

RECURSO DE RECLAMACIÓN



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CRISTIÁN R. REYES CID, abogado, por la requirente, en autos caratulados **"Requerimiento de la FNE contra Kiasa de Marco S.A. y Otros"**, Rol C N° 195-09, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N°211 ("DL 211"), en tiempo y forma, interpongo fundado recurso de reclamación para ante la Excm. Corte Suprema, en contra de la Sentencia N°118 dictada por ese H. Tribunal con fecha 9 de enero de 2012 y notificada a esta parte el 10 de enero del mismo año, la cual rechazó el requerimiento de autos (en adelante también la **"Sentencia Recurrida"**), solicitando que ella sea revocada y que se acoja, en definitiva, el requerimiento en todas sus partes, con expresa condena en costas. Lo anterior, de conformidad a los fundamentos de hecho, derecho y económicos que se pasan a exponer.

I. EL REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

1. Con fecha 27 de octubre de 2009, a fojas 177 y siguientes de autos, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, **"FNE"** o la **"Fiscalía"**) presentó un requerimiento en contra de (i) Kiasa Demarco S.A. (en adelante, **"KDM"**); y (ii) 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 (en adelante e indistintamente, **"los Municipios"** o las **"Municipalidades"**)¹.

¹ Con posterioridad, y de conformidad al artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se hicieron parte como terceros coadyuvante de la FNE, las empresas Proactiva Servicios Urbanos S.A. (**"Proactiva"**), quien es propietaria y operadora del relleno sanitario Santiago Poniente (fojas 3770), y Gestión Ecológica de Residuos S.A. (**"Gersa"**), quien desarrolla el Proyecto Planta de Tratamiento Integral de Residuos Cerros La Leona (fojas 3949).

2. El fundamento del requerimiento, que por medio de la presente reclamación se propone reconozca y establezca, consiste en que la ejecución de la **Cláusula Sexta** del "Contrato para el Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Municipales", y sus adhesiones posteriores, que facultaba a las partes del mismo para renovarlo de manera sucesiva e ilimitada en el tiempo, vulnera el artículo 3° del DL 211, por cuanto restringe la libre competencia al constituir un impedimento al ingreso de nuevos actores al mercado. El referido contrato, de fecha 16 de junio de 1995, fue celebrado entre cada uno de los Municipios y KDM, al que se sumaron adhesiones posteriores (en adelante, el "Contrato" y las "Adhesiones" respectivamente)².
3. En su Cláusula Quinta se establecía la vigencia del Contrato:

"El contrato tiene un plazo de vigencia de dieciséis años, contados desde el primero de agosto del año en curso...".
4. Por su parte, señala la mencionada **Cláusula Sexta**:

"El contrato será renovado automáticamente por periodos 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".
5. Faltando dos años para el término del Contrato, las requeridas enfrentaron la disyuntiva entre renovar el contrato con KDM o llamar a un nuevo proceso de licitación, resultando que 22 municipios y KDM manifestaron su voluntad, ya sea expresa o tácitamente de persistir en el mismo y renovarlo.

² Con fecha 16 de junio de 1995 se celebró el "Contrato para el Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Sólidos Municipales" entre KDM y algunas municipalidades. Posteriormente, entre los años 1996 y 2003, otros 10 municipios adhirieron a él, a saber, Providencia (9 de septiembre de 1996), Santiago (17 de septiembre de 1996), La Reina (13 de octubre de 1996), Ñuñoa (27 de noviembre de 1996), Curacaví (16 de octubre de 1998), San Joaquín (7 de abril de 2000), Llay-Llay (12 de mayo de 2000), San Miguel (10 de julio de 2001), La Cisterna (19 de diciembre de 2001) y Maipú (15 de diciembre de 2003).

6. La renovación por las requeridas no se realizó en base a un proceso competitivo que permitiera la concurrencia de nuevos actores o que los oferentes fueran elegidos en razón de menores precios y/o mejores servicios.
7. La ejecución de la Cláusula Sexta efectuada por las requeridas en la forma indicada impidió la libre competencia, siendo el mercado relevante afectado por tal conducta, el de los servicios de disposición final de residuos sólidos municipales en la Región Metropolitana.
8. El mercado afectado es especialmente sensible frente a las conductas que se imputan a las requeridas, atendido que se caracteriza por tener altos costos de entrada: (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.
9. Tales características se han traducido en que es un mercado de pocos oferentes y participaciones de mercado estables.
10. Adicionalmente, existen importantes economías de escala, lo que implica que los proyectos de disposición final requieren contar con un número mínimo de contratos para ser viables económicamente. De este modo sólo son rentables los competidores que ingresen en gran escala, lo que explica cómo la renovación de los Contratos puede impedir, o al menos, desincentivar el ingreso de nuevos competidores.
11. **Por ello, generar instancias de competencia para su ingreso, es la clave del desarrollo eficiente del mismo, que es lo que precisamente ha pretendido esta Fiscalía en autos, al solicitar que se deje sin efecto las renovaciones del Contrato y sus Adhesiones y se ordene a los Municipios a llamar a licitación.**
12. La renovación automática e indefinida del Contrato y sus Adhesiones por a lo menos dieciséis años, incluso *ad eternum*, rigidiza aún más este mercado, configurándose como una barrera artificial de entrada, que inhibe el desafío

competitivo de potenciales entrantes, en cuanto: (i) incrementa y consolida la posición de dominio de KDM; (ii) impide el ingreso de nuevos competidores; y (iii) genera pérdida de beneficios económicos -en términos de precios y/o calidad de servicio- y sociales al eliminar la presión competitiva de una licitación.

13. Como se observa, es la **ejecución de la Cláusula Sexta -y no su existencia-** lo que se impugna en autos, en cuanto **la renovación efectiva por parte de 22 municipalidades tiene la aptitud de producir los ya mencionados efectos, que impiden y restringen la libre competencia.**
14. Por todo lo anterior, se solicita que se acoja el requerimiento y, en definitiva, se declare que las requeridas han infringido el artículo 3° del DL 211, **dejando sin efecto la cláusula de renovación** por períodos de 16 años y ordenando que se restablezca la competencia mediante la **convocatoria a licitación pública** para la prestación de los servicios de disposición intermedia y final de los residuos sólidos de las municipalidades adscritas al mismo.

II. LA SENTENCIA

15. Con fecha 9 de enero de 2012, el H. TDLC dictó la Sentencia N° 118/2012, resolviendo:
 - (i) Rechazar las excepciones de incompetencia absoluta;
 - (ii) **Acoger la excepción de prescripción** opuesta por las requeridas;
 - (iii) **Rechazar por lo anterior el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica**, sin costas por haber tenido motivo plausible para litigar; y
 - (iv) **No pronunciarse** sobre las restantes alegaciones o defensas de las requeridas ni por lo expuesto en el fondo por esta Fiscalía, por ser incompatibles con la aceptada.
16. Como se observa, el único fundamento por el cual se rechazó el requerimiento de la FNE, fue por haber considerado el H. TDLC que la

conducta reprochada estaba **prescrita**. Dicho razonamiento parte de premisas erradas que conducen a conclusiones equivocadas, razón por la cual se vuelve necesaria la intervención de la Excma. Corte Suprema para que enmiende, en lo correspondiente y conforme a derecho, la Sentencia N°118.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

III.1. Razonamiento de la Sentencia Recurrida al acoger la excepción de prescripción

17. En primer lugar corresponde analizar el razonamiento sobre la prescripción, contenido en los Considerandos Decimocuarto a Vigésimo quinto:

17.1 Para determinar cuándo debe entenderse ejecutada la conducta contraria a la libre competencia, es necesario dilucidar si corresponde a los contratos que contienen la cláusula, o bien a una omisión consistente en no haber desahuciado el contrato a su vencimiento³.

17.2 La decisión de las requeridas de renovar los Contratos no puede aislarse del establecimiento de la cláusula que permite hacerlo⁴.

17.3 **No corresponde confundir la conducta ilícita que es objeto del reproche con los efectos perniciosos de la misma**, pues las conductas infraccionales que se efectúan en un momento determinado de tiempo se entienden cometidas en dicho instante⁵.

17.4 En opinión del H. Tribunal en el caso *sub lite*, *"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*

³ Considerando Décimo cuarto.

⁴ Considerando Décimo sexto.

⁵ Considerando Décimo séptimo [énfasis agregado].

Adhesiones, y es desde ese momento que, en este caso, debe empezar a contarse el plazo de prescripción⁶.

Por tanto, concluye ese H. TDLC que todas las condiciones para ejercer el requerimiento se habrían cumplido desde que se pactó el Contrato y sus Adhesiones.

17.5 En conclusión, la Sentencia Recurrída estima que cuando se notificó el requerimiento durante los años 2009 y 2010, ya había transcurrido el plazo de prescripción, que corresponde a dos años de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 del DL 211 vigente a esa fecha, debido a que el Contrato y sus Adhesiones fueron celebrados entre los años 1995 y 2001.

III.2. Análisis de los errores que contiene la Sentencia Recurrída

18. A juicio de esta Fiscalía, la conclusión a la que llega la Sentencia Recurrída es errada y contraria a derecho, cometiendo dos errores importantes en sus premisas. **Primero**, se equivoca al determinar *cuál* es el hecho jurídico cuestionado por la FNE y, **segundo**, yerra al estimar *cuándo* se cumplieron todos los requisitos para que se configurara una infracción al artículo 3° del DL 211 y, por tanto, para que esta Fiscalía pudiera accionar en busca de restablecer la libre competencia en el mercado afectado.

III.2.1. Primer error: Entender que la conducta anticompetitiva es la celebración del Contrato y sus Adhesiones que contenían la Cláusula Sexta de renovación automática

- a) La conducta reprochada es la decisión de las requeridas de renovar el Contrato, esto es, la ejecución de la Cláusula Sexta y no su establecimiento.

19. Sostiene la Sentencia Recurrída, en el Considerando Décimo octavo, que "la conducta reprochada es la celebración del contrato que contiene la cláusula de renovación automática (...)" [énfasis agregado].

⁶ Considerando Décimo octavo [énfasis agregado].

20. Sin embargo, a lo largo del proceso, esta Fiscalía ha sido enfática en señalar que el hecho anticompetitivo que se reprocha es la voluntad, expresa o tácita, de las requeridas de ejecutar la Cláusula Sexta, en cuanto implicó la renovación del Contrato y la creación de barreras a la entrada en el mercado relevante, hecho que quedó firme el 1° de agosto de 2009.
21. De acuerdo a los antecedentes acreditados en estos autos, la omisión de los municipios y KDM de dar aviso de término del Contrato y sus Adhesiones, cumple con todos los requisitos necesarios para constituir una conducta susceptible de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, en los términos del artículo 3° del DL 211, a saber⁷:

- a. Se trata de un hecho de **significación jurídica**: Tal como el envío de un aviso a KDM manifestando la decisión de no prorrogar es un hecho jurídicamente relevante, también lo es el hecho contrario, esto es, la omisión de dar aviso (silencio) que manifiesta la voluntad seria e inequívoca de renovar el Contrato.

En efecto, por un lado, en decisiones anteriores los tribunales competentes ya le dan valor al silencio como hecho constitutivo de una infracción a la libre competencia⁸.

Por otro lado, en este caso la propia ley del Contrato le ha dado significación jurídica y efectos a dicho silencio como manifestación de la voluntad, en un tiempo delimitado.

En todo caso, tampoco es una voluntad particular la que se pretende sancionar, sino la renovación entre 22 municipios y KDM, lo que se erige como una barrera artificial al ingreso del mercado.

⁷ Mayor detalle de esta argumentación puede encontrarse en el escrito de "Se tenga presente en relación a informe en derecho (...)", presentado por esta Fiscalía (fojas 4854 y siguientes).

⁸ A modo ejemplar, en la Sentencia N°57/2007 del H.TDLC caratulada "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otras": "Que tal doctrina tiene plena aplicación al caso de autos, pues en éste se trata de determinar la época de ejecución de un supuesto acuerdo entre competidores respecto de, a lo menos, una de las condiciones de comercialización de un producto (la cobertura de carátula). Si se considera que la decisión concertada habría consistido en dejar de hacer algo (ofrecer planes 100/80) y en hacer otra cosa en su reemplazo (ofrecer planes 90/70), resulta evidente que, en caso de existir colusión, tanto la omisión como la acción antes descritas requerirían de la voluntad concertada, constante y permanente de quienes las ejecuten para poder mantenerse y ser efectivas" (Considerando Vigésimo primero) [énfasis agregado].

- b. Se trata de un hecho **delimitado temporalmente**: La propia Cláusula Sexta contempla un plazo específico para que se manifieste la voluntad de renovar o no, esto es, al menos con **dos años de anticipación a la fecha original de término del contrato** o de sus renovaciones posteriores, lo que ocurrió el 31 de julio de 2009⁹.

Como consecuencia, el hecho imputado era ya imposible de revocar el 1° de agosto de 2009.

Por tanto, es en tal fecha -hito preciso y determinado- en que queda firme la decisión de renovar, produciéndose entonces la vulneración a la libre competencia y empezando, por tanto, a correr la prescripción.

- c. Se trata de un hecho **susceptible de ser probado**: Fue acreditado en autos, ya sea por medio de la confesión de algunas municipalidades¹⁰, o bien por medio de prueba documental, que los Municipios manifestaron su voluntad de renovar o no el Contrato¹¹.
- d. Se trata de un hecho **distinto de la convención misma**, tal cual se verá a continuación.

- b) La celebración del Contrato que contiene una cláusula de renovación es jurídicamente diferenciable de la aplicación de dicha cláusula, no constituyendo ésta última un efecto o consecuencia natural de aquél.

22. Sostiene la Sentencia Recurrida que la renovación del contrato *"no puede aislarse del establecimiento de la cláusula o estipulación que permite hacerlo"* y que, en consecuencia, *"el ejercicio de los derechos y obligaciones*

⁹ A excepción de algunas de las municipalidades que adhirieron después, a saber, la Municipalidad de Santiago y de La Reina, cuyos contratos terminan el año 2012. Por lo tanto, el plazo de prescripción en relación a dichos municipios debe comenzar a contarse desde el 1° de julio de 2010 y el 1° de noviembre de 2010, respectivamente.

¹⁰ Por ejemplo, contestación de la Municipalidad de San Miguel (fojas 315 y ss.) y contestación de Municipalidad de Las Condes (fojas 399 y ss.).

¹¹ Constituida por Certificados emanados del Secretario Municipal respectivo, por actas de sesiones del Consejo Municipal, Decretos Alcaldicios, etc. Véase por ejemplo fojas 392 y ss. en el caso de la Municipalidad de Las Condes; fojas 817-818 en el caso de la Municipalidad de Providencia; fojas 2717 en el caso de la Municipalidad de Vitacura y fojas 2186 en el caso de la Municipalidad de Independencia.

*que un contrato libremente pactado establece para las partes es el efecto natural del mismo y no puede, por tanto, cuestionarse el ejercicio de tales derechos sin atacar la fuente de los mismos*¹².

23. Como cuestión preliminar cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico permite que ciertas cláusulas contractuales sean dejadas sin efecto, sin que se afecte al contrato mismo, el cual continúa siendo válido. Por lo anterior, no es efectivo el supuesto de que no pueda cuestionarse el ejercicio de una cláusula particular sin atacar al contrato que la estipula.
24. Sin perjuicio de ello, y a diferencia de otras cláusulas, la ejecución de la Cláusula Sexta se encontraba diferida a un momento distinto a aquel de la suscripción del Contrato. De hecho, jurídicamente no era posible su ejercicio en dicho momento, requería necesariamente la manifestación de una nueva voluntad, con un propósito específico y en un plazo y tiempo determinado.
25. En consecuencia, es posible distinguir dos hechos jurídicos diferenciables: **Primero**, concurrir a la suscripción de un contrato el cual, entre otras, contenía una cláusula que definía una fecha distinta para renovarlo o no, siendo ambas alternativas igualmente válidas y probables.
26. **Segundo**, un hecho posterior que supone el ejercicio del derecho establecido en la cláusula sexta, a través de una manifestación de voluntad distinta y específica a la de la suscripción del contrato original.
27. Entre ambos hechos jurídicos se observan características muy distintas: el ejercicio de la cláusula debe ser hecho **(i)** de una *forma* diferente (dar aviso por instrumento público y notificarlo por notario a la otra parte en caso de no renovar, u omitir tal aviso si así no lo fuere); **(ii)** en una *época* diferente a la voluntad que dio origen el contrato (2 años antes a la fecha original de término del Contrato o de sus renovaciones posteriores); y **(iii)** con un *propósito* distinto (renovar el Contrato hasta, a lo menos, el año 2027 o ponerle término).

¹² Considerando Décimo sexto.

28. Tales diferencias, desconocidas u omitidas por la Sentencia Requerida, se reflejaron en la práctica, pues consta en el proceso que la renovación fue decidida con posterioridad a la fecha de celebración del Contrato y requirió una decisión, explícita o implícita, que estaba específicamente encaminada a manifestarse sobre la renovación.
29. Así por ejemplo, en el caso de las Municipalidades de Santiago, La Reina y Curacaví, en el período previo a la fecha de expiración del Contrato no se había tomado una decisión explícita sobre la renovación¹³, ello derivó en una manifestación *implícita* de renovar el mismo.
30. En el caso de otras quince Municipalidades, la decisión de renovación fue *explícita*, pues ocurrió por medio de actos que de manera expresa manifestaron el año 2009 su voluntad de renovar el Contrato, por ejemplo, a través de una sesión especial en el Consejo Municipal¹⁴.

¹³ A fojas 2497 consta Certificado de fecha 12 de noviembre de 2010, que da cuenta que el Consejo Municipal de Santiago "no ha tenido en Tabla, no ha tratado en Sala, ni tampoco ha resuelto al respecto, sobre la renovación del contrato de concesión para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos", suscrito por el municipio en Septiembre de 1996. A fojas 2247 consta idéntico Certificado de la Municipalidad de La Reina de 14 de diciembre de 2010 y a fojas 2775 el de la Municipalidad de Curacaví, de fecha 13 de Diciembre de 2010.

¹⁴ (i) A fojas 1616 el Consejo Municipal de Providencia aprueba la renovación del contrato suscrito con KDM.

(ii) A fojas 2076, consta que la Ilustre Municipalidad de San Miguel acordó recomendar la mantención del contrato de adhesión (con KDM).

(iii) A fojas 2478 consta la aprobación de la renovación del contrato del Consejo Municipal de Conchalí con fecha 28 de julio de 2009.

(iv) A fojas 2396, consta acuerdo acerca de la aprobación de la renovación con KDM de la Municipalidad de Pudahuel de fecha 24 de julio de 2009

(v) A fojas 395 consta el acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Las Condes de fecha 28 de julio de 2009.

(vi) A fojas 1656, se acompaña acta de sesión del concejo municipal de Renca, de 31 de julio del 2009, en que se aprueba la renovación del contrato con KDM.

(vii) A fojas 2251, se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad Lo Bamechea de fecha 18 de junio de 2009.

(viii) A fojas 2687 se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Vitacura de fecha 27 de julio de 2009.

(ix) A fojas 2777 se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Cerro Navia.

(x) A fojas 2550 se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Lampa de fecha 24 de julio de 2009.

(xi) A fojas 2825 se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Colina de 25 de julio de 2009.

31. Adicionalmente existe una consideración práctica que confirma la tesis de esta Fiscalía, que es el hecho de que la calidad del servicio prestado y la existencia de otros oferentes, sólo era verificable *ex post*, esto es, después de celebrado el Contrato y prestado el servicio¹⁵.
32. Por tanto, además de insostenible jurídicamente, habría sido económicamente injustificado y hubiere constituido un comportamiento negligente por parte de las municipalidades, el haber tomado la decisión de renovar el Contrato a la fecha de su celebración. Por lo demás, lo lógico es que las autoridades de los municipios, así como sus consejeros, en los próximos 16 años pudieran tomar una decisión independiente y no vinculante de la manifestada por aquel que suscribió el Contrato.
33. Finalmente, a diferencia de lo señalado por la Sentencia Recurrida en su Considerando Décimo noveno¹⁶, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sentencia N°76 del H.TDLC confirma lo señalado por esta Fiscalía en estos autos, por cuanto sostiene que el plazo de prescripción no se cuenta desde la celebración del reglamento (o contrato), sino desde su aplicación práctica, extrapolable a la aplicación de la Cláusula Sexta en el caso de autos.
34. ¿Por qué? Porque es la aplicación del reglamento lo que implica un acto contrario a la libre competencia, como lo explicita la Excma. Corte Suprema:

(xii) A fojas 2720 se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Quilicura de 1 de julio de 2009.

(xiii) A fojas 2597 se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Lo Prado de fecha 21 de julio de 2009.

(xiv) A fojas 2227 se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Recoleta de fecha 21 de julio de 2009.

(xv) A fojas 2187 se acompaña acuerdo que aprueba la renovación del contrato con KDM de la Municipalidad de Independencia de fecha 14 de julio del 2009.

¹⁵ Véase informe económico de Rodrigo Harrison titulado: "*Cláusula de renovación de Contratos: Incentivos y efectos en bienestar. Aplicación al caso de KDM*", rolante a fojas 4361 y siguientes.

¹⁶ "*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, 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.*"

"UNDÉCIMO: Que el acto atentatorio de la libre competencia aparece constituido en la especie por la **imposición de precios** fijados realizada en forma discriminatoria, por E.F.E., con abuso de su posición dominante dentro del mercado, **en aplicación del Reglamento interno** establecido para la determinación del valor de los servicios de **atrasos** (...).

Queda así descartado, por carecer de fundamento en la ley, la alegación de la empresa demandada en orden a que el plazo de la prescripción debía contarse desde la dictación del referido Reglamento Interno".¹⁷ [énfasis agregado].

35. La Sentencia N°117 del H. TDLC¹⁸ sigue el mismo criterio, en orden a que el plazo de prescripción no se cuenta desde la celebración del contrato, sino desde que se produce efectivamente el atentado contra la libre competencia:

"Trigésimo primero. Que en vista de lo razonado precedentemente también debe rechazarse la defensa de la requerida en cuanto a que el plazo de prescripción de la acción persecutoria debe computarse desde la fecha de celebración del AIA -26 de diciembre de 2006- pues en ese momento tan sólo se acordó que LMC (por vía de LME) adquiriría en el futuro acciones de DTVGI (y, en cascada, de su filial DirecTV Chile) sólo una vez que se contase con la aprobación de las autoridades regulatorias de los Estados Unidos de América, lo que ocurrió finalmente en febrero de 2008, produciéndose el intercambio efectivo de acciones previsto en el AIA -tal como ha sido establecido- el día 26 de febrero de 2008 (...)"

36. Así, si la decisión de renovación se hubiera tomado a la fecha de celebración del Contrato o fuera sólo una consecuencia natural de éste como razona el H. Tribunal, ya desde la suscripción del Contrato se hubiera considerado una vigencia de 32 años o más, y la Cláusula Sexta sería inútil.

¹⁷ Excma. Corte Suprema, conociendo de reclamación de Sentencia N°76 caratulada "Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE", Rol de Ingreso Corte N° 6978-2008, Considerando Undécimo.

¹⁸ Caratulada "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra John C. Malone" de 29 de diciembre de 2011.

- c) De confirmarse la Sentencia Recurrída y mantenerse la vigencia de la Cláusula Sexta, la afectación a la libre competencia en el mercado relevante podría mantenerse eternamente.
37. Ahora bien, el hecho de que las requeridas hubieren ejecutado la Cláusula Sexta, y ésta tenga como fuente un acto jurídico bilateral, libremente acordado por las partes, ello no significa que no sea susceptible de ser impugnada por el DL 211, al ser una norma de orden público económico, que impone limitaciones a la autonomía privada en la medida que permite, por ejemplo, modificar o poner término a actos, contratos o acuerdos en cuanto sean contrarios a la libre competencia (artículo 26).
38. A diferencia del derecho civil, que por regla general no permiten dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado, en libre competencia el análisis no se limita a si un contrato fue o no válidamente celebrado, o una determinada cláusula era o no anticompetitiva al momento de ser establecida, pues es posible que con posterioridad -por ejemplo, porque su ejercicio esté diferido en el tiempo o bien, debido a nuevas condiciones de mercado- una cláusula o su aplicación se vuelva anticompetitiva.
39. En tal caso, el deber de promover y defender la libre competencia en los mercados, obliga a perseguir y adoptar medidas tendientes a restablecerla, tanto por parte de esta Fiscalía como de los tribunales competentes, cada uno dentro del ámbito de sus atribuciones.
40. De lo contrario, llevando al extremo el criterio sustentado en la Sentencia Recurrída, se podría caer 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. En tal caso, habiendo transcurrido los plazos de prescripción relativos a las fechas de suscripción de tales instrumentos, los organismos de defensa de la libre competencia ya no podrían iniciar acción alguna para conocer de tales conductas, legitimando acciones infraccionales de manera permanente en el tiempo.

41. Así, existe un riesgo cierto que, de no acogerse el presente recurso de reclamación y dejar subsistente la aplicación de la Cláusula Sexta, el Contrato podrá seguir renovándose sucesivamente por 32, 48, 64 años más, o incluso *ad eternum*, con los consiguiente efectos anticompetitivos en el mercado, sin que las autoridades competentes puedan intervenir para restablecer la libre competencia y posibilitar el ingreso de competidores a dicho mercado.
42. Por su parte, lo que solicita esta Fiscalía de conformidad con el DL 211 está en directa armonía con la normativa administrativa que rige a los Municipios, que las obliga a convocar a licitación pública y les prohíbe establecer cláusulas de renovación automática, salvo casos excepcionales, justamente porque involucran recursos públicos que van más allá del período del alcalde de turno¹⁹.
43. Así, lo más grave de ello es que actualmente la celebración de un contrato como el que se ha renovado en autos sería ilícito, al infringir abiertamente normativas orgánicas constitucionales.
44. En este sentido, por un lado, el artículo 9° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ("Ley 18.575"), establece que los contratos administrativos se celebrarán "previa propuesta pública" y que éste se regirá por los "principios de libre concurrencia de los oferentes (...) y de igualdad"²⁰.
45. Por otro lado, el artículo 8° de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades ("LOC Municipalidades") establece que la celebración de

¹⁹ Como ha señalado la Contraloría General de la República, "los órganos del Estado de que se trata son las Municipalidades, cuyas autoridades -alcaldes y concejales- son elegidos para ejercer sus funciones por un período determinado. Tal afirmación resulta concordante, por lo demás, con la intención o espíritu de la ley manifestado, como se ha señalado, en su historia fidedigna, y con el principio de racionalidad de las decisiones de las autoridades públicas, ya que esa Administración es la que se encuentra en mejores condiciones para evaluar el desempeño de la concesionaria durante el tiempo de vigencia de la concesión y para decidir, de acuerdo al mejor resguardo de los intereses municipales, si renueva o no la concesión". Dictamen N°30.318 de 2004 (fs. 3491 y siguientes.).

²⁰ "Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato" (artículo 9°, incisos primero y segundo de la Ley 18.575).

contratos y el otorgamiento de concesiones para determinados servicios municipales, deben adjudicarse previa licitación pública, y que dichas licitaciones deben someterse a la Ley de Compras Públicas²¹.

46. Finalmente, el artículo 65 letra j) de la LOC Municipalidades establece que el alcalde requerirá del acuerdo del Concejo para *"Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término. En todo caso, las renovaciones solo podrán acordarse dentro de los seis meses que precedan a su expiración (...)"* [énfasis agregado].
47. Por su parte, la Contraloría General de la República, a través una serie de dictámenes, ha señalado que las cláusulas de renovación automática son excepcionales y sólo se admiten si se explicitan *"en las bases administrativas las razones específicas que justifican introducir una cláusula de renovación, no siendo procedente incorporar causales de carácter general"*²².

III.2.2. Segundo error: 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

- a) La sola existencia de la Cláusula Sexta al momento de celebrar el Contrato tenía la aptitud objetiva para afectar la competencia

48. La Sentencia Recurrída en su Considerando Vigésimo primero, estableció que: *"[T]odas 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"*.
49. Como ya se ha señalado, resulta artificioso sostener que la decisión de renovar estaba tomada desde la fecha de celebración del Contrato y que, por tanto, ése sería el hecho cuestionado. Por lo mismo, no era posible requerir al momento de su celebración.

²¹ Ley 19.886.

²² Dictamen N° 49.053 de 2007, siguiendo el criterio del Dictamen N°13.470 del mismo año.

50. Sin perjuicio de lo anterior, además no era jurídicamente correcto requerir en ese momento, por cuanto el sólo establecimiento y existencia de la Cláusula Sexta se asemeja a un acto preparatorio ya que *ex ante* y en sí misma, no es ilícita ni anticompetitiva²³.
51. En efecto, cuando se celebró el Contrato, la Cláusula Sexta contenía una **mera expectativa o contingencia** que no era suficiente para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, ni siquiera para tender a ello. El derecho no puede sancionar ni lo probable ni lo conjetural.
52. La figura anticompetitiva del artículo 3° del DL 211 ha recogido este tipo de ilícitos de peligro como aquellos que "tiendan" a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Se entiende que *"la tendencia alude a la aptitud causal (...) que han de tener aquellas formas jurídicas para vulnerar la libre competencia. (...) Este es el sentido natural y obvio del término 'tender', que significa referirse a una cosa en algún término, esto es, que los hechos, actos o convenciones tengan eficacia causal o productiva respecto de un resultado, consistente en la especie en un resultado de colocar en peligro la libre competencia"*²⁴.
53. Como se ve, la **aptitud o idoneidad** para producir efectos contrarios a la libre competencia es un requisito mínimo que debe concurrir para que se configure una infracción al DL 211. Este requisito ha sido recogido tanto por

²³ Esto es plenamente coherente con la doctrina penal, en el sentido de que los actos preparatorios deben ser perseguidos sólo cuando expresamente están punidos por el legislador. En caso contrario, sólo puede sancionarse con el principio de ejecución. Como señalan Muñoz Conde y García Arán, *"el ámbito de lo punible comienza cuando el sujeto 'da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores'. Todo lo que no llegue a la categoría de ejecución del tipo delictivo en cuestión no podrá ser considerado como tentativa y deberá, por tanto, ser excluido del ámbito de lo punible"* [énfasis agregado]. MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 431.

Esta doctrina es aplicable en materia administrativa, pues como los ilícitos anticompetitivos del artículo 3° del DL 211 son una manifestación del llamado Derecho Administrativo Sancionador del Estado, muchas de las instituciones del derecho penal son extrapolables a la sede de libre competencia. Sin perjuicio de ello, cabe hacer presente el bloque de garantías constitucionales materiales y formales del orden penal no se trasladan *in totum* al campo de las sanciones del Derecho de la libre competencia, sino que existe una diferencia de intensidad. Véase al efecto HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, p.359 y siguientes.

²⁴ VALDÉS PRIETO, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 275.

la jurisprudencia del H. Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, al exigir que los ilícitos anticompetitivos, como mínimo, deben tener una "aptitud objetiva" de producir los efectos anticompetitivos, que es lo que significa el que "tiendan" a producir estos efectos.

54. Así por ejemplo, a propósito del ilícito específico de colusión, la Excma. Corte Suprema ha señalado:

*"[S]e requiere demostrar la existencia del acuerdo entre los competidores, su incidencia en algún elemento relevante de la competencia y **su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a ella, esto es, capacidad para restringirla**".²⁵ [énfasis agregado].*

55. Por tanto, siendo coherente con la jurisprudencia en la materia, para que la sola celebración del Contrato y de la cláusula pudiera haber sido cuestionado en sede de libre competencia, se hubiera requerido que en ese entonces existiera cierta idoneidad de la cláusula para poder impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.
56. Sin embargo, el hecho que tres municipalidades -Maipú, Huechuraba y San Joaquín, que no fueron requeridas en autos- optaran por no renovar²⁶, confirman que al momento de la suscripción del Contrato ambas alternativas eran igualmente plausibles y válidas.
57. Ahora bien, cabe preguntarse cuándo la cláusula tuvo aptitud causal para poner en peligro la libre competencia o, en otras palabras, cuándo concurrieron todas las condiciones para poder deducir el requerimiento.

²⁵ Considerando Quinto, Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol Ingreso Corte, N° 96-09, que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°79 del H. TDLC. En un sentido similar véase el Considerando Octavo, Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol Ingreso Corte, N° 5.937-2008, que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°74 del H. TDLC.

²⁶ "Declara voluntad de no prorrogar el contrato, de Municipalidad de San Joaquín a KDM S.A." (fs.147 y ss.); "Manifiesta voluntad de no renovar el contrato denominado 'Tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales', de Ilustre Municipalidad de Maipú a KDM S.A. (fs.149 y ss.) y "No renovación contrato para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales" de Municipalidad de Huechuraba a K.D.M. S.A. (fs.152 y ss).

58. **En primer lugar**, era necesario que las municipalidades aplicaran la cláusula, manifestando su voluntad de renovar o no el Contrato. Esto ocurrió el 1° de agosto de 2009, pues en dicha fecha quedó firme su voluntad.
59. **En segundo lugar**, cuando las manifestaciones de voluntad de las requeridas fueron aptas para restringir la competencia, esto es, cuando conformaron barreras de entrada a ese mercado. También esto ocurrió el 1° de agosto de 2009²⁷.
60. Si hipotéticamente sólo 3 municipalidades hubieran renovado el Contrato y no 22 como ocurrió, ¿hubiera sido en tal caso anticompetitiva la aplicación de la cláusula? Probablemente no, porque no habría tenido aptitud para afectar la competencia, ya que no implicaba una consolidación de la posición de dominio de KDM, con riesgo de que abusara de ella, ni creaba barreras de entrada sustanciales.
61. Esto explica el que no se haya pedido multa u otra sanción para las requeridas, porque la decisión de renovar por parte de cada uno de los municipios no puede considerarse independientemente, sino que era necesario apreciarlas en su conjunto para estimar si se tendía o no a afectar la libre competencia.
62. Asimismo, este análisis *ex post* de la aptitud de la cláusula para afectar al bien jurídico orden público económico, sólo podía realizarse atendiendo a las condiciones de mercado específicas de ese momento, las cuales eran muy diferentes a las consideradas en principio, al celebrar el Contrato.
63. *Por un lado*, porque cuando se celebró el Contrato Original existía una emergencia sanitaria, siendo prácticamente KDM la única alternativa viable y disponible. En cambio, al momento de la renovación habían nuevos oferentes dispuestos a prestar el servicio de tratamiento y disposición de

²⁷ Si bien hubo dos municipalidades (Santiago y La Reina) que tomaron la decisión de renovar con posterioridad (julio de 2010 y noviembre de 2010), ello no afecta las conclusiones señaladas, en cuanto las decisiones que habían quedado firme al 1° de agosto de 2009 ya tenían la aptitud de producir efectos anticompetitivos.

residuos sólidos²⁸. Ellos son (1) la empresa Proactiva, con el Relleno Sanitario Santiago Poniente; (2) el Consorcio Santa Marta, con el Relleno Sanitario Santa Marta; y (3) la empresa Gersa, con la Planta de Tratamiento Integral de Residuos Cerros La Leona²⁹.

64. En consecuencia, es al momento en que las requeridas optan por la renovación del Contrato que se crea una barrera cierta para que otros actores puedan entrar a competir por la cancha, pues un 50,8% de la demanda del mercado relevante queda cautiva para KDM.
65. Por otro lado, cuando se decidió renovar el Contrato existían mejoras tecnológicas disponibles en este mercado y un aumento en las exigencias ambientales, beneficios que dejaron de percibirse al no existir una licitación que obligase a competir por prestar más y mejores servicios.
66. Del mismo modo, se deja en evidencia el error del Considerando Vigésimo primero de la Sentencia Recurrída, ya que es absolutamente irrelevante para autos el hecho de que la FNE haya tomado anteriormente conocimiento efectivo del Contrato y de sus términos.
- b) La prescripción debe contarse desde que la voluntad de renovación del Contrato quedó firme, esto es, desde el 1 de agosto de 2009.
67. Por último cabe hacer presente que reiteradamente la jurisprudencia ha señalado que el plazo de prescripción comienza a correr desde el término de la "ejecución" de la conducta anticompetitiva³⁰.

²⁸ Por lo cual han participado en las licitaciones de las municipalidades que optaron por no renovar como Huechuraba. Véase por ejemplo fojas 4120 y siguientes.

²⁹ Véase (a) Informe del Servicio de Evaluación ambiental, Ord.70 de 11 de enero de 2011, fs. 3466 y siguientes; (b) Carta Proactiva a la Municipalidad de San Miguel de 28 de mayo de 2008, a fojas 1604; y (c) declaración del testigo Antonio Quer, gerente general de Gersa de 25 de noviembre de 2010 a fojas 2113 y siguientes.

Por lo demás, el propio informante de KDM, don Gabriel Bitrán, ha señalado que "en el caso del Gran Santiago: (hay espacio para) hasta 4 competidores eficientes" (Fojas 4308).

³⁰ Véase sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol de Ingreso Corte N° 3732-2007 que falló que el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°55/2007 caratulada "Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A.", Considerando décimo quinto. Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol de Ingreso Corte N° 6.545-2.008 sobre Sentencia N°75, caratulada "Demanda de Atrex y otros contra SCL", Considerando tercero.

68. Los tribunales competentes han entendido el verbo "ejecutar" en su sentido natural y obvio en los términos en que lo define el Diccionario de la Real Academia Española, esto es, como '*poner por obra algo*', esto es, según su etimología, '*consumir, cumplir*' una acción o conducta determinada³¹.
69. Como se observa en base a lo anteriormente señalado, no era posible cumplir o consumir la Cláusula Sexta al momento de su celebración, sino solamente en la oportunidad establecida para su ejercicio.
70. ¿Cuándo terminaba su cumplimiento o ejecución? Según la jurisprudencia del H. Tribunal, confirmada por la Excm. Corte Suprema, en el momento en que termina de manifestarse la voluntad que da origen y mantiene el acto anticompetitivo. En otras palabras, **cuando la manifestación de la voluntad queda firme y cualquier modificación posterior carece de utilidad**³².
71. Así por ejemplo señala el H. Tribunal en su Sentencia N°112³³:

"[L]as conductas reprochadas se agotan desde el momento en que se presentan las ofertas al proceso de licitación respectivo, pues es en ese momento en el que cesa la acción colusiva relevante. Una vez presentada la oferta no cabe a los coludidos más que esperar el resultado de la adjudicación, y los actos anteriores a dicha

³¹ Véase Sentencia TDLC N° 42 caratulada "Requerimiento de la FNE contra Integramédica S.A." y Sentencia TDLC N°57 caratulada "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y Otros" (Considerando vigésimo).

³² Así el H. TDLC ha establecido: "Que tal doctrina tiene plena aplicación al caso de autos, pues en éste, se trata de determinar la época de ejecución de un supuesto abuso, consistente en la imposición de precios que resultan excluyentes de la competencia gracias a una posición dominante, y resulta evidente que tal acción requiere de la voluntad constante y permanente de quien la ejecute para poder mantenerse y ser efectiva. En otros términos: si la empresa dominante cesa en su voluntad de cobrar precios abusivos, sólo entonces puede entenderse que ha cesado la infracción sometida a conocimiento de este Tribunal, y sólo entonces comenzaría a correr el plazo de prescripción". [énfasis agregado] Sentencia N° 55 caratulada "Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A.", Considerando undécimo.

La Excm. Corte Suprema confirma el razonamiento anterior: "Que el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 en su inciso tercero, dispone que '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'. Es decir, el término debe contabilizarse desde la ejecución de las conductas, lo que en la especie ocurre día a día, mientras las requeridas mantengan el cobro abusivo por el servicio de transporte desde el aeropuerto hasta las bodegas de la Empresa Portuaria Austral." (Rol de Ingreso Corte N° 3732-2007, Considerando décimo quinto).

³³ Causa caratulada "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Limitada y otras".

presentación -como lo serían, en la especie, los contratos de cesión celebrados entre las requeridas- son sólo preparatorios de la misma³⁴ [énfasis agregado].

72. Es decir, ese H. TDLC ha considerado, respecto de contratos a plazo fijo con renovación automática, que debe tomarse como inicio del cómputo de prescripción el momento que quedó firme la voluntad para incurrir en el comportamiento anticompetitivo de que se trate -en la especie, renovar el contrato-, y que los actos anteriores a esto, son solo actos preparatorios.

IV. CONCURREN TODOS LOS REQUISITOS PARA CONFIGURAR UNA INFRACCIÓN AL DL 211, DEBIENDO S.S. DEJAR SIN EFECTO LA CLÁUSULA DE RENOVACIÓN Y ORDENAR SE LLAME A LICITACIÓN

73. Considerando esta Fiscalía que debe rechazarse la excepción de prescripción, se solicita a la Excma. Corte Suprema que deje sin efecto la Sentencia Recurrída, y que en su reemplazo dicte una nueva que acoja el requerimiento de esta Fiscalía, por cuanto han concurrido todos los requisitos legales para configurar la infracción anticompetitiva, como se expone.

IV.1. La Excma. Corte Suprema es competente para conocer del presente recurso de reclamación

74. El requerimiento de esta Fiscalía fue interpuesto ante tribunal competente, como bien lo sostuvo la Sentencia Recurrída al rechazar la excepción de incompetencia absoluta, estimando que *"el Decreto Ley N°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 (...)"* (Considerando Cuarto).
75. Por lo anterior, tal como lo ha señalado la jurisprudencia³⁵, la Excma. Corte Suprema es competente para conocer del presente recurso de reclamación.

³⁴ Considerando décimo tercero.

³⁵ Véase por ejemplo Sentencia N° 91 del H. Tribunal, Considerandos Séptimo y Décimo quinto, y Sentencia de la Excma. Corte Suprema N° 7.796-2008, recalda sobre la Sentencia del H. Tribunal N°77, caratulada *"Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó"*, Considerando Sexto.

IV.2 La decisión de renovar el Contrato por parte de 22 municipios y KDM, conlleva efectos actuales y/o potenciales que son contrarios para la libre competencia en el mercado relevante

IV.2.1 Incremento o mantención de posición dominante y creación de barreras de entrada

76. La renovación ha significado el efecto actual y cierto de crear una barrera de entrada hasta el año 2027, de modo que el 50,8% de la demanda de la Región Metropolitana estará cautiva por KDM, **al menos** por 16 años más³⁶.
77. Si bien la celebración del Contrato y sus Adhesiones ocurrió en un estado de emergencia sanitaria, en que no existía otro oferente que cumpliera con todos los requerimientos necesarios, la situación de mercado hoy es distinta, pues existen al menos otros 3 oferentes que se encuentran en condiciones de participar en un eventual proceso licitatorio, absorbiendo la demanda de algunos de los municipios requeridos según las características relevantes para cada uno, como ubicación y requisitos de sus residentes.
78. Sin embargo, la renovación del Contrato les impide siquiera poder entrar a competir por la cancha, a través de mejores precios y/o mejor servicio. Asimismo, tampoco permite el surgimiento -durante al menos 16 años- de nuevos oferentes más eficientes que incorporen mejores tecnologías y cumplan con los exigentes requisitos ambientales.

IV.2.2 Eliminación de la presión competitiva propia de una licitación

79. El segundo efecto es que se elimina la presión competitiva propia de una licitación, evitando que se generen los beneficios económicos y sociales derivados de ésta, tales como eficiencia, publicidad y transparencia.
80. Más aún, de rechazarse el presente recurso y mantener vigente la cláusula, la eliminación de la presión competitiva no sólo será por 16 años, sino que

³⁶ Cifras obtenidas del informe de Patricio Rojas y Susana Jiménez acompañado por KDM a fojas 4338 y siguientes.

con posibilidad de 16 años adicionales y así sucesivamente, por cuanto no tiene un límite de tiempo establecido.

81. Así, un efecto pernicioso adicional es que, ante la incertidumbre de si existirá una nueva licitación y su fecha, se elimina el incentivo tanto para que entren nuevos actores para desafiar a los incumbentes, como para que el incumbente adopte nuevas tecnologías que permitan innovar, entregando nuevos y mejores servicios y con un menor impacto ambiental.
82. Finalmente, legitimar tal comportamiento implica olvidar que lo que protege la libre competencia no es el patrimonio de los órganos públicos ni la autonomía municipal, sino la existencia de un proceso competitivo, en el convencimiento de que éste permitiría a todas las empresas -incluida KDM- participar en igualdad de condiciones, redundando en servicios de mayor calidad al mejor precio.

V. CONCLUSIONES

83. **Primero**, la Sentencia Recurrída acoge la excepción de prescripción interpuesta basada principalmente en dos presupuestos errados, a saber, **(i) cuál** es el hecho reprochado por la FNE, y **(ii) cuándo** se cumplieron todos los requisitos para que se configurara una infracción al artículo 3º del DL 211.
84. **Segundo**, **(i)** el hecho anticompetitivo que se reprocha es la ejecución de la Cláusula Sexta por parte de las requeridas, lo cual se realizó mediante la omisión de dar aviso de término. Esta omisión manifiesta la voluntad de renovación, voluntad completamente independiente del Contrato que contiene la cláusula, razón por la cual no puede considerarse un mero efecto de éste.
85. **Tercero**, **(ii)** la infracción terminó el día 1º de agosto de 2009, fecha en que quedó firme la voluntad de las requeridas permanecer en la relación contractual. Por tanto, sólo en ese momento comenzó a correr el plazo de prescripción, razón suficiente para rechazar la excepción opuesta.

86. **Cuarto**, al momento de celebrarse el Contrato y establecerse la Cláusula Sexta, ésta no era apta para restringir la competencia, pues contemplaba una mera expectativa, razón por la cual no concurrían todos los requisitos para requerir. Sostener lo contrario podría implicar que los efectos anticompetitivos podrían mantenerse *ad eternum*. Esto se vuelve más grave de considerar que, celebrar hoy un contrato como el de autos infringe las leyes orgánicas constitucionales vigentes.
87. **Quinto**, sólo cuando quedó firme la voluntad de las requeridas de renovar el Contrato, fue posible determinar si el acuerdo tenía aptitud objetiva para producir efectos anticompetitivos, dependiendo de cuántos municipios renovaran y las condiciones existentes en ese entonces en el mercado.
88. **Sexto**, se demostró cómo en el proceso esta Fiscalía acompañó abundante y consistente prueba que tuvo por acreditados cada uno de los requisitos indicados en el artículo 3° del DL 211 para que se configurase una infracción al mismo. Específicamente, se ha demostrado que la renovación del Contrato produce al menos dos efectos anticompetitivos: (1) Incrementa o mantiene la posición dominante y crea barreras de entrada y, además, (2) elimina la presión competitiva de una licitación, evitando que se generen sus beneficios económicos y sociales.
89. De este modo, corresponde que la Excma. Corte Suprema revoque la Sentencia N° 118 del H.TDLC, declarando sin efecto la Cláusula Sexta, y en consecuencia también la renovación del Contrato, y ordenando se llame a licitación pública, por los argumentos y fundamentos expuestos en la presente reclamación.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO:
Tener por interpuesto dentro de plazo recurso de reclamación fundado en contra de la Sentencia N°118 de ese H. TDLC, concederlo y ordenar que se eleven los autos en original para ante la Excma. Corte Suprema, para que enmiende

conforme a derecho el referido fallo, y en su reemplazo acoja el requerimiento interpuesto por esta Fiscalía, declarando que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N°211, y en su virtud, deje sin efecto la cláusula de renovación automática y sucesiva, y consecuentemente la renovación del Contrato que ya se produjo y ordene llamar a licitación pública para la prestación de los servicios de disposición intermedia y final de los residuos sólidos domiciliarios de las municipalidades adscritas al Contrato y sus Adhesiones, con costas.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping loop followed by several horizontal strokes.