

ANT.: Denuncia Reservada Rol
N°2688-22 FNE.

MAT.: Informe de Archivo.

Santiago, 03 de mayo de 2024

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTICARTELES

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 30 de septiembre de 2021 ingresó a esta Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**” o “**Fiscalía**”) una denuncia interpuesta por la Empresa Metropolitana de Disposición y Tratamiento de Basuras Limitada (“**EMERES**” o la “**Denunciante**”). La denuncia se dirigía contra las empresas Consorcio Santa Marta S.A. (“**CSM**”), KDM S.A. (“**KDM**”) y Gestión Ecológica de Residuos S.A. (“**GERSA**”, conjuntamente las tres empresas, las “**Denunciadas**”) por eventuales conductas contrarias a la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de disposición intermedia y final de residuos sólidos domiciliarios y asimilables en la Región Metropolitana (“**Denuncia**”).
2. De acuerdo con lo señalado en la Denuncia, el año 2021 EMERES habría efectuado una licitación privada para contratar el servicio de disposición intermedia y final de residuos sólidos domiciliarios y asimilables para las comunas de la Región Metropolitana que son socias de la Denunciante (“**Licitación 2021**”), invitando a participar para estos efectos a las empresas Denunciadas. Señala que las ofertas realizadas por las Denunciadas habrían implicado un aumento aproximado de un 40% por sobre las tarifas que EMERES pagaba por estos mismos servicios anteriormente, lo que sugeriría

que *“eventualmente, podría existir una situación de abuso de posición de dominio por parte de estas compañías, [...] todo lo cual provocará un daño económico a los municipios socios”*.

3. Por otra parte, de acuerdo con lo señalado en el Informe de Evaluación y Proposición de Adjudicación de la Comisión Evaluadora de la Licitación 2021¹, dos de las tres empresas Denunciadas (KDM y GERSA) habrían postulado a la Licitación 2021 efectuando ofertas para disponer de una cantidad de toneladas de residuos sólidos domiciliarios y asimilables (“capacidad ofertada”) menor a la que habrían exigido las bases de la mencionada licitación. Debido a lo anterior, esas dos ofertas habrían sido declaradas inadmisibles, debiendo así EMERES adjudicar dicha licitación a la única oferta admisible.
4. Habida cuenta de todo lo anterior, la Denuncia concluye que *“los hechos señalados constituyen, eventualmente, una de las conductas descritas en el artículo 3 del DL 2011 [sic], que fija normas para la defensa de la libre competencia”*.
5. Según lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (“**DL 211**”), y lo señalado en el párrafo 24 del Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la FNE, *“toda denuncia estará sujeta a un examen de admisibilidad con el propósito de determinar si corresponde investigar o bien, desestimar la misma”*. Dicho examen debe basarse en el mérito de los antecedentes tenidos a la vista y la aptitud de los hechos denunciados para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3° del DL 211.
6. Con el objeto de esclarecer los hechos materia de la Denuncia y verificar su admisibilidad, esta División llevó a cabo una serie de diligencias. Entre ellas, se realizó un análisis económico del mercado y de las licitaciones efectuadas

¹ “Informe de Evaluación y Proposición de Adjudicación de la Comisión Evaluadora” de la Licitación 2021, de fecha 15 de septiembre de 2021, páginas 4 y 5.

por servicios similares. Asimismo, se solicitaron antecedentes a EMERES y se citó a prestar declaración al gerente general de dicha empresa.

7. Según se expondrá en detalle a continuación, de las diligencias efectuadas no se han obtenido indicios que sugieran la existencia de conductas atentatorias a la libre competencia o acuerdos o prácticas concertadas destinados a afectar el resultado de la Licitación 2021 ni que justifiquen la apertura de una investigación a este respecto, por lo que se recomendará el archivo de la Denuncia.

II. MERCADO EN QUE INCIDEN LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

II.1. Antecedentes sobre la industria

8. El proceso de tratamiento de residuos sólidos domiciliarios y asimilables (“**RSDyA**”) comprende el retiro o recolección de residuos desde los hogares, su transporte, su disposición intermedia y su disposición final². Esta última puede efectuarse en basurales, vertederos o rellenos sanitarios³.
9. Durante el año 2019, se dispuso de un total de 6,4 millones de toneladas de RSDyA en todo el país. De ese total, 3,5 millones de toneladas de RSDyA correspondieron a la Región Metropolitana⁴, lo que representa un 55,5% de la disposición final de RSDyA a nivel nacional.
10. Para brindar el servicio de disposición final se requieren cuantiosas inversiones, principalmente por los costos asociados a la implementación de

² Es usual que primero se realice el servicio de disposición intermedia en una estación de transferencia, donde se puede brindar un servicio de selección, clasificación y/o compactación de residuos, y/o extracción de fluidos antes de transportarlos a la disposición final. No obstante, en ocasiones también se transportan los residuos directamente a la disposición final.

³ Véase Informe “Estudio de la tarifa de disposición final de residuos sólidos urbanos en rellenos sanitarios”, elaborado por la Asociación Gremial de Empresas de Servicios Medioambientales (“**AGESEM**”), de fecha 16 de agosto de 2021, página 22.

⁴ Véase <https://datosretc.mma.gob.cl/dataset/destinatarios-de-residuos-industriales-no-peligrosos> [Última visita: 3 de mayo de 2024].

un relleno sanitario⁵⁻⁶. Por otra parte, para prestar los servicios de disposición intermedia y final de RSDyA se debe cumplir con diversa normativa asociada a esta actividad, como por ejemplo el “Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y de Seguridad Básicas en los Rellenos Sanitarios”, contenido en el Decreto Supremo N°189, de 2005, del Ministerio de Salud, entre otros⁷.

11. En Chile, 35 rellenos sanitarios estuvieron en funcionamiento entre los años 2013 y 2019⁸⁻⁹. Específicamente, en la Región Metropolitana, cuatro empresas ofrecen los servicios de disposición intermedia y final de RSDyA: CSM, KDM, GERSA y Veolia SU Chile S.A. (“**Veolia**”). De esta manera, en la Región Metropolitana actualmente existen 4 rellenos sanitarios¹⁰ y 3 estaciones de transferencia¹¹, que durante el año 2019 recibieron más del 99,8% de los RSDyA de origen municipal en la región¹².
12. Durante el año 2019, KDM recibió 1,6 millones de toneladas de RSDyA generados en comunas de la Región Metropolitana. Por su parte, en ese mismo periodo de tiempo, CSM habría recibido 952 mil toneladas de RSDyA. En el caso de Veolia, esta habría recibido 688 mil toneladas de RSDyA. Y, por último, GERSA habría recibido 237 mil toneladas de RSDyA. En el Gráfico N°1 a continuación se aprecian las participaciones de estas empresas en el

⁵ Al respecto, el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. TDLC**”) señaló, en el marco del requerimiento que conoció en contra de KDM y diversas municipalidades por contratos de prestación de servicios de disposición intermedia y final de RSDyA, que cualquier nuevo entrante al mercado que deseara competir con KDM debería ser capaz de captar una proporción de la demanda suficiente como para rentabilizar las cuantiosas inversiones que se requerían para ingresar y desafiar su posición de dominio en el mercado de la disposición final de residuos sólidos municipales en la Región Metropolitana. Véase Sentencia N°118/2012 del H. TDLC, de fecha 9 de enero de 2012, Considerando Decimoquinto.

⁶ Véase también “Estudio para la licitación de contratos de disposición final de residuos sólidos domiciliarios en rellenos sanitarios para el período 2020-2040 – primer informe”, elaborado por Gestión de la Calidad Ambiental S.A. (“**GESCAM**”), de fecha 26 de junio de 2019, páginas 107 y siguientes.

⁷ Otras disposiciones relevantes que regulan la prestación de estos servicios se encuentran en el artículo 3° letra f) del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; la Ley N°20.920 que Establece el Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje; el Decreto Supremo N°148, de 2004, del Ministerio de Salud denominado “Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos”; entre otras.

⁸ Véase <https://datosretc.mma.gob.cl/dataset/destinatarios-de-residuos-industriales-no-peligrosos> [Última visita: 3 de mayo de 2024].

⁹ Se considera únicamente los rellenos sanitarios que reciben RSDyA municipales.

¹⁰ Estos son: “Loma Los Colorados” y “Cerro La Leona”, ubicados en la comuna de Til-Til; “Santiago Poniente”, ubicado en la comuna de Maipú; y “Santa Marta”, ubicado en la comuna de Talagante.

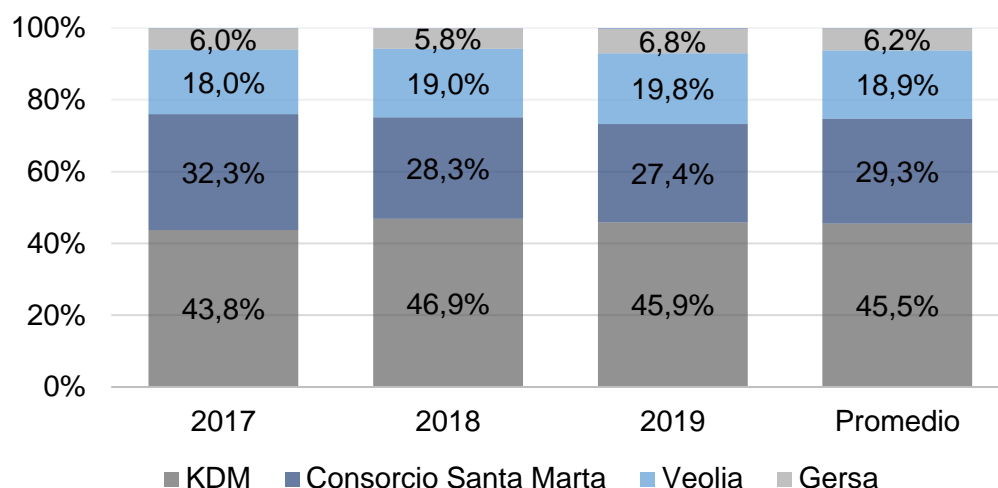
¹¹ Estas son: “Quilicura”, ubicada en la misma comuna; “Cerro Los Cóndores”, también ubicada en Quilicura, y “Puerta Sur”, ubicada en San Bernardo.

¹² Véase <https://datosretc.mma.gob.cl/dataset/destinatarios-de-residuos-industriales-no-peligrosos> [Última visita: 25 de abril de 2024].

mercado de disposición intermedia y final de RSDyA en la Región Metropolitana entre los años 2017 y 2019:

Gráfico N°1

Participación en la disposición intermedia y final de RSDyA de origen municipal, generados en la Región Metropolitana, entre los años 2017 y 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de información del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (“RETC”)¹³.

13. Los servicios de disposición intermedia y final de RSDyA son demandados por las municipalidades¹⁴. Estas entidades usualmente contratan de forma directa los servicios de disposición intermedia y/o final por medio de procesos de licitación pública¹⁵. Sin perjuicio de lo anterior, algunas municipalidades se han agrupado para efectos de realizar el proceso de contratación de estos servicios, como en el caso de las municipalidades de la Región Metropolitana que son socias de EMERES, según se verá más adelante.
14. Desde el año 2001, CSM y Veolia prestan el servicio de disposición de RSDyA a aquellas comunas de la Región Metropolitana que son socias de EMERES.

¹³ Véase <https://datosretc.mma.gob.cl/dataset/destinatarios-de-residuos-industriales-no-peligrosos> [Última visita: 25 de abril de 2024].

¹⁴ El artículo 3° letra f) del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece que la recolección, transporte y/o disposición final de RSDyA es una función privativa de las municipalidades.

¹⁵ Véase artículo 5° y siguientes de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley de Compras Públicas”).

Estas comunas generaron 1.779.606 toneladas de residuos el año 2019, lo que representa un 51,2% de los RSDyA de la Región Metropolitana.

II.2. Licitaciones de disposición intermedia y final de RSDyA de EMERES

15. EMERES fue constituida el año 1986 por 14 municipios de la Región Metropolitana¹⁶. Se trata de una sociedad de responsabilidad limitada creada al alero de las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades vigente en ese momento¹⁷⁻¹⁸. Actualmente, 20 municipios de la Región Metropolitana serían socios de EMERES¹⁹. El objeto de esta sociedad es la administración y operación de los lugares que los municipios tengan u ocupen, dentro del área metropolitana, destinados a la disposición final de basuras y de todo otro tipo de desperdicios. Conforme a su objeto social, EMERES ha efectuado dos procesos de licitación para contratar el servicio de disposición intermedia y final para sus municipios socios, a saber, una licitación pública el año 2001 y la Licitación 2021 antes mencionada.

16. Como se mencionó, en el año 2001 EMERES convocó a una licitación pública para contratar el servicio de disposición intermedia y/o final de los RSDyA de sus municipios socios (“**Licitación 2001**”). Dicha licitación fue adjudicada a Veolia²⁰ y CSM. En particular, CSM y EMERES firmaron un contrato por un plazo de 20 años, esto es, hasta el año 2021, estableciéndose una tarifa fija reajutable únicamente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), cuando la variación acumulada de este fuera mayor al 6%.

¹⁶ Para estos efectos recibió una autorización del Ministerio del Interior por medio de Resolución N°27 de 14 de abril de 1986.

¹⁷ Véase artículos 55 a 60 del Título VI “Régimen de Empresas y Concesiones de Servicios” del Decreto Ley N°1289 del año 1976 (“Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal”), que permitía el establecimiento de “empresas municipales o intermunicipales” en casos calificados. Dicho Decreto Ley fue posteriormente derogado con fecha 31 de marzo de 1988 por el actual artículo 154 de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹⁸ La Contraloría General de la República ha emitido diversos dictámenes reconociendo la existencia de EMERES y su calidad de sociedad de responsabilidad limitada, estableciendo que se encontraría sujeta a las normas del derecho común. Como referencia, véase Dictámenes N°35.532-2001 de fecha 25 de septiembre de 2001 y N°E109633-2021 de fecha 31 de mayo de 2021 de la Contraloría General de la República.

¹⁹ Las municipalidades socias de EMERES son: Cerrillos, El Bosque, Estación Central, La Cisterna, La Florida, La Granja, La Pintana, La Reina, Lo Espejo, Macul, Maipú, Ñuñoa, Pedro Aguirre Cerda, Peñalolén, Providencia, Recoleta, Santiago, San Joaquín, San Miguel y San Ramón.

²⁰ Al respecto, el Sr. Jaime Cataldo, gerente general de EMERES, en declaración ante esta Fiscalía, señaló que el contrato con Veolia se encontraba aún vigente. Véase declaración prestada ante la FNE por el Sr. Jaime Cataldo, de fecha 29 de abril de 2022.

17. Luego, el 1 de julio de 2004, CSM y EMERES suscribieron un avenimiento con el objeto de ajustar la tarifa del contrato mencionado, considerando los mayores costos asociados a la prestación del servicio, a causa de nuevas exigencias impuestas por la normativa sectorial que entraron en vigor con posterioridad a la celebración del contrato. Luego, el año 2019, CSM interpuso una demanda arbitral contra EMERES, solicitando el aumento de la tarifa por la prestación de los servicios de disposición intermedia y final bajo el contrato del año 2001. CSM fundó su pretensión en la existencia de nuevas exigencias establecidas por la autoridad competente, que habrían derivado en un alza en los costos relacionados a la prestación del servicio. Sin embargo, la demanda fue desestimada, al considerarse que dichos cambios regulatorios no constituirían un “cambio sustancial” a las condiciones del contrato²¹.
18. El año 2021, considerando que el contrato con CSM llegaba a su fin, EMERES convocó de forma privada a la Licitación 2021, para contratar los servicios de disposición intermedia y/o final de RSDyA generados por 9 de sus comunas socias²². Dicha licitación comprendía la contratación de los servicios por un periodo de cinco años.
19. Una particularidad de las bases de la Licitación 2021²³ (“**Bases**”) es que contemplaban la posibilidad de adjudicar el servicio a diferentes actores, asegurando al primer adjudicatario la prestación del servicio respecto de un mínimo de 600.000 toneladas de RSDyA anuales. El remanente de toneladas producidas por los municipios podría ser adjudicado a otros oferentes a criterio de EMERES (“multi-adjudicación”)²⁴.
20. Dado el carácter privado de la Licitación 2021, solo podían ofertar las empresas invitadas a participar del proceso²⁵. De los actores del mercado, fueron invitados a participar CSM, KDM y GERSA. Conforme a lo señalado en

²¹ Sentencia Rol N°3923-2019 del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., de fecha 14 de julio de 2021.

²² Los municipios que serían beneficiarios de los servicios contratados mediante la Licitación 2021 serían: El Bosque, La Florida, La Granja, La Pintana, Lo Espejo, Macul, Peñalolén, San Joaquín, y San Ramón.

²³ Bases *Contratación de servicios de disposición intermedia y/o final de residuos sólidos domiciliarios y asimilables generados por las comunas socias de la empresa metropolitana de disposición y tratamiento de basuras limitada “EMERES Ltda.”*. Disponibles en: <https://emerres.cl/wp-content/uploads/2020/12/Bases-de-Licitacion-Emeres-10.12.2020-VF.pdf> [Última visita: 3 de mayo de 2024]

²⁴ Bases, Numeral 32, página 34 y “Respuestas a consultas realizadas por KDM S.A.”, pregunta N°1, página 1.

²⁵ Bases, Numeral 8, página 6.

la Denuncia, EMERES no habría invitado a Veolia *con la finalidad de incentivar la construcción de plantas de tratamiento de residuos orgánicos y, de esta forma, no promover la creación o funcionamiento de más rellenos sanitarios*²⁶.

21. La entrega de las Bases de la Licitación 2021 se realizó con fecha 10 de diciembre de 2020. De acuerdo con las Bases, las tres empresas invitadas debían ofertar un precio por cada tonelada de RSDyA que fuese objeto del servicio de disposición intermedia y otro precio para el servicio de disposición final, para las 9 comunas socias de EMERES que se encontraban licitando el servicio, por un plazo de 5 años y para una generación de RSDyA anual aproximada de 730 a 880 mil toneladas anuales²⁷⁻²⁸. Así, el precio por tonelada de RSDyA debía ser ofertado *“teniendo como referencia”* la cantidad de 600.000 toneladas anuales²⁹. Asimismo, se señaló que el *“volumen de desechos dado es referencial”*, pudiendo EMERES *“aumentar o disminuir dicha cantidad a su criterio exclusivo y por razones de índole ambiental, operacional y/o técnica”*³⁰.
22. Por otra parte, se estableció que podrán participar de la licitación aquellas empresas *“con disponibilidad para otorgar los servicios de transferencia y/o disposición final al total o a una parte de la demanda de ellos”*³¹ (énfasis

²⁶ De acuerdo con la Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) N°479 de 2001, el Relleno Sanitario Santiago Poniente de Coinca S.A. (actual Veolia) tenía una vida útil de 22 años contados desde el año 2002. Véase numeral 3.3. de la referida RCA, en https://seia.sea.gob.cl/externos/admin_seia_web/archivos/3869_20010824_RE.doc [Última visita: 3 de mayo de 2024]. Dado lo anterior, en principio Veolia no habría podido ofrecer sus servicios para el periodo abarcado por la Licitación 2021, a menos que solicitara, para esos efectos, una extensión del plazo de funcionamiento del Relleno Sanitario Santiago Poniente a las autoridades competentes, o bien autorización para construir un nuevo relleno sanitario. En línea con lo anterior, el Sr. Cataldo declaró ante esta Fiscalía que EMERES quería incentivar la construcción de plantas de tratamiento de residuos orgánicos y, de esta forma, no promover la creación o funcionamiento de más rellenos sanitarios: *“la idea de, de, de hacer una licitación solo por 5 años, es porque estamos también trabajando en un programa alternativo para tratar los residuos de una manera diferente a aquella de llevarlos a relleno sanitario, y en eso somos coherentes con la implementación de la hoja de ruta de Economía Circular”*. “[S]i le estamos dando el mensaje a la empresa privada, es decirles: no construya más rellenos sanitarios. Es decir, construyamos plantas, construyamos otras cosas, pongámosle tecnología, que realmente, realmente busquemos implementar la hoja de ruta de Economía Circular”. Por otro lado, al preguntársele en dicha declaración por qué Veolia no fue invitada a participar de la Licitación 2021, el Sr. Cataldo dio una explicación adicional a la que fue señalada en la Denuncia, indicando que no invitaron a Veolia *“porque con ellos tenemos contrato vigente. Es decir, cuando EMERES tiene un contrato con Veolia, cualquiera de los socios nuestros que quiera después ir a Veolia, lo puede hacer, porque el contrato es de EMERES, entonces no tenía sentido hacer participar a Veolia en una, en una licitación, privada, cuando ellos tienen contrato vigente con nosotros, no, no se entendería”*. Véase declaración prestada ante la FNE por el Sr. Jaime Cataldo, gerente general de EMERES, de fecha 29 de abril de 2022.

²⁷ Bases, Numeral 1.1, literal f.

²⁸ A modo referencial, a partir de información del RETC, estas 9 comunas generaron 744.441 toneladas de RSDyA en 2019.

²⁹ Bases, Numeral 18.2.2, página 20.

³⁰ Bases, Numeral 32, página 34.

³¹ Bases, Numeral 8.a, página 7.

agregado), reservándose EMERES “*la facultad de seleccionar en más de un oferente la asignación de las toneladas a gestionar*”³².

23. Durante la ronda de preguntas y respuestas de la Licitación 2021, el órgano licitante señaló que “*el Mandante adjudicará, al adjudicatario principal, un mínimo de 600.000 ton/año para disposición intermedia y final, reservándose el derecho de asignar el saldo como el Mandante lo estime pertinente*”³³ (énfasis agregado), y que asimismo “*el adjudicatario puede ser más de uno, ello dependerá de la capacidad de recepción ofrecida por cada oferente y lo que resulte más beneficioso para las municipalidades socias involucradas*”³⁴ (énfasis agregado).
24. Por otra parte, ante la solicitud de GERSA de “*incorporar una tabla de valores por toneladas en función de la cantidad de residuos, o un valor por tonelada por municipio completo, ya que no se lo mismos [sic] adjudicar toda la cantidad que una parte*”, EMERES respondió que “[e]s el oferente quien debe entregar un valor por tonelada de acuerdo a su capacidad de recepción”³⁵ (énfasis agregado).
25. En el Cuadro N°1 a continuación se detallan las ofertas presentadas en el marco de la Licitación 2021:

³² Bases, Numeral 32, página 34.

³³ “Respuestas a consultas realizadas por Consorcio Santa Marta S.A.”, de fecha 24 de mayo de 2021, Numeral 30, página 7; “Respuestas a consultas realizadas por KDM S.A.”, de fecha 24 de mayo de 2021, Numeral 1, página 1; “Respuestas a consultas realizadas por Gersa S.A.”, de fecha 24 de mayo de 2021, Numeral 2, página 1.

³⁴ “Respuestas a consultas realizadas por KDM S.A.”, de fecha 24 de mayo de 2021, Numeral 12, página 4.

³⁵ “Respuestas a consultas realizadas por Gersa S.A.”, de fecha 24 de mayo de 2021, Numeral 61, página 12.

Cuadro N°1

Precios y cantidades ofertados en la Licitación 2021³⁶

Participantes	Precio ofertado por tonelada (pesos netos de IVA)	Cantidad de toneladas/año incluidas en la oferta
CSM	17.944	600.000
KDM	17.000	300.000
GERSA	29.827	144.000 ³⁷

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada en respuesta a Oficio Res. N°82-22 FNE.

26. De acuerdo con el “Informe de Evaluación y Proposición de Adjudicación” para la Licitación 2021, las ofertas de KDM y GERSA fueron declaradas inadmisibles, en razón de que ambas habrían postulado para gestionar una cantidad de RSDyA menor a las 600.000 toneladas anuales estipuladas en las Bases.
27. Al respecto, la Comisión Evaluadora señala en el mencionado informe que KDM *“oferta una tarifa sobre un universo de 300 mil toneladas, confundiendo la facultad del mandante de adjudicar de manera múltiple por dicha cantidad o por alguna otra [...] La capacidad ofertada por KDM no responde a lo requerido en esta licitación”*³⁸. Por otro lado, la oferta de GERSA es declarada inadmisibles *“debido a que oferta un sistema de reajustabilidad distinto de la tarifa”* y porque *“la capacidad ofertada por GERSA no responde a lo requerido*

³⁶ Las tarifas ofertadas debían ser presentadas por medio del Anexo N°1.3.2. de servicio de disposición intermedia y el Anexo N°1.3.1. de servicio de disposición final, que formaban parte de las Bases. Tanto KDM como CSM ofertaron tarifas respecto de ambos servicios, adjuntando los dos anexos mencionados. Sin embargo, GERSA solo presentó el anexo de oferta económica relativo al servicio de disposición intermedia, en el cual ofertó la tarifa de \$29.827 por tonelada gestionada. Sin perjuicio de lo anterior, según señaló el Sr. Cataldo ante esta Fiscalía, EMERES habría entendido que la tarifa ofertada por GERSA correspondía al servicio de disposición intermedia y al de disposición final: *“Yo creo que nuestra interpretación de la comisión, donde yo no era parte, es que se trató de un error para llenar el formulario como consecuencia del valor de la tarifa, es decir, una tarifa de disposición intermedia por ese monto no resiste ningún análisis, por lo tanto se entendía que era por disposición intermedia y final”*. Véase declaración prestada ante la FNE por el Sr. Jaime Cataldo, gerente general de EMERES, de fecha 29 de abril de 2022.

³⁷ En su oferta, GERSA indicó que *“[e]l valor ofertado ha sido calculado considerando una recepción máxima de 12.000 toneladas mensuales”*. Véase respuesta a Oficio Res. N°82-22 FNE.

³⁸ “Informe de Evaluación y Proposición de Adjudicación Comisión Evaluadora”, de fecha 15 de septiembre de 2021, página 4.

en esta licitación”³⁹. Habida cuenta de lo anterior, EMERES adjudicó la prestación de los servicios a CSM.

III. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

28. Como se mencionó, EMERES señaló en la Denuncia que, en el contexto de la Licitación 2021, todas las Denunciadas presentaron ofertas para prestar el servicio de disposición intermedia y final de RSDyA por un monto muy superior al que EMERES pagaba anteriormente por estos servicios. Por otra parte, de acuerdo con el “Informe de Evaluación y Proposición de Adjudicación” para la Licitación 2021, dos de las tres Denunciadas efectuaron ofertas para gestionar una cantidad de toneladas de RSDyA menor a la que habrían exigido las Bases, lo que habría provocado que estas fueran declaradas inadmisibles y que EMERES aceptara la única oferta presentada declarada admisible, esto es, la oferta de CSM.
29. A partir del análisis realizado por esta División, no se han encontrado indicios que sugieran la existencia de conductas atentatorias a la libre competencia o de acuerdos o prácticas concertadas por parte de las Denunciadas destinadas a afectar el resultado de la Licitación 2021, ni que justifiquen la apertura de una investigación a este respecto, por las consideraciones que se detallarán a continuación. Para estos efectos, primero analizaremos los precios ofertados por las Denunciadas en la Licitación 2021 en relación a procesos anteriores (sección III.1) y, luego, si la presentación de ofertas parciales por parte de dos oferentes puede considerarse un eventual indicio de coordinación (sección III.2).

III.1. Precios ofertados por las Denunciadas en la Licitación 2021 en relación a procesos anteriores

30. Según la Denuncia, los montos ofrecidos en la Licitación 2021 representan un aumento considerable en relación con la tarifa que EMERES pagaba por los mismos servicios a CSM bajo el contrato firmado el año 2001. En efecto, como referencia, las tarifas ofertadas por KDM y CSM en el contexto de la Licitación

³⁹ Ibid., página 5.

2021, detalladas en el Cuadro N°1 *supra*, son un 38,4% y un 46,1% más altas, respectivamente, que la tarifa pagada por EMERES por el mismo servicio a enero de 2021, durante la vigencia del contrato anterior⁴⁰.

31. Sin embargo, conforme a lo señalado en el informe denominado “*Estudio de la tarifa de disposición final de residuos sólidos urbanos en rellenos sanitarios*”, aportado por la misma Denunciante, existirían diversos factores que inciden en un aumento en los costos asociados a los servicios de disposición de RSDyA, los cuales no serían compensados completamente por la variación del IPC -como fue estipulado en el contrato firmado el año 2001-, en los siguientes términos:

“[s]e recomienda que el reajuste del servicio se haga ponderando en cada caso el incremento del costo de la mano de obra, la variación del dólar observado en el periodo de análisis, el incremento del precio del petróleo y la variación positiva del índice de precios al consumidor (IPC) acumulado en el periodo. De forma adicional se recomienda que las variaciones legislativas que afecten la estructura de costos de un relleno sanitario, también se [sic] incorporadas en el análisis de reajuste de tarifas”⁴¹.

32. En esa misma línea, y según se señaló *supra*, los mayores precios ofertados en el marco de la Licitación 2021 serían consistentes con lo expuesto previamente por una de las oferentes en el contexto de una demanda arbitral deducida contra EMERES el año 2019⁴². En conformidad con lo señalado en dicha oportunidad, dadas las nuevas exigencias que habrían sido establecidas por la autoridad competente, en particular aquellas de carácter ambiental⁴³, el

⁴⁰ Véase “Estudio para la licitación de contratos de disposición final de residuos sólidos domiciliarios en rellenos sanitarios para el período 2020-2040 – primer informe”, elaborado por GESCAM, página 143, Tabla V.22. Desde la fecha de la última tarifa indicada en dicha tabla – el primero de abril de 2019 – hasta enero de 2021, se mantuvo vigente la misma tarifa, debido a que la variación acumulada del IPC no superó el 6% en dicho periodo.

⁴¹ Informe “Estudio de la tarifa de disposición final de residuos sólidos urbanos en rellenos sanitarios”, elaborado por AGESEM, de fecha 16 de agosto de 2021, página 9.

⁴² Sentencia Rol N°3923-2019 del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., de fecha 14 de julio de 2021.

⁴³ Dichas nuevas exigencias dicen relación principalmente con el Decreto Supremo N°189, de 2005, del Ministerio de Salud, que establece una serie de nuevos requisitos para el funcionamiento de los rellenos sanitarios, así como de las exigencias de RCA que ha establecido la autoridad. Véase Sentencia Rol N°3923-2019 del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., de fecha 14 de julio de 2021, páginas 6 y 7. Asimismo, las RCA que ha establecido la autoridad para el relleno sanitario de Santa Marta se encuentran disponibles en: <https://snifa.sma.gob.cl/UnidadFiscalizable/Ficha/250> [Última visita: 3 de mayo de 2024].

IPC no reflejaría las variaciones que se habrían producido en sus costos. En vista de lo anterior, en su opinión, la tarifa del contrato debía reajustarse en 0,479 UF adicional por cada tonelada de RSDyA gestionada, lo que representaba un alza de 109,2% respecto a la tarifa vigente a la fecha para el período comprendido entre los años 2015 y 2019.

33. Por otra parte, las tarifas ofertadas para la licitación en análisis son relativamente similares a los precios pagados por los mismos servicios por distintas municipalidades de la Región Metropolitana⁴⁴⁻⁴⁵. Así, la oferta que resultó adjudicada en la Licitación 2021 es un 3,5% menor que la oferta más alta adjudicada en Mercado Público⁴⁶, y un 13,7% más alta que la segunda oferta más alta adjudicada en dicho sistema⁴⁷⁻⁴⁸.
34. En conclusión, luego del análisis de los antecedentes recabados en el marco de la Denuncia, y a falta de otros antecedentes, esta División considera que el aumento de tarifas ofertadas para la Licitación 2021 no resulta indiciario de conductas atentatorias a la libre competencia o de acuerdos o prácticas concertadas destinados a afectar el resultado de la Licitación 2021.

III.2. Eventual coordinación en las ofertas de las Denunciadas

35. Como se mencionó anteriormente, las ofertas presentadas por KDM y GERSA en el marco de la Licitación 2021 fueron declaradas inadmisibles, dado que

⁴⁴ El análisis comprende las tarifas de todas las licitaciones disponibles en la plataforma Mercado Público por servicios de disposición intermedia y final de RSDyA municipales de la Región Metropolitana, reajustadas por IPC según corresponda. Se consideran las licitaciones cuya fecha de cierre fue entre enero de 2009 y enero de 2022.

⁴⁵ No se considera en esta comparación la oferta de GERSA. Esta tarifa se escapa ampliamente del rango ofertado por CSM y KDM (ver Cuadro N°1). El Sr. Cataldo, en declaración ante esta Fiscalía, señaló, con respecto al mayor valor de la oferta de esta empresa: "*Gersa está especializado en disposición intermedia y final de residuos industriales, por lo tanto, las tarifas son distintas en el ámbito industrial que en el ámbito domiciliario*". Véase declaración prestada ante la FNE por el Sr. Jaime Cataldo, gerente general de EMERES, de fecha 29 de abril de 2022. Adicionalmente, GERSA no habría contado con la capacidad disponible suficiente para gestionar las 600.000 toneladas que se tenían como referencia en la Licitación 2021, como será expuesto en la siguiente sección, lo que podría haber influido en la fijación de su tarifa.

⁴⁶ Licitación ID 3668-13-LR21 de la Ilustre Municipalidad de Calera de Tango, disponible en <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=yz5ESBj4ITJK60ZUhfzEHw==> [Última visita: 3 de mayo de 2024].

⁴⁷ Licitación ID 2719-31-LR20 de la Ilustre Municipalidad de Pirque, disponible en <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=vMCsXYgyLSf5gVSi3d zxGQ==> [Última visita: 3 de mayo de 2024].

⁴⁸ Por su parte, la oferta de KDM en la Licitación 2021 es un 8,6% más baja que la oferta más alta adjudicada en Mercado Público y un 7,8% más alta que la segunda oferta más alta adjudicada en el mismo sistema.

ambas postularon para gestionar una cantidad de RSDyA supuestamente menor a la que habrían exigido las Bases de dicha licitación, razón por la cual EMERES adjudicó la licitación a la única oferta declarada admisible, esto es, a CSM. Por tanto, esta División examinó la existencia de indicios de un eventual actuar concertado entre las Denunciadas, con el objeto de afectar el resultado de la Licitación 2021, en el sentido de favorecer la adjudicación de CSM.

36. Analizados en conjunto el texto de las Bases y lo señalado por EMERES en la ronda de consultas y respuestas, esta División concluye que no se habría establecido una exigencia, en términos claros e inequívocos, en el sentido de requerir a las empresas invitadas a participar que realizaran ofertas por un mínimo de 600.000 toneladas de RSDyA para efectos de considerar admisible su oferta. Lo anterior, teniendo especialmente en cuenta que: (i) las Bases señalan que las 600.000 toneladas de RSDyA debían considerarse como una “referencia”, (ii) las mismas Bases establecen que EMERES podía aumentar o disminuir esa cantidad a su solo arbitrio y adjudicar a uno o más oferentes, al señalar que los postulantes debían tener “*disponibilidad para otorgar los servicios de transferencia y/o disposición final al total o a una parte de la demanda de ellos*”⁴⁹, y (iii) las respuestas dadas por EMERES a las consultas efectuadas por los participantes, en el sentido de que los oferentes debían entregar un valor por tonelada “*de acuerdo a su capacidad de recepción*”.
37. Adicionalmente, cabe destacar que el Gerente General de EMERES reconoció, en declaración prestada ante esta Fiscalía, estar en conocimiento que GERSA no contaba con la capacidad suficiente para disponer de 600.000 toneladas anuales de RSDyA⁵⁰. En el caso de KDM, ésta habría contado con una capacidad de recepción disponible inferior a las 350 mil toneladas al año 2019⁵¹.

⁴⁹ Las comunas objeto de esta Licitación generan residuos en torno a las 750 mil toneladas de RSDyA (ver nota 28), por lo que, de ser exigible esta interpretación, podría existir un único adjudicatario. Es más, las propias Bases indican (Numeral 1.1, literal f.): “y para una generación de RSDyA anual aproximada de 730 a 880 mil toneladas anuales”. Por lo que, exigiéndose dicha restricción, sería posible adjudicar a un único oferente, en contradicción a la facultad de las Bases de otorgar los servicios parcialmente entre distintos oferentes.

⁵⁰ “FNE: “Respecto de las empresas invitadas, [...] ¿Hay alguna de esas que no dispusiera la capacidad suficiente para gestionar 600.000 toneladas anuales?” Sr. Cataldo: “Sí, claro, claro, la, la, claramente Gersa no tiene esa, esa capacidad, claramente.” Declaración prestada ante la FNE por el Sr. Jaime Cataldo, gerente general de EMERES, de fecha 29 de abril de 2022.

⁵¹ Estimación en base a interpolación lineal de información indicada en Tabla V.12. Relleno Sanitario Loma Los Colorados, Capacidad de Ingreso de Residuos, 1997 – 2047, disponible en “Estudio para la licitación de

38. En suma, sea por falta de claridad en las condiciones de postulación a la Licitación 2021, o por restricciones en su propia capacidad, el comportamiento económico de KDM y GERSA en la licitación en análisis no sería sugerente de un eventual acuerdo para afectar su resultado.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES

39. Por último, esta Fiscalía considera necesario referirse al diseño de la Licitación 2021, y en particular a la decisión de restringir la participación en ella solo a aquellos oferentes que fueron expresamente invitados a tal efecto. Lo anterior fue posible dado que, al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada, a EMERES no le resultó aplicable la Ley de Compras Públicas⁵², pese a que su ámbito de actuación se encuentra limitado a competencias municipales, en actividades tendientes a satisfacer necesidades comunales o intercomunales.
40. En relación con lo anterior, el “Estudio de Mercado sobre Compras Públicas” elaborado por la División de Estudios de Mercado de esta Fiscalía, señaló que el hecho de que ciertas entidades de derecho privado como las corporaciones municipales no tengan la obligación legal de acogerse a la Ley de Compras Públicas “[s]e traduce en una evidente falta de control de los procesos de compra que realizan”⁵³. En línea con lo anterior, en dicha oportunidad esta Fiscalía propuso que se efectuara una modificación legal que incorporara a las corporaciones municipales dentro de aquellas entidades afectas a la Ley de Compras Públicas⁵⁴. Dicha sugerencia fue recogida por la nueva Ley N°21.634, del año 2023, que modifica la actual Ley de Compras Públicas, cuyos cambios entrarán en vigencia a partir del 12 de diciembre de 2024. De esta manera, el nuevo artículo 1° de la Ley de Compras Públicas extendería la aplicación de

contratos de disposición final de residuos sólidos domiciliarios en rellenos sanitarios para el período 2020-2040 Resumen ejecutivo cuarto informe”, elaborado por GESCAM S.A., página 87, e información de disposición de RSDyA disponible en el RETC. Se calcula como la diferencia entre la capacidad de ingreso de residuos y RSDyA dispuestos en el relleno sanitario Loma Los Colorados.

⁵² Dictamen N°35.532-2001 de la Contraloría General de la República, de fecha 25 de septiembre de 2001 y Dictamen N°E109633-2021 de la Contraloría General de la República, de fecha 31 de mayo de 2021. Según estos dictámenes, a EMERES le sería aplicable el derecho común, en consideración a que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada.

⁵³ Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019), elaborado por la División de Estudios de Mercado de la FNE, de noviembre de 2020, página 231.

⁵⁴ Ibid., página 232.

dicha legislación, además de los organismos de la Administración del Estado señalados en el inc. 2° del artículo 1 de la Ley N°18.575, a corporaciones, fundaciones y asociaciones de participación municipal o regional, entre otras.

41. Por otra parte, la Ley de Compras Públicas también fue recientemente modificada por la Ley N° 21.445 del año 2022, disponiendo que: “[T]ratándose de las bases de las licitaciones de recolección de residuos sólidos domiciliarios, las municipalidades deberán sujetarse a los contenidos mínimos que para ellas establezca un reglamento expedido a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública [...]. Dichas bases de licitación y las adjudicaciones deberán ser sometidas al trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República” (artículo 6° inciso 2°). El mencionado reglamento se encuentra contenido en el Decreto N°316, de 2022, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Aprueba el Reglamento que Establece la Tipología de los Municipios y Regula los Contenidos Mínimos a los que Deben Sujetarse las Municipalidades al Momento de Elaborar las Bases de Licitación Pública para la Concesión de los Servicios de Recolección, Transporte y Disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios de Conformidad al Artículo 6 de la Ley N°19.886. De acuerdo con su artículo 1°, este Reglamento “*regula los contenidos mínimos a los que deben sujetarse las municipalidades al momento de elaborar las bases de licitación pública para la concesión de los servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios*”.

V. CONCLUSIONES

42. A partir del análisis realizado por esta División, no existen indicios o elementos que sugieran que el aumento en los precios ofertados o la exclusión de determinadas ofertas respondan a conductas anticompetitivas de una o más empresas denunciadas, existiendo además antecedentes que sugieren explicaciones alternativas plausibles para los resultados de la licitación que motivaron la denuncia, por lo que no existirían elementos que justifiquen la apertura de una investigación.
43. Conforme lo anterior, se recomienda declarar inadmisibles la presente Denuncia, sin perjuicio de la facultad de la FNE de velar permanentemente por la libre

competencia en el mercado y de analizar la apertura de una investigación en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,

JUAN CORREA SERRANO
JEFE DIVISIÓN ANTICARTELES

XCS