

Santiago, siete de diciembre de dos mil doce.

**Vistos:**

En estos autos rol 2255-2012 la Fiscalía Nacional Económica formuló requerimiento en contra de Kiasa Demarco S.A., en adelante KDM, y de las 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 celebrados entre KDM y cada una de estas municipalidades serían contrarias a la libre competencia al imponer una barrera de entrada al mercado de disposición final de residuos sólidos domiciliarios. Explica que los días 7 y 8 de agosto de 1994 el Consejo de Alcaldes de Cerros de Renca, integrado por catorce de las municipalidades requeridas, publicó el llamado a licitación pública para la selección conjunta de opciones al tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales, proceso que culminó con la adjudicación del proyecto por parte del consorcio compuesto por las empresas Kiasa y Demarco, las que constituyeron la sociedad KDM S.A.

El 16 de junio del año 1995 las municipalidades del referido Consejo contrataron con KDM el 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, en Til Til. Con posterioridad y entre el 17 de septiembre del año 1996 y el 15 de diciembre del año 2003 otras diez municipalidades, de ellas 8 requeridas, en forma individual contrataron en los mismos términos con KDM.

La cláusula quinta de tales contratos señala que estos tienen un plazo de vigencia de dieciséis años. Por su parte, la cláusula sexta señala que 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. Afirma que la cláusula de renovación automática rigidiza el mercado, inhibiendo el desafío competitivo de potenciales entrantes, vulnerándose de esta forma el artículo 3° del Dl 211, además de los artículos 3, 6, 58 letra i) y 65 letra j) de la Ley N° 18.695. En virtud de lo anterior pidió que se declare que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, se deje sin efecto la cláusula de renovación automática y sucesiva por períodos de 16 años, ya singularizada, y se ordene llamar 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.

A fojas 3770 y 3949 respectivamente, se hicieron parte como terceros coadyuvantes de la Fiscalía Nacional Económica la Sociedad Proactiva Servicios Urbanos S.A., propietaria y operadora del relleno sanitario Santiago Poniente, y la sociedad Gestión Ecológica de Residuos S.A. GERSA, que desarrolla el "Proyecto Planta de Tratamiento Integral de Residuos Cerros La Leona" en la comuna de Til-Til.

Diecinueve de las Municipalidades requeridas y la empresa KDM al contestar el requerimiento alegaron la prescripción argumentando que desde la fecha del contrato suscrito entre KDM y las municipalidades del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, el 16 de junio de 1995, así como las fechas de las respectivas adhesiones a éste, siendo la última el 15 de diciembre de 2003, a la época del requerimiento, el 27 de octubre del año 2009, habían transcurrido los tres años a que se refiere el artículo 20 del Decreto Ley N°211, haciendo presente que antes de julio de 2009 este plazo era de dos años.

A fojas 5028 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia y acogió las excepciones de prescripción opuestas y rechazó el requerimiento formulado.

Contra esta sentencia la Fiscalía Nacional Económica y la sociedad Gestión Ecológica de Residuos S.A. dedujeron recursos de reclamación solicitando el rechazo de la prescripción alegada y que se acoja el requerimiento planteado.

Se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en la reclamación la sociedad Gestión Ecológica de Residuos S.A. sostiene la improcedencia de la declaración de prescripción porque el acto anticompetitivo por el que se requirió no es la celebración del contrato original ni sus adhesiones, sino la renovación del contrato originada el 1º de agosto de 2009 a raíz del silencio con que las requeridas manifestaron su voluntad de continuar con la relación contractual. Dicha renovación importa un hecho de significación jurídica, tanto en el caso de optar por no renovarlo como en la renovación tácita, desde que con motivo de dicha decisión hay deberes y derechos asumidos por las partes y además efectos anticompetitivos que impiden el derecho de terceros de competir por adjudicarse un servicio que de acuerdo a la normativa vigente debe asignarse por la vía de una licitación pública. Además se trata de un hecho delimitado en el tiempo, el 1º de agosto de 2009, época en que los requeridos deciden renovar o no el contrato por un período adicional, decisión que es cierta, firme e irrevocable. La

decisión de renovar o no el contrato es un hecho distinto de éste, porque no fue tomada al momento de celebrar el contrato, y genera derechos y obligaciones que no habían adquirido las partes por el solo hecho de la suscripción del contrato original. De hecho hay municipalidades que ya no están vinculadas a éste, pese a haberlo suscrito en su momento.

Posteriormente se refiere al fondo del asunto y solicita se acoja el requerimiento planteado.

**SEGUNDO:** Que por su parte la Fiscalía Nacional Económica también interpuso recurso de reclamación señalando que a su juicio la sentencia comete dos errores importantes. El primero, determinar que la conducta cuestionada es la celebración del contrato en circunstancias que lo es la decisión de las requeridas de renovarlo, haciendo uso de las cláusula sexta, creando barreras de entrada en el mercado relevante, lo que se concretó el 1º de agosto del año 2009.

Señala que la omisión de los municipios y de KDM de dar aviso de término del contrato y sus adhesiones cumple con los requisitos necesarios para constituir una conducta susceptible de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en los términos del artículo 3 del Decreto Ley N° 211 y refiere que es un hecho de significación jurídica, delimitado temporalmente, susceptible de ser probado y distinto de la convención misma. Con el criterio de la

sentencia reclamada, continúa la recurrente, podría caerse en el absurdo de que cualquier actor podría celebrar acuerdos con competidores comprometiéndose a incurrir en conductas reñidas con la libre competencia, pero diferidas en el tiempo a través de plazos o condiciones para cuando ya hubiese transcurrido el plazo de prescripción relativo a la fecha de suscripción de tales instrumentos, por lo que los organismos de defensa de la libre competencia ya no podrían iniciar acción alguna para conocer de tales conductas, legitimando de esta forma acciones infraccionales de manera permanente en el tiempo.

Como segundo error en que incurre la sentencia, señala el considerar que todas las condiciones para interponer el requerimiento se habrían cumplido desde que se pactó el contrato y sus adhesiones y que, por tanto, desde ese momento debe comenzar a contarse el plazo de prescripción. Al respecto afirma que el solo establecimiento y existencia de la cláusula sexta se asemeja a un acto preparatorio ya que en sí misma no es ilícita ni anticompetitiva, porque cuando se celebró el contrato esta cláusula contenía una mera expectativa que no era suficiente para entorpecer la libre competencia. Por ello para deducir el requerimiento era necesario en primer lugar que las municipalidades aplicaran la cláusula, manifestando su voluntad de renovar o no el contrato, lo que ocurrió el 1º de agosto de 2009. Es al momento en que las requeridas optan por la no

renovación del contrato que se crea una barrera cierta para que otros actores pueden entrar a competir pues un 50,8% de la demanda del mercado relevante queda cautiva para KDM.

Alega además, que es absolutamente irrelevante para este caso que su parte haya tomado conocimiento con anterioridad del contrato y de sus términos, porque la prescripción debe contarse desde que la voluntad de renovación del contrato quedó firme, el 1º de agosto de 2009.

**TERCERO:** Que la Ley N° 19.911, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2003, modificó el Decreto Ley N° 211 aumentando las multas por cada infracción y quitándole además el carácter penal y delictual con que habían sido tratadas hasta la fecha. En efecto, el Decreto Ley N° 211 hasta antes de esta modificación, en su artículo 1º inciso primero disponía: "El que ejerce o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados." La Ley N° 19.911 estableció además un plazo de prescripción de dos años de las acciones contempladas en el Decreto Ley N° 211, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. De acuerdo al artículo primero transitorio de la

ley señalada, ella comenzaría a regir transcurridos noventa días desde su publicación. Con posterioridad se dictó la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009, que modificó el plazo de prescripción de las acciones contempladas en el decreto ley señalado y lo fijó en tres años.

**CUARTO:** Que no existiendo plazo de prescripción especialmente contemplado en el Decreto Ley N° 211 con anterioridad a la Ley N° 19.911 respecto a las acciones que allí se contemplaban, se hacía necesario recurrir a las normas generales que contempla el Código Penal al respecto. Sin embargo, respecto de hechos perpetrados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 19.911 y antes de la dictación de sentencia de término, atento lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, la pena menos rigurosa que esta ley contempla es la que resulta aplicable. Por ello, tratándose de penas de multas, desde que eliminó las sanciones de presidio que contemplaba dicho decreto ley, el plazo de prescripción de tales infracciones era de seis meses, o, en su defecto, de estimarse que entonces regía también la prescripción que dicha ley estableció, de dos años.

**QUINTO:** Que el plazo de prescripción de las acciones que contempla el Decreto Ley N° 211 se cuenta desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. En el caso de autos, de la lectura del requerimiento es posible advertir que la

ejecución de la conducta que lo motiva es la estipulación de una cláusula de renovación automática de los contratos de tratamiento intermedio y disposición final de los 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, en Til Til, lo que excluiría o generaría barreras de entrada a dicho mercado, inhibiendo de esa forma el desafío competitivo de potenciales competidores, ejecución que tiene lugar al momento de la celebración de los contratos respectivos, entre el 16 de junio del año 1995 y el 15 de diciembre del año 2003.

En efecto, el Fiscal Nacional Económico (S) a fojas 179 señala: "El requerimiento tiene por objeto que ese H. Tribunal declare que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 al restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado de la disposición intermedia y final de residuos sólidos en la Región Metropolitana, y que en uso de sus facultades modifique el contrato que se indicará, dejando sin efecto la cláusula de renovación automática y sucesiva en él contenida, dado que, como se describirá en este requerimiento, la misma constituye una verdadera barrera de entrada al mercado relevante en cuestión, bloquea el ingreso de potenciales interesados e incrementa la posición dominante de la incumbente en dicho mercado". En otro

párrafo del requerimiento, luego de exponer los hechos en que se funda, a fojas 181 y 182 indica: "En otras palabras, las cláusulas antes citadas -refiriéndose a las 5° y 6° que contemplan el plazo de duración y la renovación automática de no señalar alguna de las partes lo contrario- constituyen un claro arbitrio de las requeridas, que tiene como abierta finalidad eliminar la libre competencia en este mercado."

**SEXTO:** Que aun de no haberse planteado el requerimiento en tales términos, y entenderse que la conducta invocada por la Fiscalía Nacional Económica es la ejecución de la cláusula de renovación automática, como lo afirman los reclamantes, cabe señalar que de estimarse que ha existido una conducta atentatoria a la libre competencia ella no se materializa al momento de la aplicación de dicha cláusula sino a la fecha de la celebración de los contratos que la contemplan. Yerra la Fiscalía Nacional Económica al estimar que el establecimiento de tal cláusula sería un acto preparatorio del atentado a la libre competencia y por ende impune, atentado que sólo se produciría al momento de su aplicación, ya que las partes al renovar tácitamente los contratos se limitaron a dar cumplimiento a las estipulaciones pactadas al momento de la celebración de los contratos en cuestión. Es decir, la aplicación de la cláusula que contempla la renovación tácita no es más que una prerrogativa de las partes contemplada en los contratos

suscritos, de manera que de estimarse que tal facultad atenta contra la libre competencia, ella se materializó al momento de la celebración de los respectivos contratos.

**SÉPTIMO:** Que en consecuencia, habiéndose suscrito los contratos de autos entre el 16 de septiembre del año 1996 y el 15 de diciembre del año 2003, a la fecha de interposición del requerimiento de autos, el 27 de octubre del año 2009, el plazo de prescripción de la acción intentada había transcurrido en exceso, sea que se estime que ésta era de seis meses o de dos años, según se razonó en el considerando tercero, por lo que resulta procedente la declaración de prescripción efectuada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**OCTAVO:** Que atento lo anterior las reclamaciones deducidas no pueden prosperar.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 20 y 27 del D.F.L. N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, **SE RECHAZAN** los recursos de reclamación deducidos a fojas 5083 y 5106 respectivamente en contra de la sentencia N°118/2012 de nueve de enero último, escrita a fojas 5028.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministro Sra. Sandoval.

Rol N°2255-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., y el Ministro Suplente Sr. Juan Escobar Z. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar en comisión de servicios y el Ministro señor Escobar por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 07 de diciembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a siete de diciembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.