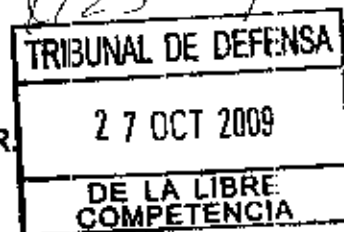


EN LO PRINCIPAL: REQUERIMIENTO EN CONTRA DE KIASA DEMARCO S.A.
Y MUNICIPALIDADES QUE INDICA.

EN EL PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: DESIGNA RECEPTOR JUDICIAL.

EN EL TERCER OTROSÍ: PERSONERIA, PATROCINIO Y PODER.



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JAIME BARAHONA URZÚA, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
(S), con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 2°, Santiago, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b) y c) del Decreto Ley N° 211, y fundado en los antecedentes de hecho, económicos y de derecho que a continuación expongo, vengo en formular requerimiento en contra de las siguientes personas:

- 1) **KIASA DEMARCO S.A.**, representada por don Fernando León Steffens, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Alcalde Guzmán N° 0180, Quilicura, Santiago (en adelante, "KDM").
- 2) **I. MUNICIPALIDAD DE CONCHALÍ**, representada por su Alcalde don Rubén Malvoa Hernández, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Avda. Independencia N° 3499, comuna de Conchalí, Santiago.
- 3) **I. MUNICIPALIDAD DE PUDAHUEL**, representada por su Alcalde don Johnny Carrasco Cerda, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en San Pablo N° 8444, comuna de Pudahuel, Santiago.
- 4) **I. MUNICIPALIDAD DE RENCA**, representada por su Alcaldesa doña Vicky Barahona Larraín, ignoro profesión u oficio, ambas domiciliadas para estos efectos en Blanco Encalada N° 1335, comuna de Renca, Santiago.
- 5) **I. MUNICIPALIDAD DE LAS CONDES**, representada por su Alcalde don Francisco de la Maza Chadwick, ignoro profesión u oficio, ambos

domiciliados en Avda. Apoquindo N° 3400, comuna de Las Condes, Santiago.

- 6) **I. MUNICIPALIDAD DE LO BARNECHEA**, representada por su Alcalde don Felipe Guevara Stephens, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Avda. Las Condes N° 14.891, comuna de lo Barnechea, Santiago.
- 7) **I. MUNICIPALIDAD DE VITACURA**, representada por su Alcalde don Raúl Torrealba Pedregal, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Avda. Bicentenario N° 3.800, comuna de Vitacura, Santiago,
- 8) **I. MUNICIPALIDAD DE CERRO NAVIA**, representada por su Alcalde don Luis Plaza Sánchez, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Del Consistorial N° 6645, comuna de Cerro Navia, Santiago.
- 9) **I. MUNICIPALIDAD DE LAMPA**, representada por su Alcaldesa doña Graciela Ortúzar Novoa, ignoro profesión u oficio, ambas domiciliadas en Baquedano N° 964, comuna de Lampa, Santiago.
- 10) **I. MUNICIPALIDAD DE COLINA**, representada por su Alcalde don Mario Olavarría Rodríguez, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Avda. Colina N° 700, comuna de Colina, Santiago.
- 11) **I. MUNICIPALIDAD DE QUILICURA**, representada por su Alcalde don Juan Carrasco Contreras, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en José Francisco Vergara N° 450, comuna de Quilicura, Santiago.
- 12) **I. MUNICIPALIDAD DE LO PRADO**, representada por su Alcalde don Gonzalo Navarrete Muñoz, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en San Pablo N° 5959, comuna de Lo Prado, Santiago.
- 13) **I. MUNICIPALIDAD DE QUINTA NORMAL**, representada por su Alcalde don Manuel Fernández Araya, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Avda. carrascal N° 4447, comuna de Quinta Normal, Santiago.
- 14) **I. MUNICIPALIDAD DE RECOLETA**, representada por su Alcaldesa doña Sol Letelier González, ignoro profesión u oficio, ambas domiciliadas en Avda. Recoleta N° 676, comuna de Recoleta, Santiago.
- 15) **I. MUNICIPALIDAD DE INDEPENDENCIA**, representada por su Alcalde don Antonio Garrico Mardones, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Avda. Independencia N° 834, comuna de Independencia, Santiago.

- 16) **I. MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO**, representada por su Alcalde don Pablo Zalaquett Said, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Plaza de Armas s/n, comuna de Santiago.
- 17) **I. MUNICIPALIDAD DE LA REINA**, representada por su Alcalde don Luis Montt Dubournois, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Av. Larraín 9925, comuna de La Reina.
- 18) **I. MUNICIPALIDAD DE CURACAVÍ**, representada por su Alcalde don Guillermo Barros Echeñique, ambos domiciliados en Av. Ambrosio O'Higgins N° 1305, comuna de Curacaví.
- 19) **I. MUNICIPALIDAD DE ÑUÑO A**, representada por su Alcalde don Pedro Sabat Pietracaprina, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Av. Irrarrázaval N° 3550, comuna de Ñuñoa.
- 20) **I. MUNICIPALIDAD DE PROVIDENCIA**, representada por su Alcalde don Cristián Labbe Galilea, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Av. Pedro de Valdivia N° 963, comuna de Providencia.
- 21) **I. MUNICIPALIDAD DE LA CISTERNA**, representada por su Alcalde don Santiago Rebolledo Pizarro, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Gran Avenida N° 8585, Paradero 24, comuna de La Cisterna.
- 22) **I. MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL**, representada por Alcalde don Julio Palestro Velásquez, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en José Miguel Carrera N° 3418, Gran Avenida, comuna de San Miguel.
- 23) **I. MUNICIPALIDAD DE LLAY-LLAY**, representada por su Alcalde don Mario Marillanco Ramírez, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados en Balmaceda N° 174, comuna de Llay Lay.

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 domiciliarios de la Región Metropolitana, y que en uso de sus facultades modifique el contrato que se indicará¹, dejando sin efecto la cláusula de renovación automática y sucesiva en él contenida, dado que, como se describirá

¹ Disponible en Internet, en el sitio:
<http://www.renca.cl/contenido/ley.transparencia/adquisiciones.municipales/kdm.pdf>.

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.

Los siguientes son los fundamentos de esta acción:

I. LOS HECHOS

1. Con fechas 7 y 8 de agosto de 1994, el denominado "**Consejo de Alcaldes de Cerros de Renca**", del que las primeras catorce Municipalidades enunciadas forman parte, 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*". El día 10 de mayo de 1995, este proceso concluyó 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., para prestar los servicios adjudicados.
2. Por escritura pública de 16 de junio de 1995, otorgada ante el Notario Público de Santiago don Patricio Raby Benavente, las Municipalidades del referido Consejo, debidamente representadas por sus Alcaldes, contrataron con KDM S.A. 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 las referidas Municipalidades.
3. 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 S.A. 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 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.

4. Las cláusulas quinta y sexta del referido 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 de 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 del contrato o de sus renovaciones posteriores".

5. Pues bien, con fechas 16, 24 y 29 de julio de 2009, respectivamente, las Municipalidades de San Joaquín, Maipú y Huechuraba, conforme a dichas cláusulas, manifestaron su voluntad, en el sentido de no renovar el aludido contrato, denominado "Tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos domiciliarios".
6. Sin embargo, en relación a las demás comunas respecto de las cuales dicho contrato se renovará y mantendrá vigente, la contraparte, KDM S.A., tiene y tendrá asegurado gran parte del mercado del tratamiento y disposición final de residuos domiciliarios en la Región Metropolitana y la comuna de Llay-Llay por un plazo sin límite, o a lo menos por los siguientes 16 años de vigencia, atendida la renovación automática y sucesiva que dicho instrumento contempla; situación que, junto con incrementar y consolidar su posición de dominio en este mercado, crea y establece barreras artificiales de entrada al mercado, impidiendo el ingreso de nuevos competidores y la generación de los correspondientes beneficios económicos y sociales. En otras palabras, las

cláusulas antes citadas constituyen un claro arbitrio de las requeridas, que tiene como abierta finalidad eliminar la libre competencia en este mercado.

II. LA INDUSTRIA

II.1. Descripción

7. Desde la década de los '80, los servicios de recolección, transporte y disposición de los residuos domiciliarios han sido objeto de externalización por parte de las Municipalidades a favor de empresas privadas.
8. Estos servicios, aun cuando en algunas oportunidades son objeto de licitación conjunta, generalmente se licitan en forma separada. En efecto, por una parte, se licitan los servicios de aseo de recolección, transporte y descarga en estación de transferencia o relleno sanitario. Y, por otra, los servicios de disposición final.
9. Los organismos encargados de velar por la libre competencia han reconocido que, dadas las características de altos niveles de inversión requeridos para establecer un relleno sanitario y existencia de economías de escala, el número de oferentes tiende a ser reducido; mientras que en la provisión de servicios de recolección y transporte de residuos, se presentan menores barreras a la entrada, lo que redundaría en una mayor cantidad de empresas potencialmente oferentes de dichos servicios, sin perjuicio de que la mayoría de los procesos licitatorios terminan siendo adjudicados a empresas que, además, son propietarias de rellenos sanitarios.
10. Esta situación, que podría deberse a precios de transferencia distorsionados dentro de las empresas del *holding*, ha sido resuelto por la autoridad, al establecer ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en sus Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, que los oferentes de servicios de disposición final deben establecer tarifas no discriminatorias entre demandantes de sus servicios.

III. ANALISIS DEL MERCADO

III.1. Mercado Relevante del Producto

11. La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado².
12. En los servicios relacionados con los residuos sólidos domiciliarios -que, como se indicó, suelen ser licitados separadamente-, mientras a nivel de recolección existe un mayor número de oferentes, actuales y potenciales; a nivel de disposición final el número es reducido. Más aún, ese H. Tribunal en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008 y la H. Comisión Resolutiva en su Resolución N° 650, de 17 de mayo de 2002, han señalado que los rellenos sanitarios constituyen una *instalación esencial*, razón por la cual ha resuelto que deben otorgar acceso no discriminatorio a las empresas recolectoras de residuos.
13. Además, las Municipalidades usualmente licitan separadamente los servicios de recolección y transporte de residuos, de aquellos de disposición final, toda vez que corresponden a distintos servicios, aplicándose, de esta manera, una normativa ambiental diferenciada a cada uno de estos servicios.³
14. Más aún, el H. TDLC ha considerado en las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, la existencia de mercados relevantes separados para los servicios de recolección y transporte, por una parte, y de la disposición final, por otra.
15. Precisamente, atendido el objeto y el tenor del contrato de 16 de junio de 1995 y de las cláusulas antes citadas, esta Fiscalía considerará como mercado

² Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

³ Más adelante se detalla la normativa ambiental aplicable específicamente a rellenos sanitarios.

relevante de producto, en el presente caso, la disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

III.2. Mercado Geográfico del Producto

16. Aun cuando es posible que las comunas de Santiago, sobre todo aquellas situadas en la periferia de la Región, dispongan sus residuos en rellenos ubicados en otras regiones del país, dados los costos de transporte involucrados, que hacen poco rentable disponer los residuos en zonas alejadas, se considerará -en la especie- como mercado relevante geográfico la Región Metropolitana.

III.3. Condiciones de entrada

17. La Fiscalía entiende que los potenciales efectos restrictivos de la competencia se agravan en mercados en que no existe factibilidad de entrada oportuna y suficiente.

18. A objeto de analizar las condiciones de entrada en el mercado de la disposición final, es posible distinguir los siguientes costos: (i) inversiones realizadas en la etapa de desarrollo, (ii) gastos incurridos durante la etapa de explotación, y (iii) gastos incurridos en otras etapas.

19. De acuerdo a un estudio de la Subsecretaría de Economía⁴, existe una inversión inicial asociada a la etapa de habilitación del relleno sanitario (es decir, previo al inicio de la operación), y que involucra los costos de: compra de terreno, proyecto, estudio de impacto ambiental, construcción de infraestructura de apoyo o periférica, construcción primera celda, construcción planta de tratamiento de líquidos percolados, equipos, maquinarias e implementos.

⁴ "Bases Tipo para la Licitación de los Servicios de Recolección y Disposición de Residuos Domiciliarios" Subsecretaría de Economía, Agosto 2005.

20. Durante la etapa de operación del proyecto es necesario efectuar inversiones relacionadas con la construcción de nuevas áreas del relleno sanitario, ampliación de plantas de tratamiento, reposición y aumento de equipos, maquinaria, instrumentos, etc.
21. En el tercer ítem se ubican los costos relacionados con provisiones y cumplimiento de la normativa ambiental o exigencias de la Resolución de Calificación Ambiental. Sólo en los últimos años y como consecuencia de la entrada en vigencia de la nueva legislación ambiental se han incorporado estos costos al proyecto. Las provisiones corresponden a los costos asociados al programa de cierre del proyecto y programa de monitoreo post operación. Los costos relacionados con la normativa ambiental guardan relación con las medidas de mitigación, compensación, auditorías ambientales, y cumplimiento con normas de calidad.
22. El informe de la Subsecretaría de Economía establece que en la disposición final se registran importantes economías de escala, que se traducen en que el costo unitario exhibido por un relleno que recibe sobre 70 mil toneladas por mes es aproximadamente un 60% del costo unitario de un relleno que recibe 30 mil toneladas al mes.
23. La existencia de estas economías de escala se traduce en que los proyectos de disposición final requieren contar con un número mínimo de contratos, para ser viables económicamente.
24. Aun cuando no corresponde a costos hundidos, la condición señalada puede desincentivar el ingreso de nuevos competidores, puesto que sólo aquella entrada en gran escala puede ser viable.
25. Además, según el informe de la Subsecretaría de Economía, las dificultades que existen para la aprobación de estos proyectos de acuerdo a la reglamentación vigente,⁵ incorpora un mayor nivel de riesgo al proceso, que

⁵ "Desde la perspectiva sanitaria, existen un conjunto de disposiciones en el Código Sanitario y en normas reglamentarias o resoluciones del Ministerio de Salud, que establecen los requisitos y condiciones que deben cumplirse en cada una de las etapas de manejo de basura, estableciendo,

disminuye el incentivo a la entrada de nuevos agentes que desafíen a los ya establecidos.

26. Puede señalarse, además, que "la oposición pública a la localización de rellenos sanitarios es un fenómeno bastante bien documentado"⁶, lo cual incrementa la incertidumbre para un oferente que evalúe su ingreso a este mercado.
27. Estas dificultades a la entrada de nuevos actores se han traducido en una estabilidad en las participaciones de mercado de los tres rellenos sanitarios que operan en la Región Metropolitana: Lomas Los Colorados (Til-Til), de propiedad de K.D.M. S.A., Santa Marta (San Bernardo) de propiedad del Consorcio Santa Marta S.A., y Santiago Poniente, ubicado en Rinconada de Maipú de propiedad de Proactiva S.A., ex Coinca S.A.

en general, que las actividades de transporte y eliminación final requieren de autorización sanitaria expresa.

"Por su parte, desde la perspectiva ambiental, la Ley sobre bases generales del medio ambiente y en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental establecen que los proyectos de saneamiento ambiental, tales como los rellenos sanitarios y las estaciones de transferencia deben, previo a su ejecución o modificación, someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

"Finalmente, desde la perspectiva urbana, las estaciones de transferencia y los rellenos sanitarios o lugares de eliminación final son considerados como obras de infraestructura, y como tales se encuentran sujetas a las disposiciones pertinentes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (artículo 2.1.29)

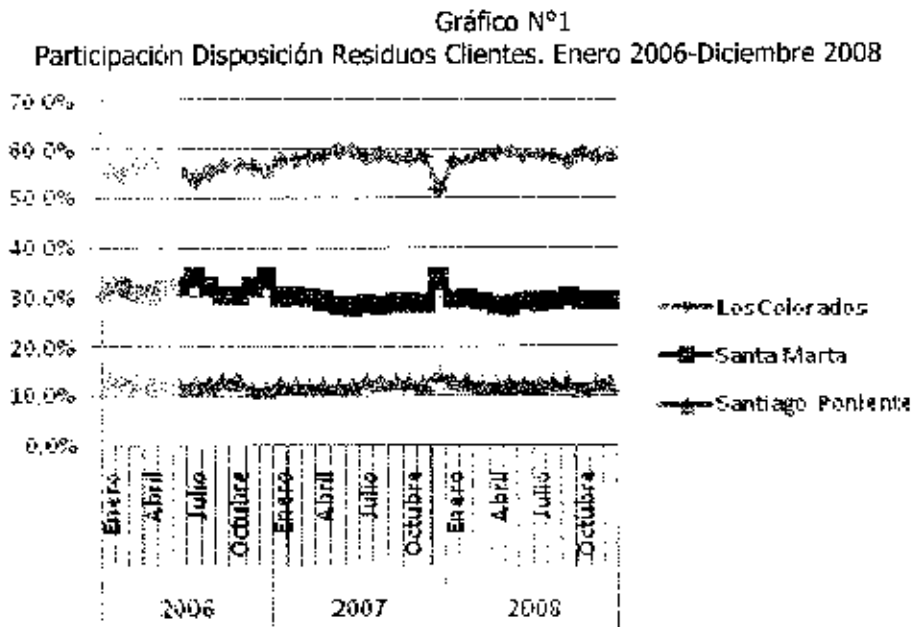
"El mencionado artículo permite que los instrumentos de planificación territorial puedan establecer condiciones que permitan el emplazamiento de las instalaciones o edificaciones necesarias para los distintos tipos de infraestructura, sin perjuicio de cumplir con las normas de uso de suelo, si éstas existieren. Esto es particularmente significativo en el caso de la disposición de residuos.

"Este artículo proviene de una modificación del año 2004, reflejando un cambio de criterio en la materia, pues ya no solo vía normas sanitarias o ambientales se podrán imponer condiciones para el emplazamiento de este tipo de proyectos, sino que también a través de instrumentos de planificación territorial. En consecuencia, se debe cumplir con las condiciones, independiente del lugar de emplazamiento del proyecto y además restringirse por las limitaciones territoriales específicas que se impongan.

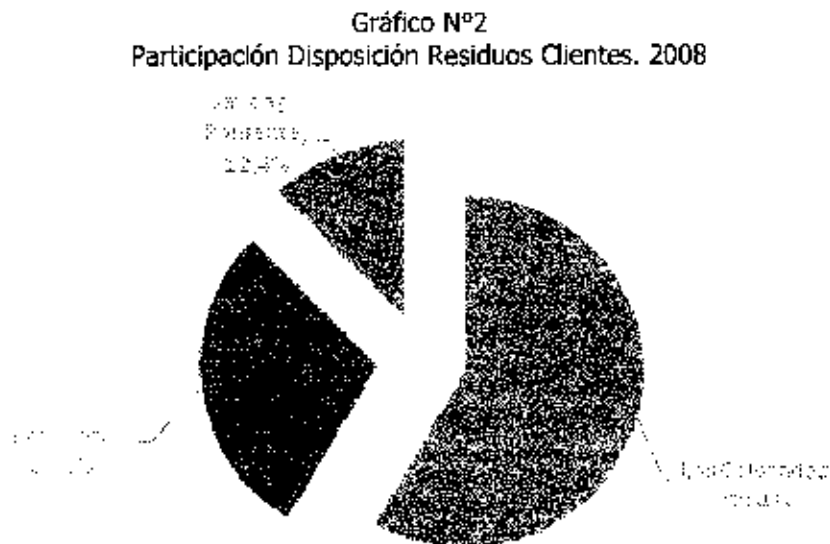
"Cohérente con lo anterior, en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago se introdujo distintas modificaciones que establecen los requisitos para el emplazamiento de distintos tipos de infraestructura sanitaria, entre ellas los rellenos sanitarios u otras instalaciones de eliminación final y estaciones de transferencia de basuras domésticas

⁶ "Diseño de un Mecanismo de Compensación para la Localización de Rellenos Sanitarios u otras Instalaciones de Manejo de Residuos," Informe Final, preparado por EMG Consultores para el Ministerio de Economía, Santiago, 10 de abril 2007.

28. En efecto, las participaciones en la disposición final de residuos se han mantenido prácticamente constantes en el período 2006-2008. Mientras Lomas Los Colorados exhibe una participación del orden de 58%, la participación de Santa Marta oscila en torno al 29%, y de Santiago Poniente en torno al 12%.



Fuente: FNE en base a cifras de Sesma, hoy ASRM



Fuente: FNE en base a cifras de Sesma, hoy ASRM

29. La estabilidad en las participaciones de mercado da cuenta de la dificultad de las empresas proveedoras de este servicio de competir entre ellas y, además, de las dificultades para algún potencial entrante para capturar parte de la demanda por dicho servicio, dadas las economías de escala y dificultad en la aprobación de los permisos ambientales, señalados más arriba. De este modo, se puede concluir que el mercado de la disposición final se caracteriza por un grado importante de rigidez.
30. Sin embargo, con la suscripción del contrato que motiva el requerimiento de autos por parte de diversas Municipalidades de la Región Metropolitana, dadas sus características de largo plazo y su renovación ilimitada, se generó una demanda cautiva y se estableció un mecanismo para cerrar la entrada de nuevos oferentes, una vez vencido el plazo original. En efecto, a través de este instrumento, las diversas comunas se comprometieron a depositar sus residuos exclusivamente en Lomas Los Colorados, quedando de este modo los demás oferentes (existentes y potenciales) excluidos de competir por la disposición final de los residuos provenientes de esas comunas.
31. Menester es indicar que la cláusula de renovación automática por 16 años, aún cuando operase por una vez, resulta claramente excesiva, al considerar que las inversiones de desarrollo y puesta en marcha ya han sido realizadas y depreciadas. De este modo, esta cláusula rigidiza innecesariamente aún más este mercado, inhibiendo el desafío competitivo por parte de potenciales competidores.
32. En efecto, KDM no puede justificar un plazo de renovación tan extenso sobre la base de la necesidad de recuperar las inversiones realizadas, toda vez que, al momento de establecer una duración de 16 años en el contrato original, KDM consideró ese plazo como el adecuado para amortizar las inversiones en el desarrollo del relleno, máxime si, al estar la renovación del contrato sujeta a un importante grado de incertidumbre, no podía haberse planificado un plazo de amortización superior a aquel del contrato original.

33. Es más, atendido su tenor, esta cláusula de renovación automática por un período de tiempo tan extenso, resulta en un comportamiento estratégico por parte de la incumbente, a objeto de inmovilizar la demanda e impedir, como se dijo, a un nuevo entrante captar parte de la demanda por servicios de disposición final de residuos e introducir nueva tecnología en este proceso.

IV. CONDUCTA DE LAS REQUERIDAS

34. Mediante la aplicación de la renovación automática que prevé la cláusula sexta del "Contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales", celebrado entre KDM S.A. y diversas Municipalidades de la Región Metropolitana, las requeridas han vulnerado el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por cuanto éstas con ello restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado del tratamiento y la disposición final de residuos sólidos domiciliarios.
35. De este modo, la empresa KDM S.A. tiene asegurado el control de dicho mercado por un plazo indeterminado, ya que la referida cláusula permite la renovación automática y sucesiva por períodos de 16 años cada uno, lo que junto con incrementar y consolidar su posición de dominio en este mercado, crea barreras artificiales de entrada al mismo, impidiendo el ingreso de nuevos competidores y la consecuente generación de beneficios económicos y sociales.

V. EL DERECHO

36. La empresa KDM S.A. y sus relacionadas Starco S.A. y Demarco S.A. ocupan una posición dominante en el mercado de los residuos sólidos domiciliarios de la Región Metropolitana y la renovación sucesiva de la cláusula sexta del contrato en análisis consolidará dicha posición dominante, tal como ya lo había prevenido el Dictamen N° 995/96 de la H. Comisión Preventiva Central, cuyo numeral 14 recomendó al Fiscal Nacional Económico observar el mercado no sólo en la Región Metropolitana sino, también en otras regiones

del país; lo que fue confirmado por la H. Comisión Resolutiva mediante Resolución N° 431, de 1997.

37. Sobre el particular, la H. Comisión Resolutiva señaló en su Resolución N° 650, de 17 de mayo de 2002, considerando quinto, que: *"(...) se puede concluir que los mercados en que incide esta materia se ven fuertemente condicionados por la operación de un actor dominante KDM S.A. y sus filiales, con presencia activa en todas sus fases, a lo largo de la cadena de servicios y prestaciones relacionadas con la disposición de residuos sólidos domiciliarios (...)"*.
38. Asimismo, el Resuelvo Décimo de la misma Resolución señaló: *"Que también cabe concluir que la situación de control de un agente de la etapa de tratamiento intermedio o de la etapa de disposición final de los residuos sólidos domiciliarios, o de ambas etapas, como en la actualidad ocurre en la Región Metropolitana, es un hecho que constituye en términos económicos y desde la perspectiva del derecho de la competencia, el control de un recurso esencial o estratégico para todos los mercados relacionados con el manejo y/o disposición de residuos sólidos"*.
39. Y, por su parte, el Considerando Décimo expresó: *"(...) teniendo presente las facultades establecidas en el artículo 17, letra b) del Decreto Ley N° 211, y con miras a resguardar la transparencia y el acceso a los distintos mercados relacionados con la disposición de residuos sólidos domiciliarios, esta Comisión estima procedente en esta oportunidad dictar instrucciones generales a las cuales deberán sujetarse las personas y empresas que actualmente o en el futuro controlen o administren las fases de tratamiento intermedio y/o disposición final de residuos sólidos domiciliarios"*.
40. Con fecha 8 de junio de 2006, ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó las Instrucciones de Carácter General N° 1, para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicable a todo el territorio nacional, cuyo objeto fue otorgar certeza jurídica a los actores que intervienen en dicho mercado y que promuevan la libre competencia del mismo. En tales Instrucciones se

establecieron los criterios básicos a los cuales deben sujetarse las bases de licitación que incidan en el mercado en cuestión, con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de **condiciones objetivas, generales uniformes y no discriminatorias que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes posible en las licitaciones en cuestión y el ingreso de nuevos actores a las distintas fases del proceso de tratamiento de residuos.**

41. Sobre el particular, la Sentencia N° 77 del H. Tribunal de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, se refirió a las Instrucciones señalando: "(...) una de cuyas finalidades es la promoción de la competencia y la explicación de criterios y parámetros de conducta que tienden a prevenir infracciones a las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211, en un mercado en que ello tiene una importancia especial, toda vez que, debido a sus características y estructura, existen riesgos de actuaciones anticompetitivas (...)".

Normativa sobre Municipalidades

42. La Constitución Política de la República, en su artículo 118, inciso cuarto, señala que: "*Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna*".
43. Por su parte, el artículo 3° de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades señala: "*Corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, las siguientes funciones privativas: ...f) El aseo y ornato de la comuna*".
44. A la fecha de la suscripción del contrato -esto es, el 16 de junio de 1995-, el artículo 6° de la Ley N° 18.695, modificada por la Ley N° 19.130, refiriéndose al cumplimiento de las funciones de las municipalidades, establecía en su inciso 3° que: "*De igual modo, podrán otorgar concesiones para la prestación*

de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título".

A continuación, el inciso siguiente agregaba: *"La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones a que aluden los incisos precedentes se hará previa licitación pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a cien unidades tributarias mensuales".*⁷

45. En relación con las atribuciones del alcalde, el artículo 58, letra i) de la norma en análisis establecía: *"El alcalde requerirá el acuerdo del concejo para: i) Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término".*⁸
46. Posteriormente, la reforma introducida por el D.F.L. N°1, dictado de conformidad a la Ley N° 19.704 y publicado el 3 de mayo de 2002, modificó el artículo 65, estableciendo en su letra j) lo siguiente: *El Alcalde requerirá el acuerdo del concejo para: "Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término. En todo caso, las renovaciones sólo podrán acordarse dentro de los seis meses que precedan a su expiración, aún cuando se trate de concesiones reguladas por leyes especiales".*
47. En consecuencia, cabe anotar que –además de infringir el Decreto Ley N° 211-, en la actualidad, la referida cláusula de renovación automática y

⁷ El artículo 8°, inciso 4° de la ley N° 18.695, en actual vigencia se refiere en los mismos términos al procedimiento de otorgamiento de las concesiones *"La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones a que aluden los incisos precedentes se hará previa licitación pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales o, tratándose de concesiones si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a cien unidades tributarias mensuales".*

⁸ El artículo 65 de la Ley N° 18.695 vigente referido a la necesidad del alcalde del acuerdo del concejo señalaba en su letra j) *Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término. En todo caso, las renovaciones sólo podrán acordarse dentro de los seis meses que precedan a su expiración, aún cuando se trate de concesiones reguladas en leyes especiales.*

sucesiva vulneraría la normativa establecida por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades vigente⁹.

Consideraciones Finales

48. Ese H. Tribunal ya ha tenido ocasión de sancionar el establecimiento de cláusulas que tendieron a restringir la competencia en una licitación de servicios de recolección transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, a través de diversas Sentencias, como por ejemplo la N° 37, de 10 de mayo de 2006, que sancionó a Coinca S.A. por haber infringido el artículo 3° del aludido Decreto Ley N° 211. Asimismo, la Sentencia N° 45, de 10 de mayo de 2006, de ese H. Tribunal, sancionó el incumplimiento de la Resolución N° 650, de la H. Comisión Resolutiva, citada más arriba.

EN CONSECUENCIA, H. Tribunal, esta Fiscalía estima imprescindible para velar por la libre competencia en el mercado de la disposición intermedia y final de residuos sólidos domiciliarios de la Región Metropolitana, que la cláusula de renovación automática contenida en el contrato de fecha 16 de junio de 1995, sea dejada sin efecto, sin perjuicio de las demás medidas que se solicitan en el petitorio.

POR LO TANTO, en mérito de lo expuesto y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por deducido requerimiento en contra de la empresa **KIASA DEMARCO S.A.** y las veintidós (22) **Municipalidades** ya enunciadas precedentemente, cuyas individualizaciones y la de sus

⁹ Sobre la materia, es necesario tener presente lo establecido por la Contraloría General de la República en diversos Dictámenes, en los cuales deja asentado que -en la especie- se trata de concesiones para otorgar la prestación de determinados servicios municipales y no de contratos que implican la ejecución de prestaciones determinadas, lo que es determinante para determinar el monto respecto del cual los municipios se encuentran obligados a llamar a licitación pública. El Dictamen N°30.056, de 10 de junio de 2009, señala expresamente que la recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios es un servicio municipal, que puede ser ejecutado directamente por los municipios, o por un tercero a través de una concesión, caso en que debe efectuarse previa licitación pública, si el total de los derechos o prestaciones que deban pagarse es superior a 100 UTM (...). En el mismo sentido se pronuncia en el Dictamen N°15.606 de 31 de marzo de 2005.

representantes se dan por entera y expresamente reproducidas en el presente petitorio, acogerlo a tramitación y, en definitiva, declarar que las requeridas han infringido gravemente el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, dejando sin efecto la cláusula de renovación automática y sucesiva por periodos de 16 años contenida en el "Contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos municipales", ya singularizado, y ordenando 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 periodo vence el 31 de julio de 2011 para la mayoría de las requeridas.

PRIMER OTROSI: Sírvase ese H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

1.- Copia del contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales celebrado con fecha 16 de junio de 1995, entre la empresa KDM S.A. y diversas municipalidades.

2.- 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.

3.- 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.

SEGUNDO OTROSI: Sírvase el H. Tribunal tener presente que señalo a la Sra. Juana Ortiz Madrid, Receptora Judicial, que ejerce sus funciones en la jurisdicción correspondiente a los domicilios de las requeridas, para los efectos de practicar la notificación del Requerimiento de autos y realizar todas aquellas diligencias en las que, durante la prosecución del proceso, sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento.

TERCER OTROSI: Tenga presente ese H. Tribunal que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica emana de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley N° 18.334, sobre Estatuto Administrativo, y de la Resolución N° 49, de 31 de octubre de 2006, que dispone mi nombramiento en el cargo y que se custodia en la Secretaria de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que en la calidad invocada y en la de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino y asumo la representación de la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de lo cual delego poder en los abogados de la Fiscalía señores Cristián R. Reyes Cid, Mario Ybar Abad y Ximena Castillo Canales, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente y que firman junto a mí en señal de aceptación.



JAIMÉ BARAHONA URZÚA
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

AUTORIZO PODER <u>En</u>
SANTIAGO, <u>27</u> DE <u>octubre</u> DE <u>2006</u>
SECRETARIO ABOGADO <u>(S)</u>