



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento.

EN EL PRIMER OTROSI: Acompaña documentos con citación.

EN EL SEGUNDO OTROSI: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO,
con domicilio en Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal de
Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°,
5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b), c) y d) del Decreto Ley N° 211, y
fundado en los antecedentes de hecho, de Derecho y económicos que a
continuación expondré, formulo requerimiento en contra de la Ilustre
Municipalidad de Curicó, rol único tributario N° 69.100.100-8, representada
por su Alcalde, don Celso Morales Muñoz, ignoro profesión u oficio, cédula
nacional de identidad N° 7.029.617-9, ambos domiciliados en calle Estado N°
279, ciudad y comuna de Curicó.

La requerida ha incurrido en actos contrarios a la libre
competencia, vulnerando el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y las
Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 del H. Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia, para el mercado de la recolección, transporte y
disposición final de residuos sólidos domiciliarios, en adelante "las
Instrucciones".

En efecto, mediante el establecimiento de determinadas
cláusulas que componen las bases de la licitación N° 2439-23-LP07, la
requerida ha impedido que personas distintas del propietario del relleno
sanitario "el Guanaco", ubicado en la comuna de Curicó, participaran y,
eventualmente, se adjudicaran, el contrato de servicio de recolección,
traslado de residuos domiciliarios, de ferias libres, servicios especiales y

disposición final en relleno sanitario y el contrato de barrido de calles, recolección de montones, limpieza de sumideros de aguas lluvias, recolección de ramas, escombros, enseres, transportes y disposición final en relleno sanitario.

Con ello, la requerida ha impedido la competencia, infringiendo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

Por otra parte, la requerida ha vulnerado diversos resueltos de las Instrucciones, pese a observaciones perentorias de esta Fiscalía, lo que ha sido realizado en función de aquella intención exclusoria.

El requerimiento tiene por objeto que ese H. Tribunal declare que la requerida ha infringido, del modo referido, el Decreto Ley N° 211 y las Instrucciones, que ponga término a los actos constitutivos de infracciones y que aplique a la requerida la multa que se solicita, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211.

I. LOS HECHOS.

1. Con fecha 1° de marzo de 2007, la Ilustre Municipalidad de Curicó publicó en el Portal Chilecompra la adquisición identificada con el N° 2439-23-LP07, cuyo objeto era la contratación de los siguientes servicios:
 - i) Recolección, traslado de residuos domiciliarios, de ferias libres, servicios especiales y disposición final en relleno sanitario y;
 - ii) Barrido de calles, recolección de montones, limpieza de sumideros de aguas lluvias, recolección de ramas, escombros, enseres, transportes y disposición final en relleno sanitario.

2. Esas bases están redactadas de tal manera que sólo la propietaria del relleno sanitario se adjudicase los contratos, para lo cual, además, se infringen las Instrucciones, lo que fue denunciado a esta Fiscalía por personas interesadas en participar en la licitación.

3. Es pertinente anotar que en la comuna de Curicó existe sólo un relleno sanitario autorizado por la autoridad medioambiental, el Guanaco, cuya obtención de permisos y construcción fue efectuada por la empresa ENASA S.A., y que actualmente es de propiedad de la empresa RESAM S.A., del mismo grupo empresarial.
4. El día 10 de Abril se efectuó el acto de apertura, limitándose a presentar ofertas las sociedades ENASA S.A. (que hasta esa fecha prestaba dichos servicios en la comuna) y DIMENSIÓN S.A., también del mismo grupo empresarial dueño del relleno el Guanaco¹. Las sociedades COINCA S.A., STARCO S.A. y SERVITRANS S.A., por su parte, se excusaron de efectuar propuestas.
5. En definitiva, se adjudicó la licitación la sociedad DIMENSION S.A. De ello dan cuenta el acuerdo N° 063-2007, el Decreto Exento N° 743, de fecha 19 de abril de 2007, el Decreto N° 264, de fecha 20 de abril de 2007 y el oficio ORD. 444 de fecha 23 de abril de 2007, remitidos a esta Fiscalía mediante OF. Nro 456, suscrito por el Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Curicó, que acompaño en el primer otrosí de esta presentación.

II. LA CONDUCTA DE LA REQUERIDA.

6. Las Bases de licitación han sido redactadas de manera tal que resultaba altamente improbable que participara y ganase la licitación una persona ajena al grupo ENASA.
7. En efecto, un tercero interesado debía considerar que, en caso de resultar adjudicatario, se vería expuesto al riesgo cierto de incurrir en

¹ Las sociedades DIMENSIÓN S.A., que resultó adjudicataria, ENASA S.A., que también ofertó, y RESAM S.A., propietaria del relleno sanitario Guanaco, forman parte del mismo grupo empresarial, el grupo ENASA, en los términos a que alude el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.

En efecto, el principal accionista de DIMENSIÓN S.A. es la sociedad INSER S.A., sociedad que a la vez es dueña del 50% de las acciones de RESAM S.A. Por otra parte, algunos de los principales accionistas del INSER S.A., a saber, los señores Víctor Petermman Letelier, dueño del 30% de las acciones, y Enrico Petermman Cinatelli, dueño del 14,9%, son a la vez titulares de más del 50% de las acciones de ENASA S.A.

una causal de término del contrato, pues debería subcontratar al menos la disposición final de los residuos, cuestión expresamente contemplada en las bases como causal de terminación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 letra h) de las Bases que señala que **dentro de las causales que facultan al Municipio para poner término unilateral a los servicios contratados, está la subcontratación de todo o parte de los mismos.**

8. Esta cláusula fue expresamente objetada por esta Fiscalía al Municipio requerido mediante ORD. 163, de fecha 22 de enero de 2007.
9. A lo anterior deben sumarse una serie de infracciones a las Instrucciones, todas funcionales al objetivo exclusorio, como se verá a continuación:
10. En primer lugar, de acuerdo al cronograma respectivo, las bases de licitación se publicaron en el portal Chilecompra el día 1° de marzo de 2007 y, los días 8 y 11 de marzo en los periódicos La Prensa y La Nación, respectivamente. Por su parte, la fecha contemplada para el cierre para la recepción de ofertas era el 10 de abril de 2007.

El plazo que media entre las publicaciones referidas y la fecha de cierre de recepción de las ofertas contraviene lo dispuesto en el Resuelvo 3° de las Instrucciones.

11. Seguidamente, contraviene el Resuelvo 6° de las Instrucciones el numeral “4. Participantes” de las bases administrativas especiales que sólo permiten que participe en la licitación las personas naturales o jurídicas que tengan experiencia acreditada **en el rubro**, para luego considerar dicha experiencia en la pauta de evaluación respectiva.

Asimismo, contraviene el Resuelvo ya señalado, la exigencia indicada dentro de los “documentos anexos”, que el Proponente debe acompañar, consistente un “Certificado o constancia bancaria del capital comprobado por un monto mínimo de \$300.000.000, con una

vigencia de 30 días y copia o fotocopia de la última declaración de renta.”

Por último, cabe hacer presente que el exiguo plazo existente entre la adjudicación y el inicio de los servicios (en la práctica, apenas 12 días), discrimina en favor de aquellos operadores que ya se encuentran ofreciendo el servicio, reduciendo injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación y en consecuencia la competencia, dadas las limitaciones para adquirir y/o arrendar camiones recolectores en tan breve lapso.

12. Por otra parte, contraviene el Resuelvo 7° de las Instrucciones, el apartado “8. Procedimiento de adjudicación y/o rechazo de las bases administrativas generales”, que establece que “La municipalidad de Curicó podrá rechazar todas las ofertas que no se ajusten a las bases o aceptar cualquiera que estime conveniente a los intereses municipales..” y que “Sin perjuicio de lo indicado mas arriba, las presentes bases facultan al Alcalde para presentar a consideración del Concejo, para su votación a una o mas ofertas por separado”.
13. Además, de acuerdo al formato de Declaración Jurada que los oferentes debían suscribir y acompañar para los efectos de participar en el proceso de licitación respectivo, el proponente declara bajo juramento, entre otros aspectos, “Renunciar automáticamente a formular cualquier reclamo contra la Municipalidad, con motivo o consecuencia de su decisión sobre la calificación de los oferentes, ya que esta decisión es privativa y discrecional, no susceptible de recurso o apelación alguna”.

Dicha renuncia infringe tanto lo dispuesto en el Resuelvo 7° como el Resuelvo 8° de las Instrucciones.

14. Por último, cabe consignar que si bien el Municipio remitió a esta Fiscalía en su oportunidad las bases de la “propuesta pública para la licitación del servicio de recolección de residuos domiciliarios, barrido de calle, aseo y disposición final en vertedero de la comuna de Curicó” ,

proceso que fue dejado sin efecto, no realizó dicha gestión en lo que respecta a las bases de licitación identificadas con el número 2439-23-LP07, que corresponden al proceso en definitiva adjudicado, infringiendo con ello lo dispuesto en el Resuelvo 9° de las Instrucciones.

15. Ahora, en su oportunidad, esta Fiscalía, mediante ORD. N° 1849, de fecha 28 de diciembre de 2006 informó a la requerida que, en su opinión, las bases no se ajustaban a los criterios establecidos en las Instrucciones y solicitó al señor Alcalde que las modificase.
16. Publicadas las referidas bases en el Portal Chilecompra (Licitación N° 2439-1-LP07), este organismo constató la persistencia de algunas de las disconformidades previamente informadas, razón por la que, mediante Ordinario N° 103, de fecha 22 de Enero de 2007, dio cuenta de ello al Municipio, solicitando la suspensión del llamado a licitación respectivo, y la consiguiente rectificación de las bases.
17. Tras haber dejado sin efecto el proceso de licitación respectivo, el Municipio remitió a esta Fiscalía, para su consideración, nuevas bases de licitación y otros documentos justificativos, respecto de las cuales esta Fiscalía formuló observaciones mediante Ordinarios N° 146 y 232, de fecha 30 de enero y 22 de febrero de 2007, respectivamente.
18. Las bases que en definitiva se publicaron y conforme a las cuales se desarrolló el proceso, hicieron caso omiso de estas observaciones, lo que no encuentra otra justificación que servir a la la finalidad exclusiva que se reprocha.

III. EL DERECHO.

19. Mediante el establecimiento de las cláusulas que componen las bases de la licitación Portal Chilecompra con el N° 2439-23-LP07, en especial el artículo 18 letra h), citado en el párrafo 7, la requerida ha buscado impedir y, de hecho, ha impedido que personas distintas del propietario del relleno sanitario "Guanaco", ubicado en la comuna de Curicó,

participaran y, eventualmente, se adjudicaran, el contrato de servicio de recolección, traslado de residuos domiciliarios, de ferias libres, servicios especiales y disposición final en relleno sanitario y el contrato de barrido de calles, recolección de montones, limpieza de sumideros de aguas lluvias, recolección de ramas, escombros, enseres, transportes y disposición final en relleno sanitario.

20. Con ello, la requerida ha impedido la competencia, infringiendo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, pues se ha impedido la competencia ex ante propia de un proceso de licitación, imposibilitando que empresas distintas del propietario del relleno sanitario o sus relacionadas puedan participar en el proceso respectivo.
21. Sobre esta materia, por lo demás, los organismos de defensa de la libre competencia han sido especialmente claros en reconocer el carácter de instalación esencial que tienen los rellenos sanitarios, para fomentar dicha competencia ex ante. En efecto, al prohibir expresamente al dueño de la instalación esencial –en este caso el relleno sanitario- la negativa de venta y la discriminación, se permite que en la competencia ex ante que tiene lugar en los llamados a licitación participen la mayor cantidad de actores posibles, incluidos, por cierto, aquellos que no son propietarios de un relleno.
22. Los principios antes expuestos han sido establecidos en numerosas resoluciones de las autoridades de defensa de la libre competencia, cobrando especial importancia la Resolución N° 650, que en su considerando 10° estableció 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, (...) 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 disposición de residuos sólidos domiciliarios.”.
23. Este mismo principio lo reitera el resuelvo 10° de las Instrucciones que dispone que “Las empresas que presten servicios en las etapas

intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios deberán otorgar igualdad de condiciones a todos los usuarios y clientes que le requieran tales servicios, sean o no sus competidores, absteniéndose de cualquier discriminación arbitraria”.

24. En el presente caso, las bases de licitación impiden, en la práctica, la presentación de ofertas por parte de empresas que no se encuentren verticalmente integradas, con lo cual se limita la competencia ex ante y se desconocen los beneficios que tiene para la misma el hecho de que puedan participar oferentes que no sean dueños de un relleno sanitario, pero que no obstante eso si pueden contratar ese servicio en condiciones no discriminatorias. En definitiva, solo permiten la participación de un agente determinado, a saber, el propietario del relleno sanitario, no existiendo ningún fundamento para ello.
25. Por otra parte, como se ha señalado, la requerida ha vulnerado diversos resueltos de las Instrucciones, pese a observaciones perentorias de esta Fiscalía, infracciones que han reforzado el efecto exclusorio que se reprocha y que impidió una efectiva competencia ex ante en este proceso.

POR LO TANTO,

Con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b, c) y d) del Decreto Ley N° 211 y en las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 del H. Tribunal, así como en las demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO tener por deducido requerimiento en contra de la Ilustre Municipalidad de Curicó, ya individualizada, acogerlo a tramitación y, en definitiva, hacerle lugar en todas sus partes, declarando que la requerida ha infringido el Decreto Ley N° 211 y las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 del H. Tribunal, poniendo término a los actos constitutivos de infracciones y aplicando a la requerida una multa de a 250 Unidades Tributarias Anuales o la que ese H. Tribunal estime prudente, con costas.

PRIMER OTROSI: Sírvasse el H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

- 1.- Copia de las presentaciones efectuadas ante esta Fiscalía por Coinca S.A., con fecha 10 y 11 de abril del año en curso.
- 2.- Copia del Res. N° 375, de fecha 11 de abril de 2007, dirigido al Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Curicó.
- 3.- Of. Nro 456, de fecha 25 de abril de 2007, por el cual el Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Curicó remite la información solicitada en Reservado individualizado en el numeral precedente.
- 4.- Copia de Ord. N° 1849, de fecha 28 de diciembre de 2006, N° 103, de 22 de enero de 2007, N° 146 de 30 de enero de 2007 y N° 232, de 22 de febrero del mismo año, dirigidos al representante de la Ilustre Municipalidad de Curicó.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía don Boris Santander Cepeda, doña Carolina Bawlitza Fores y Rosemarie Boeri Hein, 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.



ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO