

ANT.: Denuncia sobre conductas anticompetitivas en servicios de gestión de residuos especiales y peligrosos. Rol N° 2497-18 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 18 FEB 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS (S)

Por medio del presente, esta División informa al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la presentación del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 22 de febrero de 2018, ingresó a esta Fiscalía una denuncia electrónica de un particular¹ en contra de **Procesos Sanitarios S.A. ("Procesan")**, empresa perteneciente al **Grupo Stericycle**².
2. La denunciante indica que Procesan dominaría más del 90% del mercado de residuos hospitalarios y que estaría realizando diversas conductas anticompetitivas a través de (i) ofrecer precios considerablemente menores en licitaciones donde compiten; (ii) generar dudas, confusión y desprestigio de la denunciante mediante acciones administrativas de diversa índole; (iii) aumentar indirectamente los costos de la denunciante de cara al desarrollo de ofertas competitivas en licitaciones públicas; y, (iv) adquirir empresas que sucumben a sus apremios.

¹ Anexo Confidencial [1]. En adelante, [#] corresponde a información contenida en el Anexo Confidencial.

² Procesan tiene como matriz a Stericycle Chile S.A., cuyos accionistas son Stericycle Inc. Canadá y Stericycle International Ltd. UK. Asimismo, Stericycle Chile controla directa o indirectamente una serie de empresas subsidiarias: Stericycle Urbano, Stericycle Minería, Stericycle Industrial, Stericycle Marítimo, Procesan, Recitech y Girsá. Respuesta a Ord. N° 1094-18, de fecha 29 de junio de 2018.

3. En definitiva, la denunciante solicitó estudiar si la empresa “podría configurar un monopolio o [sus conductas constituir] violaciones a la libre competencia”³.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

4. La normativa relativa a gestión de residuos hospitalarios se encuentra disgregada en múltiples reglamentos y disposiciones legales⁴, siendo los más atinentes al caso el Reglamento sobre Manejo de Residuos de Establecimientos de Atención de Salud (“**Reglamento REAS**”)⁵ y el Reglamento Sanitario sobre el Manejo de Residuos Peligrosos (“**Reglamento RESPEL**”)⁶.

II.1. Tipos de residuos

5. El Reglamento REAS clasifica los residuos generados en establecimientos de atención de salud en 4 categorías: (i) peligrosos; (ii) radiactivos de baja intensidad; (iii) especiales; y, (iv) residuos sólidos asimilables a los domiciliarios⁷.
6. Los residuos peligrosos son aquellos que presentan una o más características de peligrosidad definidas en el Reglamento RESPEL. Ejemplos son aquellos residuos que consistan o estén contaminados por drogas citotóxicas, solventes orgánicos halogenados, solventes orgánicos no halogenados, sustancias

³ Denuncia de 22 de febrero de 2018.

⁴ Por ejemplo: Decreto N° 594/1999, Ministerio de Salud, promulgado el 15 de septiembre de 1999, que Aprueba Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo; Decreto N° 148/2003 del Ministerio de Salud, promulgado el 12 de junio de 2003, que Aprueba Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos; Decreto N° 6/2009 del Ministerio de Salud, promulgado el 23 de febrero de 2009, que Aprueba el Reglamento sobre Manejo de Residuos de Establecimientos de Atención de Salud (REAS); Decreto N° 10/2012, del Ministerio de Salud, promulgado el 02 de marzo de 2012, que Aprueba el Reglamento de Calderas, Autoclaves y Equipos que utilizan vapor de agua; Decreto N° 298/1994, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, promulgado el 25 de noviembre de 1994, que Reglamenta Transporte de Cargas Peligrosas por calles y caminos; Decreto N° 40/2012, del Ministerio de Medio Ambiente, promulgado el 30 de octubre de 2012, que Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y, Decreto N° 1/2013, del Ministerio de Medio Ambiente, promulgado el 02 de enero de 2013, que Aprueba el Reglamento del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes. Una remisión general es posible encontrarla en el Código Sanitario, ver artículos 78 y ss.

También hay regulación a nivel de circulares. Por ejemplo, Circular N° 38/2012, del 15 de noviembre de 2012, que Imparte Instrucciones para el adecuado proceso de eliminación de residuos de medicamentos en mal estado y vencidos generados en establecimientos de salud, así como los originados de fármacos decomisados de lugares no autorizados.

⁵ Decreto N° 6/2009 del Ministerio de Salud, promulgado el 23 de febrero de 2009, que Aprueba el Reglamento sobre Manejo de Residuos de Establecimientos de Atención de Salud (REAS).

⁶ Decreto N° 148/2003 del Ministerio de Salud, promulgado el 12 de junio de 2003, que Aprueba Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos.

⁷ Reglamento REAS, artículo 3.

orgánicas peligrosas, sustancias químicas inorgánicas peligrosas y residuos que consistan, contengan o estén contaminados por metales pesados⁸.

7. Los residuos radiactivos de baja intensidad son aquellos que contienen o están contaminados por sustancias radiactivas cuya actividad específica, luego de su almacenamiento, cumple determinadas características⁹.
8. Los residuos especiales son aquellos residuos sospechosos de contener agentes patógenos en concentración o cantidades suficientes para causar enfermedad a un huésped susceptible, como por ejemplo, cultivos y muestras almacenadas; residuos patológicos, sangre y productos derivados, elementos cortopunzantes y residuos de animales¹⁰.
9. Los residuos sólidos asimilables a domiciliarios son aquellos generados en establecimientos de atención de salud que, por sus características físicas, químicas o microbiológicas, pueden ser entregados a la recolección municipal y dispuestos en un relleno sanitario. Por ejemplo, residuos de preparación y servicio de alimentos, material de limpieza de pasillos, salas y dependencias de enfermos, papeles y materiales de oficina, y los materiales absorbentes, tales como gasas y algodones no saturados con sangre y sus derivados¹¹.

II.2. Etapas en la gestión de REAS

10. Para el presente caso, y conforme a la información recabada por esta División, las siguientes etapas son de relevancia: (i) generación y manejo interno; (ii) retiro y transporte; (iii) tratamiento; y, (iv) disposición final.
11. La etapa de generación y manejo interno consiste en la segregación de los distintos tipos de residuos en contenedores y su traslado a la zona de almacenamiento¹². Esta etapa es realizada por los mismos Establecimientos

⁸ *Ibíd.*, artículo 4.

⁹ *Ibíd.*, artículo 5. Se indica que pertenecen a esta categoría los residuos que han alcanzado un nivel inferior a 74 becquerels por gramo o a dos milésimas de microcurio por gramo. Los residuos con mayor intensidad que la señalada constituyen residuos radiactivos y deben ser gestionados conforme a una normativa distinta.

¹⁰ *Ibíd.*, artículo 6.

¹¹ *Ibíd.*, artículo 7.

¹² *Ibíd.*, artículos 8 y 15.

de Atención de Salud¹³ y, en el caso de los establecimientos públicos, los insumos necesarios (como contenedores y bolsas plásticas) son adquiridos a través de licitaciones públicas¹⁴.

12. La etapa de retiro y transporte consiste en el retiro de los residuos desde la zona de almacenamiento de establecimiento de atención de salud y su transporte, dependiendo del caso, a una planta de tratamiento o a un relleno sanitario¹⁵. Los vehículos empleados en el transporte de residuos especiales y peligrosos deben cumplir con una serie de medidas especiales¹⁶.
13. La etapa de tratamiento consiste en la reducción o eliminación de los patógenos presentes en residuos especiales y peligrosos, para que luego puedan ser dispuestos para la recolección municipal o ser transportados a rellenos sanitarios autorizados¹⁷. El tratamiento de residuos se realiza en instalaciones que deben contar con la autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Salud (en adelante, "SEREMI") correspondiente.

¹³ Cuando un Establecimiento de Atención de Salud produce más de una tonelada mensual de residuos especiales, tiene el deber de presentar y ejecutar un Plan de Manejo de residuos. Ibid., artículo 10.

¹⁴ De lo observado por esta División en Mercado Público, en algunas de estas licitaciones se requiere del aprovisionamiento exclusivo de estos insumos. Otras, en cambio, se solicita el servicio íntegro de manejo de residuos, pudiendo estar estos insumos incluidos en una oferta más amplia.

¹⁵ Residuos peligrosos, especiales y radioactivos de alta intensidad van a plantas de tratamiento, mientras que los residuos hayan sido tratados dentro del mismo centro, si pertenecen a la categoría de residuos sólidos asimilables a domiciliarios, o si pertenecen a la categoría de residuos radioactivos de baja intensidad son enviados a un relleno sanitario. Ministerio de Salud. *Manual de Manejo de Residuos de Establecimientos de Atención de Salud*. 2010. pp. 60 y ss. Disponible en: <http://www.ispch.cl/sites/default/files/manual%20reas.pdf> [última visita: 20 de noviembre de 2018].

¹⁶ Por ejemplo, el Reglamento REAS indica que los vehículos de transporte de residuos especiales deben ser de uso exclusivo para ello y, por ejemplo, su caja de carga debe ser completamente cerrada y estanca para impedir el derrame de sólidos y/o líquidos, con un interior liso, fácilmente lavable y de material impermeable y resistente a la corrosión. Además, deben contar con equipamiento para el control de derrames (a lo menos, desinfectante, bolsas o contenedores y equipos de protección personal). Por su parte, el Reglamento RESPEL indica que los vehículos que se utilicen en el transporte de residuos peligrosos deberán estar diseñados, construidos y operados de modo que cumplan su función con plena seguridad y deberán ser adecuados para el tipo, características de peligrosidad y estado físico de los residuos a transportar, conforme a la información que sobre éstos debe proporcionar el Generador. Además, remite al DS N° 298/1994, que reglamenta el transporte de cargas peligrosas por calles y caminos, el cual exige que los vehículos no sean "hechizos" y que posean, por ejemplo, tacógrafo o dispositivo electrónico similar, sistema de radiocomunicaciones o aparato de telefonía móvil celular de cobertura nacional, luces de seguridad, entre otros. Ver Reglamento REAS, artículo 37; Reglamento RESPEL, artículo 41.

¹⁷ En el caso de residuos especiales, ver Reglamento REAS, artículos 24-34. En el caso de residuos peligrosos, ver Reglamento RESPEL, artículos 43-51.

14. En el tratamiento de residuos especiales suele utilizarse la incineración¹⁸; la esterilización por autoclavado¹⁹; y la desinfección por microondas²⁰. Los residuos peligrosos son tratados mediante la incineración.
15. La etapa de disposición final aplica para los residuos que han sido transformados a residuos asimilables a domiciliarios, por lo que pueden ser dispuestos para el retiro por parte de los servicios de recolección municipal. Los residuos peligrosos no tratados deben ser almacenados en rellenos de seguridad, a la espera de ser incinerados o de la disminución natural de sus propiedades nocivas, tras lo cual pueden ser entregados a los servicios de recolección municipal.

II.3. Sobre la demanda: Establecimientos de Atención de Salud

16. La noción de Establecimientos de Atención de Salud no está circunscrita exclusivamente a hospitales y clínicas. Entre los organismos que contratan estos servicios también se encuentran centros de salud familiar, veterinarias, municipalidades, universidades y cualquier ente, ya sea público o privado, que genere este tipo de residuos.
17. En atención al tipo de Establecimiento de Atención de Salud, puede distinguirse entre consumidores provenientes del sector público y del sector privado. No obstante, cabe precisar que los hechos denunciados se habrían desarrollado en el contexto de licitaciones públicas. En cuanto a la unidad de medida utilizada en la gestión de residuos, ésta no es siempre la misma, pues puede ser (i) por kilo, (ii) por bolsa, y/o (iii) por contenedor.

III. MERCADO RELEVANTE

18. Esta Fiscalía ha definido el mercado relevante como “el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en

¹⁸ La incineración es un proceso mediante el cual los residuos son quemados a altas temperaturas, convirtiéndose en cenizas y en gas de combustión. Ministerio de Salud. Óp. Cit. p. 56.

¹⁹ La esterilización por autoclavado consiste en la disposición de residuos en plantas de autoclave, para provocar, mediante ciertas condiciones de temperatura y presión, la inactivación de los microorganismos presentes en estos. Ministerio de Salud. Óp. Cit. pp. 47-48. Se ha señalado que tal método es uno de los mejores procedimientos disponibles para el procesamiento de residuos especiales. MARTINEZ, J. et al. *Guía para la gestión Integral de residuos peligrosos. Fichas temáticas Tomo II*. Centro coordinador del Convenio de Basilea para América Latina y el Caribe. Montevideo, Uruguay. 2005. pp. 15 y ss.

²⁰ La desinfección por microondas se basa en la trituración de residuos y posterior calentamiento interno de la masa triturada mediante la aportación de microondas. Ministerio de Salud. Óp. Cit. p. 52.

una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”²¹.

19. En cuanto al mercado relevante del producto, esta División considera que, en principio, sería el de servicio de manejo de residuos especiales y peligrosos de Establecimientos de Atención de Salud, comprendiendo las etapas (i) de retiro y transporte; y (ii) de tratamiento de aquellos²². No obstante lo anterior, atendido el tenor de la denuncia, el análisis se centrará en aquellas licitaciones públicas por tal servicio.
20. En cuanto al mercado relevante geográfico, existen economías de escalas pues los costos de aprovisionar estos servicios disminuyen si se dispone de clientes cercanos entre sí. De los antecedentes observados por esta División, se advierten altos costos de transporte (en comparación a los costos por insumos y tratamiento de residuos)²³, lo que limita la extensión geográfica de la actividad a realizar.
21. Como se indicó previamente, para el tratamiento de residuos especiales y peligrosos se requiere de la autorización de la SEREMI de Salud correspondiente, de lo que se desprende que tal actividad sería, en principio, delimitada a nivel regional. No obstante lo anterior, debido a las características del servicio, es posible trasladar residuos desde regiones próximas, lo que fue corroborado por distintos oferentes de este mercado, así como por el análisis de ofertas realizadas en distintas licitaciones públicas celebradas durante los últimos tres años, en las que se aprecia que los participantes suelen ofertar en distintas regiones, sin necesariamente contar con servicio de tratamiento en todas ellas. En tal sentido, de las diligencias realizadas por esta Fiscalía, es posible advertir que el rango territorial de actuación de los oferentes se encuentra relacionado con la cercanía a una o más plantas de tratamiento que utilizan²⁴.
22. En virtud de lo anterior, es posible distinguir cuatro macro-zonas en las que los oferentes suelen agrupar sus ofertas:

²¹ Fiscalía Nacional Económica. *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*. 2012. p. 10. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> [última visita: 28 de septiembre de 2018].

²² No obstante, es preciso indicar que también se ofrecen servicios destinados únicamente al retiro y transporte de residuos.

²³ Declaraciones de fechas 11 y 14 de mayo, y de 4 de junio de 2018.

²⁴ Anexo confidencial [2].

- i. Zona Norte, que abarca el territorio comprendido entre la XV Región de Arica y Parinacota y la IV Región de Coquimbo (Norte Grande y Norte Chico);
 - ii. Zona Central, que abarca el territorio comprendido entre la V Región de Valparaíso y la VIII Región del Biobío;
 - iii. Zona Sur, que abarca el territorio comprendido entre la IX Región de la Araucanía y la X Región de los Lagos; y,
 - iv. Zona Austral, que abarca el territorio comprendido entre la XI Región Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y la XII Región de Magallanes y Antártica Chilena.
23. La siguiente Tabla muestra las empresas que compiten en licitaciones públicas, macro-zona(s) en que actúan y participación de mercado en atención al volumen de ventas.

Tabla N° 1: Ventas a Establecimientos de Atención de Salud Públicos vía Mercado Público Periodo Agosto 2017 - Julio 2018²⁵

Empresa	Macrozona	Ventas (en millones de pesos)	Participación (%)
Procesan [*]	Nacional		[80% - 90%]
Del Pilar	Norte y Centro		[5% - 10%]
Anfibio	Norte y Centro		[1% - 5%]
STU	Centro, Sur y Austral		[1% - 5%]
GEMCO	Sur		[1% - 5%]
Ecosolución	Sur		[1% - 5%]
Resin	Centro		[1% - 5%]
Geostellen	Centro		[0% - 1%]
Preslex	Centro		[0% - 1%]
Pérez Núñez	Austral		[0% - 1%]
Sabromar	Norte		[0% - 1%]
Zubimed	Centro		[0% - 1%]
TOTAL			\$ 4.812,3
HHI			6.544

[*] Sólo corresponde a Procesan (no incluye a otras empresas del Grupo Stericycle).

Fuente: Elaboración propia en base a Mercado Público y respuesta al Ord. N° 1094-18

²⁵ Anexo Confidencial [3].

24. El mercado nacional es concentrado, según muestra el HHI (6.544 puntos), debido en gran medida a la alta participación de mercado de Procesan, lo que también ocurriría en el sector privado²⁶. En el mismo sentido, la capacidad instalada de Procesan para el tratamiento de residuos sería mucho mayor que la de sus competidores²⁷.
25. Respecto a la existencia de barreras a la entrada, es posible indicar que la regulación establece requisitos para el desarrollo de los servicios ofrecidos. Así, por ejemplo, en las etapas de retiro y transporte de residuos se requiere una inversión inicial en vehículos que se ajusten a la regulación vigente²⁸, mientras que la etapa de tratamiento requiere de una inversión inicial en una planta de tratamiento, la que debe ser autorizada por las autoridades sanitaria²⁹ y ambiental³⁰.
26. Asimismo, hay exigencias normativas adicionales dependiendo de si los residuos son especiales o peligrosos. Por ejemplo, el tratamiento de residuos especiales requerirá de una inversión inicial en una planta con un sistema de autoclavado, incineración u otro³¹, mientras que los residuos peligrosos requerirán de una planta incineradora para su tratamiento, así como de un terreno autorizado a ser utilizado como relleno de seguridad para su almacenamiento³².
27. A juicio de esta División, el servicio de tratamiento de residuos peligrosos es el que presenta mayores barreras de entrada, por cuanto existen menos alternativas a su tratamiento y la instalación de una planta de incineración requiere de una alta inversión inicial, superior a las de los otros procesos utilizados para el tratamiento de residuos especiales³³.

²⁶ Anexo Confidencial [4].

²⁷ Anexo Confidencial [5].

²⁸ Ver *infra*, Nota al pie N° 16.

²⁹ Reglamento REAS, artículo 25; Reglamento RESPEL, artículo 43.

³⁰ Decreto N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, de 30 de octubre de 2010, que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Reglamento SEIA). Ver artículos 2, letra o) y artículos 140 a 145.

³¹ Reglamento REAS, artículo 31: "También los residuos especiales podrán ser eliminados por medio de otros sistemas de tratamiento respecto de los cuales se haya demostrado eficacia de destrucción de patógenos en residuos de igual o mayor efectividad que la de los sistemas de tratamiento anteriormente señalados."

³² Reglamento RESPEL, Título IV "De la eliminación". Existe también la posibilidad de reciclaje de estos residuos, aunque no consta que sea una práctica realizada por los participantes del mercado. Tampoco consta en el registro de las partes, la utilización de minas subterráneas para efectuar la eliminación.

³³ Anexo Confidencial [6].

28. Considerando la alta participación de mercado de Procesan en las licitaciones públicas y la existencia de barreras a la entrada, a juicio de esta División es necesario efectuar un análisis pormenorizado de las conductas denunciadas.

III. ANALISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

29. Los hechos descritos por la denunciante dan cuenta de posibles prácticas de naturaleza predatoria que eventualmente habría realizado Procesan en su contra, en particular, (i) ofrecer precios considerablemente menores en licitaciones donde compiten; (ii) aumentar indirectamente los costos de la denunciante; y (iii) generar desprestigio de la denunciante mediante acciones administrativas de diversa índole, con el fin de excluir o reducir la competencia. Expone también que esta estrategia le permitiría luego adquirir las empresas afectadas por sus conductas predatorias, en una situación de insolvencia comercial, bajo su valor real de mercado.

III.1. Estrategia de precios predatorios

30. Al respecto, debe tenerse en consideración que el artículo 3º, letra c) del Decreto Ley N° 211 establece que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o afectan la libre competencia, o que tienden a producir estos efectos: "Las prácticas predatorias (...) realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".
31. En la doctrina comparada se ha indicado que una práctica predatoria "implica la conducta de una empresa dominante, llamada predatoria, que incurre en pérdidas a corto plazo en un mercado particular con el fin de inducir la salida o impedir la entrada de una empresa rival, llamada presa, de modo que los beneficios superiores a los normales puedan ser ganados en el futuro, ya sea en el mismo mercado o en otros mercados"³⁴.
32. Cuando la práctica predatoria es de precios, la conducta consiste en que una firma reduce su precio por debajo de una medida apropiada de costos durante un tiempo determinado con el objeto de eliminar o limitar la competencia para,

³⁴ Van den Bergh, Roger, et al. *Comparative Competition Law and Economics*. Edward Elgar Publishing. UK. 2017. p. 329. Traducción libre. En sentido similar, ver: O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Hart Publishing. UK. 2013. pp. 291-292.

en forma posterior, aumentar su precio por encima del precio competitivo con el fin de compensar las pérdidas incurridas en el ejercicio de tal conducta³⁵. En sentido similar ha sido considerado por la jurisprudencia comparada³⁶.

33. Por su parte, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado que los requisitos copulativos para que se cumpla el ilícito de establecimiento de precios predatorios son: primero, que durante el desarrollo de la alegada estrategia de predación, la parte demandada haya dispuesto de suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo y segundo, en caso de cumplirse la condición anterior, que existan indicios definitorios sobre la alegación de fijación de precios de venta por debajo de los costos relevantes de proveerlos, con el fin de desplazar a sus competidores³⁷.
34. Atendida la participación de mercado de Procesan en licitaciones públicas y la existencia de barreras a la entrada, no es posible descartar que dicha empresa goce de poder de mercado. Sin embargo, este punto no requeriría de mayor profundidad debido a que el examen de la conducta predatoria denunciada no encuentra indicios suficientes para acreditar la existencia de la misma, tal como se muestra a continuación.
35. La estimación de la función de costos relevantes de la actividad, necesaria para determinar el cumplimiento del segundo requisito copulativo, resulta de gran complejidad, debido a que las facilidades se utilizan para la provisión de múltiples servicios, lo que se traduce en costos compartidos. Además, es necesario considerar la existencia de economías de escala en los servicios de transporte.

³⁵ International Competition Network. *Report on Predatory Pricing*. 2008. p. 3. Traducción libre. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf> [Última consulta: 9 de febrero de 2018].

³⁶ En *Brooke v. Brown Williamson*, la Corte Suprema de EE.UU., estableció que si se reclama de precios predatorios, el demandante debe probar (i) que los precios reclamados están por debajo de una medida apropiada de los costos de su rival, y (ii) que el competidor tenía un prospecto razonable o una probabilidad peligrosa de recuperar su inversión en precios inferiores a los costos. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

³⁷ Sentencia TDLC N° 110, de 28 de enero de 2011, que resolvió la demanda de Will S.A. contra Claro S.A., considerando vigésimo sexto. En el mismo sentido, ver Sentencia TDLC N° 78, de 4 de diciembre de 2008, que resolvió la demanda de GPS Chile contra Entel PCS, considerando tercero.

36. Considerando que tales factores producirían imprecisiones en las estimaciones a realizar, para el presente caso se realizaron una serie de análisis alternativos con el objeto de verificar o desestimar la plausibilidad de los hechos denunciados.
37. En primera instancia se revisó el comportamiento de la oferta en 473 licitaciones públicas adjudicadas que solicitaron retiro, transporte y/o tratamiento (transformación) de residuos especiales y/o peligrosos³⁸. El análisis preliminar permitió advertir que Procesan participó en la mayoría de las licitaciones sin otro oferente. En efecto, en la Tabla N° 2 es posible observar que Procesan: (i) fue el único oferente en 53,7% de total de licitaciones; (ii) enfrentó al menos un competidor en 41,6% de las licitaciones analizadas; y (iii) no presentó oferta en el 4,7% de los casos.

Tabla N° 2: Comportamiento de la oferta en licitaciones públicas.

Competidores	2015	2016	2017	2018	Total	%
PROCESAN y competencia	41	43	51	62	197	41,6%
PROCESAN oferta única	62	75	53	64	254	53,7%
PROCESAN sin oferta	2	3	8	9	22	4,7%
Total	105	121	112	135	473	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de información disponible en Mercado Público

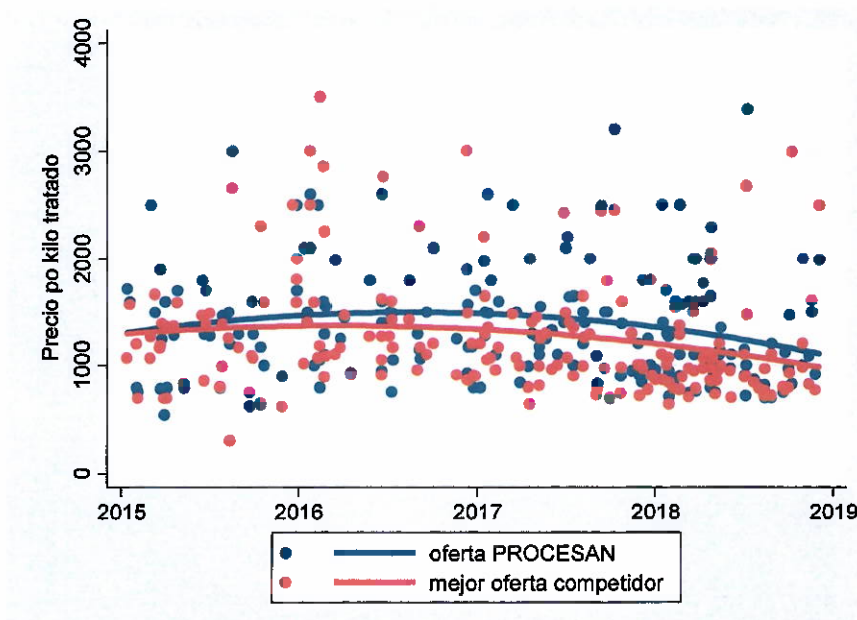
38. El análisis realizado se concentró en aquellos procesos de licitación en los que Procesan habría enfrentado al menos un competidor, pues en tal escenario los precios ofrecidos por Procesan y sus competidores son comparables dentro de cada licitación y es en donde la denunciada podría haber realizado una práctica predatoria³⁹.
39. El primer ejercicio realizado para determinar la existencia de una estrategia de precios predatorios por parte de Procesan consistió en analizar las ofertas económicas de Procesan y de sus competidores en el tiempo, para determinar si existe una tendencia a la baja en las ofertas presentadas por Procesan, y si

³⁸ Se incluyen todas las licitaciones públicas de Mercado Público, con el ID producto 76121501, 76121901 y 76121902 correspondientes al manejo de residuos especiales o peligrosos, celebradas entre los años 2015 y 2018, sobre las cuáles se haya podido determinar el precio cobrado por kilogramo retirado. De las 473 licitaciones se contabilizan 474 adjudicaciones, producto de la adjudicación de la licitación ID 2013-32-LE17 a dos empresas, Transportes Sabromar y Procesos Sanitarios SPA (Procesan).

³⁹ No obstante lo anterior, cabe tener en consideración que el hecho de que Procesan se haya presentado como único oferente a más del 50% de las licitaciones es una manifestación de su poder de mercado.

estas son menores a las presentadas por sus competidores. Los resultados del ejercicio se presentan en el Gráfico N° 1.

Gráfico N° 1: Tendencias de precio de Procesan y sus competidores en el tiempo.



Fuente: Elaboración propia a partir de información disponible en Mercado Público

40. El Gráfico N° 1 muestra que, en promedio, los precios por kilo tratado ofertados por Procesan son superiores a los de sus competidores a lo largo de la serie. La diferencia, casi nula al inicio del periodo de análisis, presenta un incremento que se sostiene hasta el cuarto trimestre de 2016. Tras esa fecha, la diferencia se mantiene relativamente constante, presentando ambos promedios una tendencia a la baja, que se sostiene hasta la actualidad.
41. Por tanto, no es posible establecer la existencia de indicios de que Procesan esté realizando una estrategia de precios predatoria, toda vez que no se observan indicios de que Procesan oferte sistemáticamente precios por debajo de sus competidores.
42. Atendida la naturaleza geográfica de los mercados involucrados, un segundo ejercicio consistió en analizar las ofertas realizadas por Procesan y sus competidores, en procesos de licitación en que ambos concurren, agrupando dichos procesos a nivel de macro-zonas⁴⁰. Nuevamente, si se observara que

⁴⁰ En caso de haber más de un competidor en la licitación, se consideró a quien haya entregado la oferta económica más baja.

Procesan ofreciese sistemáticamente precios por debajo del de sus competidores, aquello podría constituir un indicio de la existencia de un comportamiento predatorio en precios⁴¹.

43. Las Tablas N° 3.1 – 3.4 a continuación muestran: (i) el ratio entre el precio ofertado por Procesan y por su competidor en cuatro niveles, para los cuatro años analizados, mostrando la proporción de veces que el precio de Procesan es menor o mayor al de sus rivales (Panel A); y, (ii) el número de adjudicaciones en licitaciones competitivas, diferenciando entre Procesan y otros competidores, para la macro-zona correspondiente en cada año analizado (Panel B).

Tabla N° 3.1: Licitaciones con competencia en Zona Norte

Panel A: Razón de precio en licitaciones con competencia						
Precio Procesan/Precio Oferta	2015	2016	2017	2018	%	Precio de Procesan
menos de 0.9	3	3	0	2	21,1%	Menor
0.9 - 1	1	0	3	2	15,8%	36,8%
1 - 1.1	1	1	1	2	13,2%	Mayor
1.1 o más	5	3	5	6	50%	63,2%
Panel B: Adjudicaciones en licitaciones con competencia						
	2015	2016	2017	2018	Porcentaje	
Adjudicadas Procesan	4	4	4	5	43,6%	
Adjudicadas otro	6	3	6	7	56,4%	

Tabla N° 3.2: Licitaciones con competencia en Zona Centro

Panel A: Razón de precio en licitaciones con competencia						
Precio Procesan/Precio Oferta	2015	2016	2017	2018	%	Precio de Procesan
menos de 0.9	4	8	8	4	20,3%	Menor
0.9 - 1	1	3	3	4	9,3%	29,7%
1 - 1.1	3	6	0	10	16,1%	Mayor
1.1 o más	12	7	22	23	54,2%	70,3%
Panel B: Adjudicaciones en licitaciones con competencia						
	2015	2016	2017	2018	Porcentaje	
Adjudicadas Procesan	14	19	21	21	63,6%	
Adjudicadas otro	6	5	12	20	36,4%	

⁴¹ Si el Ratio es menor a 1, el precio ofrecido por Procesan es menor, en caso contrario, el precio ofrecido por Procesan es mayor.

Tabla N° 3.3: Licitaciones con competencia en Zona Sur

Panel A: Razón de precio en licitaciones con competencia						
Precio Procesan / Precio Oferta	2015	2016	2017	2018	%	Precio de Procesan
menos de 0.9	4	4	3	3	35%	Menor
0.9 - 1	2	0	1	0	7,5%	42,5%
1 - 1.1	3	1	1	1	15%	Mayor
1.1 o más	2	6	4	5	42,5%	57,5%
Panel B: Adjudicaciones en licitaciones con competencia						
	2015	2016	2017	2018	Porcentaje	
Adjudicadas Procesan	11	6	5	3	62,5%	
Adjudicadas otro	0	5	4	6	37,5%	

Tabla N° 3.4: Licitaciones con competencia en Zona Austral

Panel A: Razón de precio en licitaciones con competencia						
Precio Procesan/Precio Oferta	2015	2016	2017	2018	%	Precio de Procesan
menos de 0.9	.	1	.	.	100%	Menor
0.9 - 1	.	0	.	.	0%	100,0%
1 - 1.1	.	0	.	.	0%	Mayor
1.1 o más	.	0	.	.	0%	0,0%
Panel B: Adjudicaciones en licitaciones con competencia						
	2015	2016	2017	2018	Porcentaje	
Adjudicadas Procesan	.	0	.	.	0%	
Adjudicadas otro	.	1	.	.	100%	

Fuente: Elaboración propia a partir de información disponible en Mercado Público

44. Los resultados contenidos en el Panel A de las Tablas precedentes dan cuenta de que, en la mayoría de las macro-zonas, Procesan suele ofrecer un precio superior a sus competidores. En la Zona Norte ofreció un precio superior a sus competidores en el 63,2% de las ocasiones; en la Zona Centro su precio fue superior en el 70,3% de los casos; mientras que en la Zona Sur su oferta fue mayor en el 57,5% de los casos. Sólo en la Zona Austral se observa que Procesan ofreció un precio inferior en la totalidad de las ocasiones, pero este porcentaje corresponde a sólo una licitación, puesto que, en el resto de las licitaciones de esta macro-zona, no existieron otros casos en que se presentara Procesan y un competidor.

45. Por su parte, de los resultados contenidos en el Panel B de las Tablas precedentes se infiere que, en licitaciones con competencia, Procesan ha reducido su porcentaje de adjudicación desde el 2015 a la fecha, situación que se percibe con mayor intensidad en las macro-zonas Centro y Sur, pasando desde el 70% de adjudicación en 2015 al 51% de adjudicación en 2018, en la primera, y del 100% de adjudicación en 2015 al 33% de adjudicación en 2018, en la segunda. En la Zona Norte el porcentaje de éxito de Procesan es más bajo que en las otras macro-zonas, mientras que en la Zona Austral no se cuenta con suficientes datos para realizar un análisis representativo.
46. Lo anterior se traduce en que no se advierten indicios de una estrategia de precios predatoria por parte de Procesan, toda vez que no ha presentado precios inferiores a sus competidores sistemáticamente a través del tiempo, lo que tampoco se ha visto en las licitaciones más recientes del análisis. Además, la caída del porcentaje adjudicado a Procesan en las licitaciones anteriores podría advertir mercados más competitivos, considerando que, en paralelo, ha disminuido el porcentaje de licitaciones en que Procesan se presenta como único oferente, con un mayor porcentaje de licitaciones competitivas (Tabla N° 2, *supra*).
47. Un tercer ejercicio consistió en desglosar los precios medios y mínimos ofrecidos en licitaciones públicas relativas al manejo de REAS en las cuatro macro-zonas. Las siguientes tablas muestran la dinámica de los competidores en cada macro-zona analizada. Respecto a éstas, no se observan indicios que permitan inferir la hipótesis de predación denunciada, ya que, en general, Procesan ofrece precios medios y mínimos mayores a sus rivales, salvo ciertas excepciones.

Tabla N° 4.1: Evolución de precios y dinámica de competidores. Zona Norte

	2015	2016	2017	2018
Precios Medios				
<i>Procesan sin competencia</i>	.	2245	2225	1822
<i>Procesan con competencia</i>	2288	2312	1761	1195
<i>Competencia</i>	2638	2003	1640	1033
Precios Mínimos				
<i>Procesan sin competencia</i>	.	1990	1300	950
<i>Procesan con competencia</i>	1170	1900	690	749
<i>Competencia</i>	859	950	700	710
Adjudicaciones				
<i>Del Pilar</i>	4	1	2	5
<i>Anfibio</i>	3	3	5	2
<i>Procesan</i>	4	6	8	11
<i>Otros</i>	1	.	2	1
<i>% Procesan</i>	33%	60%	50%	58%
Total competidores	7	4	6	4
Total licitaciones	12	10	16	19

Tabla N° 4.2: Evolución de precios y dinámica de competidores. Zona Centro

	2015	2016	2017	2018
Precios Medios				
<i>Procesan sin competencia</i>	1723	1704	1728	1774
<i>Procesan con competencia</i>	1536	1295	1433	1410
<i>Competencia</i>	1248	1453	1400	1272
Precios Mínimos				
<i>Procesan sin competencia</i>	1000	920	900	729
<i>Procesan con competencia</i>	543	800	850	700
<i>Competencia</i>	300	868	630	640
Adjudicaciones				
<i>Del Pilar + Preslex</i>	5	5	7	15
<i>Resin</i>	.	.	5	2
<i>Procesan</i>	68	81	64	68
<i>Otros</i>	1	1	5	5
<i>% Procesan</i>	92%	93%	79%	76%
Total competidores	9	11	12	11
Total licitaciones	74	87	81	90

Tabla N° 4.3: Evolución de precios y dinámica de competidores. Zona Sur

	2015	2016	2017	2018
Precios Medios				
<i>Procesan sin competencia</i>	1602	1301	2120	1617
<i>Procesan con competencia</i>	906	1390	1127	1345
<i>Competencia</i>	1080	1260	1078	1183
Precios Mínimos				
<i>Procesan sin competencia</i>	800	850	1200	900
<i>Procesan con competencia</i>	630	756	800	700
<i>Competencia</i>	620	900	795	845
Adjudicaciones				
<i>Ecosolución</i>	.	5	3	5
<i>Procesan</i>	17	13	10	12
<i>Otros</i>		1	1	2
<i>% Procesan</i>	100%	68%	71%	63%
Total competidores	3	4	3	4
Total licitaciones	17	19	14	19

Tabla 4.4: Evolución de precios y dinámica de competidores. Zona Austral

	2015	2016	2017	2018
Precios Medios				
<i>Procesan sin competencia</i>	1950	2325	2100	2050
<i>Procesan con competencia</i>	.	5000	.	.
<i>Competencia</i>	.	7735	.	2250
Precios Mínimos				
<i>Procesan sin competencia</i>	1900	2000	2100	2000
<i>Procesan con competencia</i>	.	5000	.	.
<i>Competencia</i>	.	7140	.	1000
Adjudicaciones				
<i>STU</i>	.	.	.	5
<i>Pérez Núñez</i>	.	1	.	.
<i>Procesan</i>	2	4	1	2
<i>% Procesan</i>	100%	80%	100%	100%
Total competidores	1	3	1	3
Total licitaciones	2	5	1	7

Fuente: Elaboración propia a partir de información disponible en Mercado Público

48. Como se aprecia, en general los precios ofrecidos por Procesan se han ubicado por encima del de sus competidores, no pudiéndose observar una tendencia a la baja durante los últimos años analizados, ni tampoco un esfuerzo anterior de excluir a sus rivales mediante estrategias de precios predatorios. Así, tampoco se ha incrementado significativamente su participación de mercado, atendidas

las licitaciones públicas adjudicadas respecto del total de cada año, efecto esperable de un comportamiento predatorio.

49. En conclusión, esta División estima que no existen indicios de que la conducta denunciada sea consistente con una estrategia predatoria sostenida en el tiempo.

III.2. Incremento de costos de los rivales

50. Respecto al segundo tipo de prácticas predatorias contenidas en la denuncia, relativa a que Procesan habría aumentado indirectamente los costos de la denunciante de cara al desarrollo de ofertas competitivas en licitaciones públicas, es posible indicar que, de las diligencias realizadas, es posible descartar que Procesan tenga, por sí misma, la capacidad de generar ese efecto en los costos de sus competidores.
51. Si bien es cierto que Procesan presta ciertos servicios a empresas que se también dedican al retiro y/o transporte de residuos hospitalarios, y que dio término a algunos de aquellos, debe considerarse que tales servicios también son ofrecidos por otras empresas⁴². En tal sentido, al no advertirse costos significativos de cambio a otro proveedor, Procesan carecería de la aptitud objetiva para aumentar indirectamente los costos de empresas competidoras que requieran de sus servicios, pues podrían obtener el mismo servicio de otras empresas.

III.3. Denigración y litigación abusiva

52. En cuanto al uso por parte de Procesan de diversas acciones administrativas, con el objeto de dañar la reputación de la denunciante y causar la pérdida de contratos o licitaciones adjudicadas, aquello se enmarca dentro de lo que la doctrina y jurisprudencia han caracterizado como competencia desleal vía litigación abusiva⁴³.
53. Al respecto, la jurisprudencia pertinente del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha establecido que, para calificar como abusivo el ejercicio de

⁴² Anexo Confidencial [7]

⁴³ Anexo Confidencial [8].

acciones judiciales (o administrativas), lo relevante no es el número de acciones presentadas, ni si tales acciones son ganadas o perdidas por el actor; sino que debe existir un motivo plausible que justifique la presentación de la acción, de manera tal de descartar que la misma tenía, de manera inequívoca y como única finalidad, la de imponer barreras artificiales a la entrada de competidores al mercado o, como en el presente caso, intentar eliminar a uno de ellos⁴⁴.

54. Este criterio ha sido igualmente seguido por esta Fiscalía⁴⁵ y similares requisitos se han establecido en el Derecho Comparado, tanto en la Unión Europea⁴⁶, como en Estados Unidos⁴⁷.
55. Teniendo en consideración lo anterior, esta División enfocó su análisis en determinar si las acciones denunciadas pueden considerarse como abusivas o fraudulentas, pues si no lo son, aquellas acciones no darían lugar a una infracción (aun en el caso que Procesan detente poder de mercado).
56. Las diversas acciones realizadas se pueden agrupar de la siguiente manera:
 - i. Solicitudes de información vía Transparencia, con el objeto de obtener información respecto a la situación actual del Establecimiento de Atención de Salud y el actual adjudicatario del manejo de residuos hospitalarios;
 - ii. Reclamos en Mercado Público, referidos a criterios de evaluación y a la adjudicación de determinadas licitaciones públicas; y,

⁴⁴ Ver Sentencia TDLC N° 47, de 05 de diciembre de 2006, por el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Sociedad Sal Punta Lobos S.A. Considerando nonagésimo sexto; Sentencia TDLC N° 83, de 30 de enero de 2009, por demanda de Telmex Servicios Empresariales S.A. en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. Considerandos decimotercero y decimonoveno; y, Sentencia TDLC N° 90, de 14 de diciembre de 2009, por Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Compañía Chilena de Fósforos. Considerando septuagésimo noveno.

⁴⁵ Por ejemplo, Minutas de Archivo "Denuncia de Sociedad Hotelera y Comercial Neuquén S.A. contra Copec por abuso de posición dominante", Rol N° 1829-11 FNE, de mayo de 2011; "Denuncia en contra de Copec por competencia desleal". Rol N° 2422-17 FNE, de junio de 2017; y Denuncia en contra de INACAL S.A., Rol N° 2449-17 FNE, de octubre de 2017.

⁴⁶ Por ejemplo, en el Caso ITT Promedia, la Comisión Europea indicó que la litigación por un competidor dominante puede ser abusiva si reúne dos requisitos copulativos: (i) que la acción no pudiera ser razonablemente considerada como un intento de establecer sus derechos y pudiera servir sólo para acosar a la parte contraria, y (ii) que la acción sea concebida en el marco de un plan cuya única meta era eliminar la competencia. (Case T-111/96, ITT Promedia NV v. Commission [1998]. ECR II-2937).

⁴⁷ En el caso Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia, la Corte Suprema de EE.UU. estableció la exigencia de dos requisitos especiales: en primer lugar, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento, en el sentido de que ningún litigante razonable podría esperar de manera realista el éxito sobre el fondo. Sólo si el litigio impugnado es objetivamente inútil, el tribunal puede revisar la motivación subjetiva del litigante. En segundo lugar, el tribunal debe centrarse en si el juicio sin fundamento oculta una intención de interferir directamente con las relaciones comerciales de un competidor, a través del uso del proceso gubernamental como arma anticompetitiva. Incluso si un demandante demuestra tanto la motivación objetiva como subjetiva, aún debe demostrar una violación sustancial de la competencia. Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia Pictures (91-1043), 508 U.S. 49 (1993).

iii. Reclamos en Contralorías Regionales, con el objeto de dejar sin efecto licitaciones ya adjudicadas.

57. En el presente caso, fue posible identificar que las diversas acciones contienen elementos suficientes que justifican su procedencia respecto de intereses legítimos de la denunciada, plausibilidad que se corrobora con las decisiones adoptadas por aquellos organismos, no pudiendo considerarse que tuvieran por única e inequívoca finalidad la de excluir a un competidor del mercado, por lo que se descarta también que configuren una conducta de aquellas descritas en el artículo 3° letra c) del D. L. N° 211.

III.4. Adquisición de empresas afectadas por conductas predatorias.

58. En lo referido a la supuesta estrategia de Procesan para adquirir empresas una vez que han caído en una posición comercial vulnerable a causa de las prácticas predatorias señaladas en la denuncia, se verificó que Procesan, si bien en un inicio adquirió empresas como estrategia de entrada y expansión inicial en el mercado, no ha adquirido a otros competidores desde el año 2014 y ha declarado no tener actualmente intención alguna de adquirir otras empresas⁴⁸. Lo anterior fue corroborado por los antecedentes aportados por la denunciante, al informar de todas las adquisiciones efectuadas por el Grupo Stericycle desde su ingreso al mercado nacional hasta la actualidad⁴⁹ y, adicionalmente, con la información pública disponible en la U.S. Securities and Exchanges Commission (SEC)⁵⁰.

59. Considerando que la adquisición de empresas rivales no es una conducta anticompetitiva en sí misma y que no se advirtieron indicios de prácticas predatorias (conducta en virtud de la cual se habrían generado las adquisiciones), debe desestimarse lo denunciado. Aún suponiendo que la adquisición hubiere tenido un fin anticompetitivo, el periodo en que ello habría ocurrido excede el plazo de prescripción establecido en el artículo 20, inciso 3°, del Decreto Ley N° 211, no ameritando realizar diligencias adicionales en este respecto.

⁴⁸ Declaración de fecha 11 de mayo de 2018.

⁴⁹ Anexo Confidencial [9].

⁵⁰ Anexo Confidencial [10].

IV. CONCLUSIONES

60. De acuerdo a lo analizado precedentemente, no se observan indicios de que la empresa denunciada haya ejecutado, en el periodo revisado, conductas exclusorias de naturaleza predatoria.
61. Es preciso indicar la denunciante posee otras alternativas adicionales para reclamar las irregularidades que estime que afectan a la(s) licitación(es) en que participa⁵¹, siendo la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública (“TCP”) la más idónea, pues en caso de estimarse afectado por actos u omisiones ilegales o arbitrarias ocurridos dentro del proceso licitatorio, podría deducir aquella acción conforme a lo indicado en los artículos 24 y siguientes de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios⁵².
62. Asimismo, lo expuesto no excluye el derecho de la denunciante de interponer las acciones que estime pertinentes ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o en otra sede.
63. Por lo anteriormente expuesto, esta División recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, archivar la presente denuncia, sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados y de abrir investigaciones si existieren nuevos antecedentes que así lo justificaren.



PSE



ALEJANDRO DOMIC SEGUICH
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS (S)

⁵¹ Por ejemplo, la Dirección de Compras Públicas contempla la posibilidad de realizar reclamos de manera confidencial, los cuales son conocidos por el “Observatorio ChileCompra”. Ver: <http://observatorio.chilecompra.cl/>

⁵² El Tribunal de Contratación Pública es competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886. Los afectados pueden acudir a este Tribunal para denunciar cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive, siempre y cuando lo haga en un plazo de 10 días hábiles, contados desde el momento en que el afectado haya conocido del acto u omisión que se impugna, o desde su publicación.