcripción consta a fojas 3640 y siguientes.

20.4. Por la parte de la I. Municipalidad de Vitacura: (i) A fojas 3833, la señora Claudia Andrea Sabal Awad, cuya transcripción consta a fojas 3841 y siguientes.

20.5. Por la parte de las Municipalidades: (i) A fojas 3957 y 3967, el señor Alejandro Javier Smythe Etcheber, cuya transcripción consta a fojas 3973 y siguientes;

21. Medida para mejor resolver: A fojas 5017, con fecha 4 de agosto de 2011 el Tribunal ordenó, como medida para mejor resolver, traer a la vista los siguientes expedientes: (i) Rol 3-95 de la CPC; (ii) Expediente Rol 253-2000 de la Fiscalía Nacional Económica; (iii) Expediente Rol 315-2000 de la Fiscalía Nacional Económica; (iv) Expediente Rol NC 98-05 de este Tribunal.

22. A fojas 4091, con fecha 15 de junio de 2011, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y fijó para la vista de la causa la audiencia del día 3 de agosto de 2011, la que se llevó a efecto en dicha oportunidad, según consta de la certificación de fojas 5016.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, primeramente, es preciso referirse a la excepción de incompetencia absoluta opuesta a fojas 336 por la I. Municipalidad de Ñuñoa, a fojas 458 por KDM, a fojas 556 por las I. Municipalidades de Conchalí, Pudahuel, Lo Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Recoleta, Independencia, Santiago, Curacaví y La Cisterna, y a fojas 592 por la I. Municipalidad de La Reina. Esta excepción se funda, en síntesis, en que (i) las municipalidades no actuarían como agentes económicos dentro de los mercados, sino que su intervención en ellos obedecería a un imperativo legal (fojas 336, 556 y 592); (ii) la contratación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mediante licitación pública no sería una actividad económica (fojas 336); y (iii) no competaría a este Tribunal efectuar un pronunciamiento respecto de la conformidad o no de la cláusula de renovación automática a la LOCM (fojas 458);

Segundo: Que, en relación con el primero de los fundamentos de incompetencia aludidos, se debe tener en consideración que las normas que atribuyen competencia a este Tribunal para decidir los conflictos de libre competencia no contemplan excepciones o limitaciones a ella, derivadas de la circunstancia de que las infracciones puedan haber sido cometidas por entidades públicas o autónomas;

Tercero: Que, en efecto y tal como ha resuelto este Tribunal en reiteradas oportunidades, la expresión amplia “El que...” que utiliza el legislador en el artículo 3º del Decreto Ley Nº 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere de ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o privado que concurra a los mercados. Por lo tanto, dado que las normas de protección de la libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas a las corporaciones autónomas como las municipalidades, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ocurre;

Cuarto: Que, por consiguiente, el Decreto Ley Nº 211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de personas de derecho privado, público o de administración autónoma, y sea que estas últimas participen como oferentes, adquirentes o demandantes de bienes o servicios, o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan recursos económicos;

Quinto: Que en el caso *sub judice*, las conductas denunciadas encuadran en la segunda de las categorías señaladas, pues conciernen a las modalidades de adquisición o contratación de servicios de disposición final de residuos sólidos domiciliarios entre KDM y los municipios requeridos. Por lo tanto, y con independencia de que la participación de los municipios en el mercado relevante sea voluntaria o forzosa, el Decreto Ley Nº 211 les es aplicable y exigible;

Sexto: Que, en cuanto al segundo de los fundamentos de incompetencia, cabe señalar que las licitaciones para adquirir bienes o servicios son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos;

Séptimo: Que, en consecuencia, los municipios deben seleccionar a los proveedores de los bienes o servicios que requieren, así como desarrollar cualquier función que les encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación ninguna norma los exime;

Octavo: Que con respecto al tercero y último de los fundamentos de incompetencia, consistente en que no correspondería a este Tribunal establecer eventuales transgresiones a la LOCM, cabe señalar que la circunstancia de que las contrataciones o adquisiciones por parte de las corporaciones municipales estén sometidas a una regulación especial no excluye la aplicación del Decreto Ley N° 211, especialmente si no existe contradicción entre lo que señala una y otra normativa. Así, si bien es cierto que a este Tribunal sólo le compete establecer si en la especie se configuró o no una infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, también es cierto que ello debe hacerse teniendo en consideración el marco regulatorio especial al que debe ajustarse el obrar de las municipalidades requeridas, de acuerdo con lo dispuesto en la LOCM;

Noveno: Que, por lo expuesto, se rechazará la excepción de incompetencia deducida. Lo anterior, sin perjuicio de que puedan existir otros Tribunales con competencia para conocer y resolver respecto de si los mismos hechos afectan otros bienes jurídicos, infringen alguna normativa distinta del Decreto Ley N° 211, o dan lugar o no a responsabilidades diferentes de las contempladas en el ese cuerpo legal;

Décimo: Que, en segundo término, es preciso resolver la excepción de prescripción de la acción opuesta a fojas 310 por la I. Municipalidad de San Miguel, a fojas 336 por la I. Municipalidad de Ñuñoa, a fojas 395 por la I. Municipalidad de Las Condes, a fojas 458 por KDM, a fojas 556 por las I. Municipalidades de Conchalí, Pudahuel, Los Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Recoleta, Independencia, Santiago, Curacaví y La Cisterna, a fojas 592 por la I. Municipalidad de La Reina, y a fojas 632 por la I. Municipalidad de Renca;

Undécimo: Que, en todos estos casos, la excepción de prescripción se basa en que las conductas atentatorias de la libre competencia en las que se funda el requerimiento de autos serían: (i) la suscripción, entre KDM y los municipios integrantes del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, del contrato denominado "Tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos domiciliarios", ocurrida el 16 de junio de 1995 (en adelante, el "Contrato Original"); y (ii) la suscripción, entre KDM y los municipios de Providencia, Santiago, La Reina, Ñuñoa, Curacaví, Llay-Llay, San Miguel y La Cisterna, de los contratos de 9 de septiembre de 1996, 17 de septiembre de 1996, 13 de noviembre de 1996, 27 de noviembre de 1996, 16 de octubre de 1998, 12 de mayo de 2000, 10 de julio de 2001, y 19 de diciembre de 2001, respectivamente, por medio de los cuales cada uno de los municipios señalados adhirió al Contrato Original (en adelante, las "Adhesiones"). Luego, en la excepción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interpuesta se concluye que la acción de autos se encontraría prescrita, toda vez que habría transcurrido en exceso el plazo de prescripción entre, por una parte, las fechas de suscripción del Contrato Original y de las Adhesiones y, por otra, la fecha de interposición del requerimiento de autos, ocurrida el 27 de octubre de 2009;

Duodécimo: Que por su parte, a fojas 655, con fecha 11 de mayo de 2010, la FNE señaló que el plazo de prescripción de la acción deducida no debe contarse desde la fecha de celebración de los contratos (Contrato Original y Adhesiones) sino que debe computarse desde que la cláusula de renovación automática produjo sus efectos, es decir, desde la manifestación de la voluntad tácita de cada una de las requeridas de renovar sus respectivos contratos por otros 16 años. Ello habría ocurrido con fechas: (i) 1° de agosto de 2009, respecto del Contrato Original, suscrito entre KDM y los municipios integrantes del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, y de las Adhesiones de las municipalidades de Providencia, Ñuñoa, Curacavi, Llay-Llay, San Miguel y La Cisterna; (ii) 1° de julio de 2010, respecto de la Adhesión de la I. Municipalidad de Santiago; y (iii) 1° de noviembre de 2010, respecto de la Adhesión de la I. Municipalidad de la Reina;

Decimotercero: Que la Ley N° 19.911, publicada en el D.O. el 14 de noviembre de 2003, modificó el Decreto Ley N° 211 estableciendo una norma específica de prescripción de las acciones por infracción a la libre competencia en el artículo 20° inciso 3°, que señala *“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan”*. Con posterioridad, la Ley 20.361, publicada en el D.O. 13 de julio de 2009, modificó la señalada disposición, extendiendo a tres años el referido plazo que, en la especie, continúa computándose desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se funda la acción, al no tratarse de una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°;

Decimocuarto: Que, por lo tanto, es preciso determinar cuándo debe entenderse ejecutada la supuesta conducta atentatoria de la libre competencia en que se funda el requerimiento de autos y, para ello, es necesario dilucidar, primeramente, si la conducta en cuestión corresponde a las convenciones o contratos que contienen la cláusula de renovación automática que se pretende dejar sin efecto, como aseveran las requeridas, o bien, a una omisión de estas últimas que consistiría en no haber desahuciado el contrato a su vencimiento, dando el correspondiente aviso a la otra parte, como se pretende por la requirente;

Decimoquinto: Que, en este respecto, se desprende del requerimiento que los hechos que lo motivan dicen relación con la existencia de múltiples contratos individuales de prestación de servicios de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales entre KDM y los municipios requeridos; contratos que,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

atendida su renovación, impedirían a un nuevo entrante que desee competir con KDM captar una proporción de la demanda suficiente como para rentabilizar las cuantiosas inversiones que se requieren para ingresar y desafiar su posición de dominio en el mercado de la disposición final de residuos sólidos municipales en la Región Metropolitana, estableciendo así una barrera artificial de entrada a dicho mercado;

Decimosexto: Que, a juicio de este Tribunal, la decisión –expresa o tácita- de las requeridas de renovar sus respectivos contratos de tratamiento y disposición final de residuos sólidos domiciliarios no puede aislarse del establecimiento de la cláusula o estipulación que permite hacerlo. En otras palabras, el ejercicio de los derechos y obligaciones que un contrato libremente pactado establece para las partes es el efecto natural del mismo y no puede, por lo tanto, cuestionarse el ejercicio de tales derechos sin atacar la fuente de los mismos que, en la especie, corresponde al Contrato Original y sus Adhesiones;

Decimoséptimo: Que en efecto, no corresponde, como pretende la requirente, confundir la conducta ilícita que es objeto de reproche con los efectos perniciosos de la misma. Las conductas infraccionales que se efectúan en un momento determinado de tiempo se entienden cometidas en dicho instante, por prolongados que sean los efectos que ellas produzcan, tal como ha sido resuelto, por ejemplo, la Excma. Corte Suprema, en la sentencia rol N° 5.057-2006, recaída en la causa “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Air Liquide y otros”;

Decimooctavo: Que lo anterior no contradice la doctrina establecida en otras decisiones de este Tribunal, en el sentido que existen infracciones de carácter permanente, que son aquellas cuya acción se prolonga en el tiempo y respecto de las cuales, mientras se estén ejecutando, no ha empezado a correr el plazo de prescripción. Sin embargo, en el caso de autos debe entenderse que la conducta reprochada es la celebración del contrato que contiene la cláusula de renovación automática cuyos efectos se cuestionan, conducta que se produce en un instante preciso y determinado en el tiempo, que no es otro que el de la celebración del respectivo Contrato Original y sus Adhesiones, y es desde ese momento que, en este caso, debe empezar a contarse el plazo de prescripción;

Decimonoveno: Que, adicionalmente, es pertinente diferenciar este caso de aquel que la FNE cita a fojas 655, pues en dicha oportunidad la conducta denunciada era el cobro de precios abusivos y discriminatorios que no provenían de convención alguna, sino que se calculaban conforme a un denominado “Reglamento Interno” que no era tal, sino un documento unilateralmente dictado por la demandada y que, por consiguiente, no constituía una fuente de derechos y obligaciones entre las partes, de modo que pudiera estimarse que los cobros en cuestión fuesen una consecuencia natural del mismo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo: Que, entonces, corresponde situar temporalmente la ejecución de las conductas atentatorias de la libre competencia en que se funda la acción, en las fechas en que se celebraron el Contrato Original que involucra a las municipalidades requeridas de Conchalí, Pudahuel, Renca, Las Condes, Lo Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Quinta Normal, Recoleta e Independencia, esto es, el 16 de junio de 1995, y las Adhesiones al mismo de 9 de septiembre de 1996 (Providencia), 17 de septiembre de 1996 (Santiago), 13 de noviembre de 1996 (La Reina), 27 de noviembre de 1996 (Ñuñoa), 16 de octubre de 1998 (Curacaví), 12 de mayo de 2000 (Llay-Llay), 10 de julio de 2001 (San Miguel), y 19 de diciembre de 2001 (La Cisterna);

Vigésimo primero: Que, por lo tanto, todas las condiciones para ejercer la acción de autos se reunieron o cumplieron desde que se pactó el Contrato Original y sus Adhesiones, pudiendo la requirente, desde entonces, haber deducido el presente requerimiento. Al respecto, en 1996 el Dictamen N° 995 de la CPC, confirmado en 1997 por la Resolución N° 481 de la CR, encomendó a la FNE observar este mercado, por lo que, a juicio de este Tribunal, la FNE debía saber de la existencia y términos de los contratos en cuestión. Es más, consta en autos que la FNE efectivamente tomó conocimiento del contrato y de sus términos, sin formular cuestionamientos a los mismos, al menos, en las siguientes oportunidades: (i) el 13 de noviembre de 1995, cuando se presentó a la FNE copia autorizada del Contrato, según consta a fojas 107 y siguientes de su expediente de investigación Rol N° 3-1995, que dio origen al indicado Dictamen N° 995/96; (ii) en su informe de 18 de enero de 2001 (fojas 158), evacuado a la CPC en la investigación Rol N° 253-2000, que dio origen al Dictamen 1146/01; (iii) en su informe de 1 de febrero de 2001 (fojas 22), evacuado a la CPC en la investigación Rol N° 315-2000, que dio origen al Dictamen 1150/01; y (iv) en la presentación que efectuó ante este Tribunal en la causa rol 98-05 (fojas 11), con fecha 18 de octubre de 2005, que dio origen a las “Instrucciones de Carácter General para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional”, en que la FNE señala: “[...] Actualmente KDM S.A. tiene suscrito un contrato por 16 años, renovable por otros 16 años, con 24 municipios, lo cual representa el 60% de los residuos sólidos domiciliarios de Santiago [...]”;

Vigésimo segundo: Que por consiguiente, y habida cuenta de las fechas de celebración del Contrato Original y de las Adhesiones, indicadas en el considerando anteprecedente, el plazo de prescripción de dos años se completó el 16 de junio de 1997 para las municipalidades requeridas de Conchalí, Pudahuel, Renca, Las Condes, Lo Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Quinta Normal, Recoleta e Independencia, el 9 de septiembre de 1998 para la Adhesión de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. Municipalidad de Providencia, el 17 de septiembre de 1998 en el caso de la I. Municipalidad de Santiago, el 13 de noviembre de 1998 tratándose de la I. Municipalidad de La Reina, el 27 de noviembre de 1998 respecto de la I. Municipalidad de Ñuñoa, el 16 de octubre de 2000 para la Adhesión de la I. Municipalidad de Curacaví, el 12 de mayo de 2002 en el caso de la I. Municipalidad de Llay-Llay, el 10 de julio de 2003 en lo que respecta a la Adhesión de la I. Municipalidad de San Miguel, y el 19 de diciembre del mismo año 2003 para la de la I. Municipalidad de la Cisterna;

Vigésimo tercero: Que, a mayor abundamiento, incluso de estimarse que la prescripción sólo podría computarse desde el 12 de febrero de 2004, que corresponde a la fecha en que entró en vigor la Ley N° 19.911 que introdujo la norma especial de prescripción antes aludida, la acción de autos igualmente se encontraría prescrita, pues, en tal caso, el término de dos años se habría completado el 12 de febrero de 2006 en relación con el Contrato Original y las Adhesiones; celebradas todas con anterioridad a esa fecha;

Vigésimo cuarto: Que el requerimiento de autos -formulado el 27 de octubre de 2009- fue notificado con fechas 9 de noviembre de 2009 a la I. Municipalidad de Conchalí (fojas 203), 12 de noviembre de 2009 a las I. Municipalidades de Quinta Normal y de Lo Prado (fojas 207), 20 de noviembre de 2009 a la I. Municipalidad de Colina (fojas 209), 23 de noviembre de 2009 a la I. Municipalidad de Curacaví (fojas 209), 18 de diciembre de 2009 a las I. Municipalidades de Santiago, Ñuñoa, Providencia, Las Condes, Vitacura, Lo Barnechea y La Reina (fojas 216 a 218), 21 de diciembre de 2009 a las I. Municipalidades de Lampa y de San Miguel (fojas 218 y 219), 23 de diciembre de 2009 a KDM y a las I. Municipalidades de Quilicura y de Renca (fojas 220), 29 de diciembre de 2009 a la I. Municipalidad de Pudahuel (fojas 220 bis), 8 de enero de 2010 a la I. Municipalidad de Cerro Navia (fojas 223 bis), 15 de enero de 2010 a las I. Municipalidades de Independencia y Recoleta (fojas 229), 21 de enero de 2010 a la I. Municipalidad de Llay-Llay (fojas 230), y 9 de abril de 2010 a la I. Municipalidad de La Cisterna (fojas 521). Por lo tanto, el requerimiento de autos no pudo interrumpir la prescripción, ya en exceso completada;

Vigésimo quinto: Que por consiguiente, conformidad con lo previsto en el artículo 20, inciso 3° del Decreto Ley N° 211, corresponde acoger la excepción de prescripción de la acción respecto de las infracciones que pudieran haberse cometido por medio de la suscripción del Contrato Original y de las Adhesiones al mismo entre KDM y las I. municipalidades requeridas, por haber transcurrido en exceso el plazo de prescripción aplicable entre la ejecución de los presuntos ilícitos y la notificación del requerimiento, de autos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo sexto: Que, por consiguiente, encontrándose prescrita la acción, se rechazará el requerimiento de autos y, conforme lo autoriza el artículo 170 N°6, se omitirá la resolución de las restantes excepciones por ser incompatibles con la aceptada; inhibiéndose este Tribunal de imponer a las requeridas alguna de las sanciones que contempla el artículo 26° del Decreto Ley N° 211;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 1°, 2°, 3°, 20° y 26° del Decreto Ley N° 211, y 170 del Código de Procedimiento Civil **SE RESUELVE**,

RECHAZAR la excepción de incompetencia absoluta opuesta a fojas 336 por la I. Municipalidad de Ñuñoa, a fojas 458 por KDM, a fojas 556 por las I. Municipalidades de Conchalí, Pudahuel, Los Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Recoleta, Independencia, Santiago, Curacaví y La Cisterna, y a fojas 592 por la I. Municipalidad de La Reina;

ACOGER la excepción de prescripción opuesta a fojas 310 por la I. Municipalidad de San Miguel, a fojas 336 por la I. Municipalidad de Ñuñoa, a fojas 395 por la I. Municipalidad de Las Condes, a fojas 458 por KDM, a fojas 556 por las I. Municipalidades de Conchalí, Pudahuel, Los Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Recoleta, Independencia, Santiago, Curacaví y La Cisterna, a fojas 592 por la I. Municipalidad de La Reina, y a fojas 632 por la I. Municipalidad de Renca;

RECHAZAR por ello el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, rolante a fojas 177, inhibiéndose este Tribunal de imponer a las requeridas alguna de las sanciones que contempla el artículo 26° del Decreto Ley N° 211, sin costas por haber tenido la requirente motivo plausible para litigar; y,

NO PRONUNCIARSE sobre las restantes alegaciones o defensas de las requeridas, por ser incompatibles con la aceptada.

Se previene que el Ministro Sr. Peña estuvo por condenar en costas a la Fiscalía Nacional Económica, por haber sido totalmente vencida y considerar que no tuvo motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 195-09

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Pronunciada por los Ministros Sr. Julio Peña Torres, Presidente Subrogante, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, y Sr. Joaquín Morales Godoy.

Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.