

En lo principal, aporta antecedentes; **en el primer otrosí**, solicita modificación de Instrucción de Carácter General que indica; **en el segundo otrosí**, acompaña documentos; **en el tercer otrosí**, solicita lo que indica; **en el cuarto otrosí**, solicita la habilitación de un drive.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Iván Arcos Axt, abogado, en representación de la Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje (“ANIR A.G.”) en autos caratulados *“Solicitud de informe de Agrosuper S.A. y otras respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIGENEM”* (“SIGENEM”), Rol NC N°492-2021 D, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

De acuerdo con sus estatutos, y su objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de la actividad común de los asociados, y a su propósito expreso de impulsar y obtener la dictación de Leyes, reglamentos, decretos y resoluciones que faciliten el progreso y desenvolvimiento de las actividades de reciclaje y aquellas conexas a estas, ANIR A.G. ha participado activamente en todo el proceso de elaboración y ejecución de la Ley N°20.920 Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (“Ley REP”), promulgada el 17 de mayo del año 2016, teniendo siempre como guía el contribuir al desarrollo de una economía sostenible capaz de optimizar, reducir, reutilizar y transformar los residuos en activos.

En particular, la Ley REP cambia el modelo de negocios que hasta ahora han desarrollado las empresas vinculadas con la industria del reciclaje, al crear un agente económico nuevo, llamado Sistema de Gestión (“SIG”), quien deberá intermediar entre estas empresas y los productores de residuos de productos prioritarios. Esta intermediación, de acuerdo a esta ley, se desarrollará por medio de licitaciones cuyas bases deben ser examinadas y aprobadas ex ante por el H. Tribunal, conjuntamente con los Estatutos del SIG.

En virtud de esto, ANIR se hizo parte en esta causa con fin de explicar la industria del reciclaje en Chile, e ilustrar como el nuevo sistema de gestión propuesto por Agrosuper y otros (“Solicitantes”) se inserta en esta industria, y particularmente dentro de la economía circular. Junto a esto, se analizaron las bases de licitación y el estatuto presentados, desde el punto de vista de la protección de la libre competencia.

Finalmente, esta presentación se estructurará de la siguiente forma: en primer lugar se analizará los mercados relevantes, en particular el de valorización de residuos y los índices de concentración en ellos; luego se analiza el poder de mercado del sistema de gestión propuesto por los Solicitantes; a continuación se analizan las bases de licitación presentadas en la Solicitud y la situación respecto a los Convenios con Municipalidades; por último, se analizan los Estatutos y la autonomía que tendrá el sistema de gestión propuesto. Se hace presente que para mayor detalle se acompaña a esta presentación un Informe Económico.

Por lo tanto, encontrándonos dentro de plazo, y de acuerdo con lo ordenado por este H. Tribunal mediante su resolución de fecha 8 de junio de 2021, ANIR A.G aporta los siguientes antecedentes, en calidad de interviniente y legítima interesada, en el procedimiento iniciado mediante la solicitud de folio 31 (“Solicitud”) formulada.

ANTECEDENTES

A.- Mercados relevantes

1. En la solicitud presentada, los Solicitantes reconocen, de manera muy pertinente, que los envases y embalajes (“EyE”) *“tienen funcionalidades, precios y procesos de producción distintos, circunstancias que en la práctica implican que no sean todos sustitutos entre sí”*, no constituyendo por lo tanto un solo mercado relevante. Sin embargo, para efectos de la solicitud presentada, tratan conjuntamente su producción como un solo ya que *“la Ley REP al tratar la gestión colectiva de EyE regula la administración conjunta de dichos productos, sin realizar un tratamiento diferenciado en materia de gestión colectiva ni distinguir entre distintos tipos de EyE sino que agrupando a todos ellos en su calidad de productos prioritarios.”*
2. Efectivamente, la Ley REP establece que la responsabilidad extendida del productor aplicará para el producto prioritario EyE, dejando la determinación de sus categorías o subcategorías a los respectivos decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas.¹ Consecuentemente, el DS N°12 de 2021 del Ministerio del Medioambiente, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes (“DS N°12”), determina que los EyE se dividen en dos grandes categorías: (1) domiciliarios y (2) no domiciliarios.² Respecto a los domiciliarios, establece 5 subcategorías, *“en función de*

¹ Artículo 10 letra d) Ley N°20.920

² Artículo 4, inc. 1. DS N°12 de 2021 del Ministerio del Medioambiente, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes.

su composición material: a) Cartón para líquidos; b) Metal; c) Papel y cartón; d) Plástico; y e) Vidrio.”³

3. Dado esto, creemos que una clara definición del mercado relevante resulta esencial para poder proceder a una correcta evaluación de las Bases de Licitación que los Solicitantes acompañan en su presentación, y que para esto los EyE no deben ser tratados como solo un mercado relevante. Tal como lo ya ha afirmado el H. Tribunal, para efectos de evaluar si las Bases vulneran la normativa de libre competencia y, en su caso, si se deben establecer condiciones que aseguren el cumplimiento con el DL N°211, *“resulta necesario determinar el o los mercados relevantes en los cuales incide el proceso licitatorio objeto de esta Consulta, y los mercados relacionados que puedan verse afectados por sus resultados.”⁴*
4. La Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) entiende por mercado relevante *“el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tal que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.”* Este mercado, continua la FNE, *“contiene las alternativas más probables con que los consumidores de las entidades que se concentran pueden sustituir sus productos”,⁵* algo que en este caso particular no se da, al no ser las subcategorías de EyE sustitutas una de las otras. Finalmente, la adecuada determinación del mercado relevante permite el cálculo de concentración por medio del índice Herfindahl-Hirschman (IHH).⁶ En resumen, el principal objetivo de la definición del mercado es evaluar la existencia, la creación o el fortalecimiento del poder de mercado, facilitar la identificación de los competidores pertinentes y evaluar el riesgo de posibles efectos anticompetitivos.
5. Por lo tanto, dado lo anterior, a continuación procederemos a describir el mercado relevante, el poder y concentración de mercado de cada una de las seis industrias de reciclaje por separado sobre aluminio, cartón, plásticos de polietileno (PE), plásticos de tereftalato de

³ Artículo 5. DS N°12 de 2021 del Ministerio del Medioambiente, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes.

⁴ Resolución del H. Tribunal N°66/2021, párrafo 40.

⁵ Fiscalía Nacional Económica. Guía de Operaciones de Concentración. Mayo, 2021.

⁶ La determinación del mercado relevante permite el cálculo de concentración y el índice Herfindahl-Hirschman (IHH), que de acuerdo con la guía de Operaciones de Concentración de la FNE se considera que un índice IHH menor o igual a 1.500 reflejan un mercado poco concentrado, entre 1.501 y 2.500 indica un mercado moderadamente concentrado e índices mayores a 2.501 implica un mercado altamente concentrado.

polietileno (PET), plásticos de polipropileno (PP) y vidrio.⁷ Además se describen los mercados de la recolección y disposición final, de espacios de aporte voluntario, y de los clasificadores de residuos sólidos.

6. **En la recolección y disposición de residuos** existe integración vertical entre empresas recolectoras y vertederos, siendo estos calificados como facilidades esenciales, materia ampliamente tratada por el H. Tribunal.⁸ En particular, se observa la integración vertical en recolección y disposición por parte del Grupo KDM, que forma parte del Grupo Urbaser Danner, integrado por la española Urbaser y la estadounidense The Danner Company. Las tres empresas relacionadas son Demarco S.A. y Starco S.A. que participan del mercado de la recolección de residuos, y KDM S.A. en disposición de residuos con el relleno sanitario de Lomas Los Colorados, ubicado en Til-Til. También, existe integración vertical entre la empresa Dimensión S.A. que realiza recolección de residuos y el Consorcio Santa Marta que opera el relleno sanitario del mismo nombre en Lonquén. La empresa Inversiones y Servicios Inser S.A. tiene participación societaria en ambas empresas.
7. Por otra parte, respecto a la **recolección selectiva de residuos**, en la actualidad en la Región Metropolitana existen solo 5 comunas que la realizan: Lo Barnechea, Ñuñoa Vitacura, gestionado por Grupo KDM, Las Condes gestionado por Dimensión, y Providencia gestionado un piloto por Rembre. En las comunas de Lo Barnechea, Vitacura y Ñuñoa el camión especializado en recolección selectiva realiza el recorrido de reciclaje casa a casa, llevando inmediatamente todo lo recolectado a la planta de selección manual de residuos de la Empresa KDM en las inmediaciones del relleno sanitario de su propiedad en Til-Til, donde se realiza la separación por tipo de residuo. En el caso de Las Condes, la recolección selectiva es llevada a la planta de selección manual de residuos de la empresa Dimensión.
8. **En la gestión de los espacios de aporte voluntario de residuos** participan un gran espectro de empresas, que se adjudicaron el servicio municipal vía licitación o trato directo. Dentro de los operadores se encuentran Grupo KDM (Starco y Demarco), Dimensión, Veolia, Triciclo, Kyclos, Rembre, Volta, Cosemar, Servitrans, VicMar, Ecológica, Enfaena, Gersa, Morcas, CTS entre

⁷ Los datos utilizados para este análisis son los que se levantaron para la confección de las Fichas Técnicas que ANIR realizó conjuntamente con la consultora Kyclos, y que cuyas versiones públicas también se acompañan en esta presentación.

⁸ Sentencia N°47/2006 del H. Tribunal; Sentencia N°64/2008, considerando 20° del H. Tribunal que si bien no se trata propiamente un caso relativo a la doctrina de las facilidades esenciales, sería igualmente aplicable en una situación en que el demandante de una facilidad esencial no está dispuesto a cumplir con exigencias de idéntica naturaleza que le haga el titular de la facilidad.

otros. Sin embargo, en el desarrollo de estos espacios existe un relevante financiamiento estatal para infraestructura municipal.

9. **En la clasificación de residuos sólidos**, con el objeto de dar el servicio de recolección selectiva y clasificación de residuos a las comunas del sector oriente del Gran Santiago, la empresa Grupo KDM y Dimensión poseen plantas de clasificación manuales en la comuna de Til-Til y Maipú, respectivamente. Actualmente ambas empresas tienen proyectos de inversión para convertir sus plantas en clasificación automatizada, lo que producirá una mayor integración vertical en este mercado ya descrita en la letra a de este numeral, dado que las empresas Grupo KDM y Dimensión realizan las funciones de recolección, gestión puntos limpios, clasificación y disposición de residuos (rellenos sanitarios), en donde el mayor proyecto es de Inversiones y Servicios Inser SA, actuales dueños de Dimensión, por US\$ 35 millones con capacidad de 360 mil toneladas anuales y Zyklus SA, cuyos dueños es el grupo KDM, por US\$40 millones con capacidad de 360 mil toneladas anuales.⁹

A.1.- La valorización de residuos

10. La valorización tiene como objetivo recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y/o obtener poder calorífico de los mismos. La valorización comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética en caso de ser posible.
11. En el caso del cartón, las empresas productoras consideran el reciclaje de material como parte de su proceso de fabricación, pero lo hacen a través de empresas filiales. En el caso de los plásticos, una parte importante de la producción se fabrican con mezclas de materia prima virgen y con pellets de material reciclado, por lo que las empresas de reciclaje están ligadas con las elaboran los envases y embalajes. Un elemento para tener en consideración es que solo el aluminio y vidrio se pueden reciclar infinitas veces sin perder sus propiedades, mientras que los plásticos y el papel/cartón poseen una vida útil de reciclaje.
12. Existe un poder comprador de residuos tratados importante en el exterior, lo que permite cierta competencia en la determinación del precio de venta nacional de residuos a los valorizadores dentro del país, siendo un elemento disciplinador de la competencia en la determinación del precio de compra de residuos tratados y en la venta de material reciclado por parte de la industria de valorización de aluminio, papel/cartón y plásticos. Sin embargo, esto no ocurre en el caso del vidrio. El material para producir vidrio no es exportado o

⁹ Informe Económico de ANIR. Tablas N°7,8,y 9.

importado y su reciclaje se realiza íntegramente en el país. En la actualidad existen 3 fábricas de vidrio en el país, las cuales podrían reemplazar todo el material virgen por material reciclado, dado que su capacidad excede en casi 3 veces lo que se recolecta hoy.

13. Es importante tener presente que las empresas que producen envases y embalajes pueden utilizar como insumo productivo el material virgen o su sustituto, que es material reciclado. El uso de uno u otro dependerá del precio del insumo productivo, cantidad disponible y calidad. Por ejemplo, el plástico reciclado casi siempre luce distinto a como luce el plástico virgen, posiblemente no luzca tan llamativo, tenga buena apariencia o pierda capacidad de transparencia, pero su funcionalidad puede ser tan buena como la del plástico virgen. En el caso del papel ocurre algo similar, en la elección de papel reciclado o un papel fibra virgen dependerá del tipo de productos que se elaborará, ya que el reciclaje del papel implica un cierto grado de pérdida de calidad debido a la ruptura de fibras que se da en el proceso de reciclaje y el papel con tinta implica encarecer el proceso de reciclaje, pues hace que los materiales sean más difíciles de procesar.

14. Finalmente, respecto a la cantidad de toneladas del material disponible de envases y embalajes en el país, la cantidad de toneladas recicladas y, la capacidad de reciclaje de los valoradores por tipo de material, es importante distinguir que: a) es el cartón el que presenta la mayor cantidad de toneladas del material disponible con 601.419 toneladas, mientras que el aluminio es el tipo de material que cuenta con un menor número de toneladas con 34.720 toneladas;¹⁰ b) el cartón es el tipo de material que se está gestionando más con respecto al total disponible con un 64,9%, los plásticos, el aluminio y el vidrio se ubican en una tasa de reciclaje entre 20% y 31%, por lo tanto, existe un porcentaje que fluctúa entre 70% y 80% de material disponible país que no se está gestionando o reciclado;¹¹ c) es evidente que solo se podrá aumentar la tasa de reciclaje siempre y cuando la capacidad ocupada sea baja, lo que en el caso del cartón no se da ya que existe una capacidad prácticamente copada en la actualidad. Sin embargo, en el resto de los tipos de materiales la capacidad ocupada es relativamente baja y se proyecta aumentos de la capacidad principalmente en plásticos para los próximos 3 años.¹²

¹⁰ Informe Económico de ANIR. Tabla N°14.

¹¹ Informe Económico de ANIR. Tabla N°15.

¹² Informe Económico de ANIR. Tabla N°16 y N°17.

A.2.- Concentración en el mercado de los valorizadores

15. Con el fin de evaluar el riesgo de posibles efectos anticompetitivos, describiremos a continuación la concentración de mercado de cada una de las seis industrias de reciclaje por separado, a saber: aluminio, cartón, plásticos de polietileno (PE), plásticos de tereftalato de polietileno (PET), plásticos de polipropileno (PP) y vidrio.

i) Mercado reciclaje del aluminio

El aluminio no pierde las características originales de la materia prima obtenidas de forma primaria y la valorización de este material se relaciona directamente con la exportación. Cuantificando la participación de mercado derivada de la cantidad de toneladas de material gestionado que cada gestor trató en el año 2019, se obtiene un IHH de 1.661. El índice indica que el mercado de valorización de aluminio es moderadamente concentrado.¹³

ii) Mercado reciclaje del Cartón

En el reciclaje del cartón existen dos tipos de gestores en la cadena de valor de los envases y embalajes de papel y cartón. Primero, se encuentran los gestores de pretratamiento, que se encargan de captar a quienes recopilan el material en todo Chile, seleccionan, acopian y enfardan para luego transportar a los gestores de reciclaje de envases de papel y cartón, que son las empresas que transforman el material enfardado en materia prima que se recicla para su nueva utilización. Cuantificando la participación de mercado derivada de la cantidad de toneladas de material gestionado país que cada gestor trató en el año 2019 para el caso de los gestores pretratamiento, se obtiene un IHH de 3.967. El índice indica que el mercado está altamente concentrado. Con respecto a los gestores de reciclaje de cartón, se obtiene un IHH de 4.018, lo que indica que este mercado también está altamente concentrado.¹⁴

iii) Mercado de los Plásticos PE

La valorización del plástico PE consiste en el proceso de molienda, triturado y paletización de envases y embalajes como bidones, contenedores, cajas, bins, pallets y similares. Cuantificando la participación de mercado derivada de la cantidad de toneladas de material

¹³ Informe Económico de ANIR. Tabla N°18.

¹⁴ Informe Económico de ANIR. Tabla N°19 y N°20.

gestionado que cada gestor trató en el año 2019, se obtiene un IHH de 1.311. El índice indica que el mercado de valorización de los plásticos PE está poco concentrado.¹⁵

iv) Mercado de los Plásticos PET

La valorización del PET consiste en el proceso de molienda y triturado de botellas y envases Clamshell. Esto conforma parte de la materia prima que entra al proceso de economía circular para la fabricación de nuevos envases. Cuantificando la participación de mercado derivada de la cantidad de toneladas de material gestionado que cada gestor trató en el año 2019, se obtiene un IHH de 2.171. El índice indica que el mercado de valorización de los plásticos PET está moderadamente concentrado.¹⁶

v) Mercado de los Plásticos PP

La valorización del PP consiste en el proceso de molienda, triturado y paletización de sacos, maxi sacos, mallas y tapas de botellas, además de frascos, termoformados, pallets y zunchos. Cuantificando la participación de mercado derivada de la cantidad de toneladas de material gestionado que cada gestor trató en el año 2019 se obtiene un IHH de 1.279. El índice indica que el mercado de valorización de los plásticos PP está poco concentrado.¹⁷

vi) Mercado del Vidrio

La valorización del vidrio consiste en el triturado de botellas, frascos, envases y otros, que posteriormente se recuperan para ser comercializados como materia prima secundaria a menor costo que la materia prima inicial. Cuantificando la participación de mercado derivada de la cantidad de toneladas de material gestionado que cada gestor trató en el año 2019, se obtiene un IHH de 4.511. El índice indica que el mercado de valorización del vidrio es altamente concentrado.¹⁸

16. En definitiva, se encuentra que el mercado del reciclaje de cartones y vidrio se encuentra altamente concentrado, elemento que debe tenerse presente en el análisis de competencia de las bases de licitación del sistema de gestión.

¹⁵ Informe Económico de ANIR. Tabla N°21

¹⁶ Informe Económico de ANIR. Tabla N°22.

¹⁷ Informe Económico de ANIR. Tabla N°23.

¹⁸ Informe Económico de ANIR. Tabla N°24.

B.- Poder de mercado y dominancia de SIGENEM

1. En la solicitud presentada los Solicitantes indican que el 36,4% de los envases y embalajes producidos en el país pertenecerán a SIGENEM al comienzo de su operación.¹⁹ Sin embargo, de acuerdo al Informe Económico acompañado, consideramos que este porcentaje se calculó sobrestimando las cifras de producción nacional de residuos. Dado que a los envases vacíos producidos en Chile se le debe sumar el material vacío que se importa y restar la exportación. De acuerdo a este análisis, existirían 1.328.064 toneladas de material disponible país²⁰, por lo tanto, al considerar lo señalado en el Plan de Gestión respecto a que SIGENEM produce 758.580 toneladas, la participación alcanzaría a un 57% del total del material disponible en el país. El H. Tribunal ha considerado que, si bien la participación de un agente económico en el mercado relevante solo es indicativa de su eventual posición dominante, al considerar otros aspectos estructurales del mercado, tales como barreras de entrada legales, economías de escala, efectos de red, costos de cambio, acceso a insumos clave y, fortaleza financiera y económica, explicadas en detalles en el informe acompañado, **es posible concluir que este SIG poseerá una posición dominante en el mercado de sistemas de Gestión colectivos de EyE.**^{21,22,23,24}
2. Con el fin de dimensionar correctamente este poder de mercado, creemos importante tener a la vista la experiencia internacional, particularmente de países que ya llevan años implementado estos mecanismos de gestión de residuos. En el Mensaje del Proyecto de Ley REP, se estableció claramente que al ser los países europeos los que llevan mayor tiempo de implementación de este tipo de mecanismos, con regulación que data de principios de los años noventa, se utilizaron las directivas europeas en la materia.²⁵ En este sentido, en la jurisprudencia europea²⁶ existe vasta evidencia en que se definen tres tipos de mercados diferentes dentro de un sistema de gestión de residuos de envases: i) la organización del sistema para cumplir con las obligaciones medioambientales; ii) la recogida/clasificación de residuos; y iii) la recuperación/comercialización del material secundario. El mercado sobre la

¹⁹ Plan de Gestión SIGENEM. Tabla N°28.

²⁰ Informe Económico de ANIR. Tabla N°13.

²¹ Sentencia N°176/2021 del H. Tribunal, considerando 98.

²² Sentencia N°174/2020 del H. Tribunal, considerando 125.

²³ Informe Económico de ANIR. Sección 3.5.

²⁴ Sentencia N°80/2009 del H. Tribunal, considerando 52.

²⁵ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley Marco para la gestión de residuos y responsabilidad extendida del productor disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/>.

²⁶ Informe Económico de ANIR, página 84.

organización del sistema para cumplir con las obligaciones medioambientales funciona como un sistema colectivo en que se gestiona la recolección y recuperación de los residuos de envases y embalajes. Dichos servicios deben ser obligatoriamente contratados por las empresas para cumplir con la regulación de la economía circular. Las empresas obligadas pueden participar en un sistema colectivo u optar por una solución individual.

3. Dado lo anterior, dentro de la normativa que se tuvo a la vista al redactar el proyecto de Ley REP, se consideró especialmente a Alemania y España. En España se tuvo especialmente a la vista la Ley N° 22/2011 de residuos y suelos contaminados de España, así como los reales decretos de desarrollo.²⁷ Al igual que en Chile, la legislación española determina que los SIG se financiarán mediante el aporte de sus miembros y no tendrán fines de lucro.^{28,29} Pues bien, si miramos la experiencia española, observamos la presencia de un solo gran actor, ECOEMBES³⁰ creado en 1996 y dedicada al reciclaje de envases ligeros, papel y cartón, que recicla actualmente el 80,7% de los envases de las empresas adheridas, y cuyas ventas representan el 87% de las ventas del mercado de envases.^{31,32} Por otro lado, en Alemania está el Duales System Deutschland AG (“DSD”)³³ creado en 1991 y cuya dominancia ha significado que la autoridad de competencia alemana ha tenido que estar constantemente observando su comportamiento económico, al ser el principal sistema de gestión de envases y embalajes de ese país. De hecho, producto de esta supervisión, el año 2002 esta autoridad instruyó a DSD modificar su estructura societaria, dado que su sistema contractual (estatutos, acuerdos de licencia entre licenciatarios y DSD, acuerdos de servicio entre DSD y empresas de eliminación) conducía a una restricción de la competencia.³⁴

²⁷ Ibid. 9 Nota 23

²⁸ Ley 11/1997 de Envases y Residuos de Envases. Artículo 10. Financiación. 1. Los sistemas integrados de gestión se financiarán mediante la aportación por los envasadores de una cantidad por cada producto envasado puesto por primera vez en el mercado nacional. acordada. en función de los diferentes tipos de envases, por la entidad a la que se le asigne la gestión del sistema, con los agentes económicos participantes en el mismo.

«BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1997, páginas 13270 a 13277 (8 págs.)

Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1997/04/24/11>

²⁹ Real Decreto 782/1998, artículo 10.1 «BOE» núm. 104, de 1 de mayo de 1998, páginas 14701 a 14716 (16 págs.) (Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1998/04/30/782>).

³⁰ <https://www.ecoembes.com/es>

³¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Informe sobre el principio de eficacia nacional en los sistemas de gestión colectiva de residuos. Expediente nº: PRO/CNMC/001/21. (Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3548646_8.pdf)

³² Informe anual de Ecoembes 2020 (Disponible en: <https://www.ecoembes.com/landing/informe-anual-2020/wp-content/uploads/2021/06/Ecoembes-Cuentas-Anuales-2020.pdf>)

³³ Para mas detalles ver: <https://www.gruener-punkt.de/en/>

³⁴ Para mas detalles ver:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2002/30_10_2002_DSD_eng.html;jsessionid=E1CBCBB7136DE7B4A59A4060B9C54EBC.2_cid387

4. Teniendo a la vista los casos de España y Alemania, cuyos modelos fueron los usado al diseñar la Ley REP, es posible anticipar, y mas importante aun, dimensionar el rol que tendrá el sistema de gestión propuesto por los Solicitantes dentro de los diferentes mercados en los que operará SIGENEM.

C.- Bases de Licitación

1. La Ley REP, obliga a los sistemas de gestión, cualquiera sea su calidad, *“a contratar solo con gestores autorizados y registrados”*, y a los a los sistemas de gestión colectivos, les obliga a realizar para estos efectos una licitación abierta. Para esto, los sistemas colectivos de gestión *“deberán contar con un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declare que en dichas bases no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Las licitaciones se ajustarán a los términos que establezca el citado informe”*.³⁵
2. De acuerdo con la jurisprudencia asentada de este H. Tribunal, el examen de bases de licitación tiene por finalidad *“velar porque las condiciones de competencia ex ante aseguren que la ausencia de rivalidad expost se traduzca de todos modos en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas.”*³⁶ Así, se debe velar *“por la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, en el entendido que ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables.”*³⁷ De esta forma, la mantención de estas mínimas condiciones de rivalidad, para los efectos del análisis del H. Tribunal, *“se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases.”*³⁸
3. Con respecto a esta presentación, las bases de licitación presentadas por los Solicitantes son las siguientes: **a) Licitación 1**, servicio de recolección de residuos reciclables de envases y embalajes sobre recolección selectiva; **b) Licitación 2**, servicio de clasificación y pretratamiento de residuos reciclables de envases y embalajes sobre puntos limpios o verdes; **c) Licitación 3**, servicio de instalaciones de recepción y almacenamiento sobre planta de

³⁵ Art. 24 inc. 1, 2 y 4 de la Ley 20.920

³⁶ Sentencia del H. Tribunal N°138/2014 considerando 14.

³⁷ Sentencia del H. Tribunal N°138/2014 considerando 16.

³⁸ Sentencia del H. Tribunal N°138/2014 considerando 17.

clasificación automatizada; y **d) Licitación 4**, venta de residuos de envases y embalajes para su valorización sobre reciclaje de residuos.

4. Al analizar estas licitaciones se puede observar **cómo se inserta SIGENEM en el contexto de la industria del reciclaje.** En el **mercado aguas arriba** se encuentran dos licitaciones que se complementan en la recolección selectiva de residuos sólidos, que son la recolección selectiva (Licitación 1) desde el domicilio por medio de transporte especializado y gestión de puntos limpios o verdes (Licitación 2) que reciben de forma voluntaria los residuos por parte de la población. Luego, ambos sistemas de recolección deben enviar los residuos hacia la planta de clasificación automatizada (Licitación 3) para una correcta separación y tratamiento del conjunto de EyE para ser separados. En el **mercado aguas abajo** está el envío a las empresas valorizadoras (Licitación 4) que realizan el reciclaje de los residuos para transformarlos en insumos productivos.

C.1.- Condiciones de competencia en las bases de licitación presentadas

C.1.a.- Experiencia

1. La experiencia exigida resulta especialmente relevante en las bases de la Licitación 1 y 4. En la Licitación 1 se le otorga 5 puntos *“a aquellos que tienen experiencia en recolección de residuos de envases y embalajes de forma selectiva en pilotos o servicios municipales”* y 10 *“a aquellos que tienen experiencia en recolección de residuos de envases y embalajes de forma selectiva en más de 10.000 viviendas por un periodo continuo de 2 años”* exigiendo además al oferente entregar una serie de antecedentes comerciales dentro de los cuales está el Balance General Clasificado de los 3 últimos años de ejercicio. Considerando lo descrito en la Sección A numerales 6 y 7 de esta presentación, es recomendable no incorporar el concepto sobre experiencia en la parte de la oferta técnica, o acreditarla en un sentido más amplio, como experiencia en recolección de residuos bajo el modelo tradicional sin circunscribirse únicamente la recolección selectiva. Sobre esto el H. Tribunal ya se ha pronunciado, indicando que *“atendido que la recolección, transporte y disposición de residuos no es un rubro particularmente sofisticado desde el punto de vista tecnológico, este Tribunal considera que la exigencia que debiera hacerse en un proceso de licitación como el que motiva esta causa, debiera referirse más bien a “experiencia relevante” y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales. Ello por cuanto lo que necesita saber una compañía para desempeñarse satisfactoriamente en esta industria es realizar un manejo adecuado desde el punto de vista logístico de una red de vehículos y personas para recolección y transporte, experiencia que puede obtenerse en otras industrias que presten servicios con tal*

*característica o adquirirse en el mercado.*³⁹ Lo mismo fue reiterado por el H. Tribunal el presente año, al señalar que la experiencia debe ser amplia, especialmente cuando “*no se requiere un know how sofisticado*”.⁴⁰ Esto porque existen pocas empresas con experiencia en la recolección selectiva. Al ser un mercado naciente, nos parece recomendable fomentar que más actores puedan participar, lo que no ocurriría al exigir experiencia de la forma en que lo hacen las bases analizadas, transformándose esta en un factor que limita la entrada de nuevos actores y un desarrollo competitivo del mercado de la recolección selectiva a futuro.

2. Respecto a la Licitación 4, se debe tener presente la alta concentración que existe en los mercados de valorización de las subcategorías de EyE de cartones y vidrios, lo que anticipa muy poca cantidad de oferentes. Además, para participar en los procesos de valorización de residuos, las empresas deben realizar inversiones previas de envergadura, lo que dificulta aun mas la entrada de nuevos actores a estos mercados, efectos que debieran ser considerado y mitigados por los Solicitantes en sus bases.

C.1.b.- Garantías, sanciones, multas y otros

3. **Póliza por daños y perjuicios.** En las 4 licitaciones aparece que la determinación de esta póliza queda abierta a la discreción del ofertante. Además, todas estipulan a este respecto que el contratista deberá responder de toda indemnización que, excediendo el monto fijado para este seguro, deba efectivamente pagar SIGENEM, incluyendo los deducibles contemplados en esta póliza. Creemos que se debe considerar alguna métrica objetiva para determinar el riesgo que debe cubrir esta póliza, como por ejemplo que el monto fuera igual a un cierto porcentaje del valor ofertado, y no dejarlo abierto a discreción del ofertante, dado que oferentes con mayor capacidad financiera podrán otorgar garantías más elevadas, transformándose en una importante barrera de entrada. El H. Tribunal ha señalado muy claramente que “*...desde el punto de vista de la libre competencia, es deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados, para lo cual su monto no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una.*”⁴¹
4. **Término del contrato.** Las 4 licitaciones establecen la posibilidad de caducar el contrato sin expresión de causa, responsabilidad y obligación de indemnización alguna por parte de SIGENEM, con la única obligación de notificar este término con 30 días de anticipación. Esto,

³⁹ Sentencia del H. Tribunal N°77/2008 considerando 55.

⁴⁰ Resolución del H. Tribunal N°63/2021 párrafo 59.

⁴¹ Informe del H. Tribunal N°18/2020 considerando 140.

en nuestra opinión, constituye una cláusula abusiva, la que además genera un elemento incerteza jurídica que inhibe la participación de oferentes en estos procesos licitatorios. Ya el H. Tribunal, en la Instrucción de Carácter General N°1/2006, dictada con el fin de establecer criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación que incidan en el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, señaló que no podían incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones *“que otorguen a la municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada.”*⁴² Posteriormente el H. Tribunal, al dictar la Instrucción de Carácter General N°3, que modificó la Instrucción de Carácter General N°1/2006, señaló que, respecto las cláusulas o disposiciones que otorgaren el derecho a poner término anticipado a un contrato adjudicado sin una causa justificada, *“...existe abundante jurisprudencia de los órganos de defensa de la libre competencia en cuanto a que podría constituir una cláusula abusiva aquella que otorga a una de las partes la facultad de poner término, unilateralmente, a su solo arbitrio o sin expresión de causa, a un contrato válidamente celebrado, en ejecución y de plazo definido, especialmente cuando, como en la especie, se trataría de una prerrogativa no negociada, establecida en las bases de una licitación...”*⁴³ De esta forma, creemos que no corresponde que en las bases de licitación se incorpore la posibilidad de caducar el contrato sin expresión de causa, responsabilidad, y obligación de indemnización alguna por ser claramente anticompetitivo.

5. **Mecanismo de reajuste de precio.** En la Licitación 1 el precio del servicio de recolección selectiva no considera ningún tipo de reajuste dentro del plazo del contrato, mientras que en las Licitaciones 2 y 3 se establece un reajuste por IPC anualmente. Esta omisión aparece injustificada, y potencialmente es una barrera de entrada para este mercado en particular. Además, los principales costos involucrados en los procesos descritos en estas 3 licitaciones son similares, a saber: en la recolección selectiva son mano de obra, combustible y reparaciones varias (cambio de aceite, neumáticos, entre otros), en gestión de puntos limpios son mano de obra, combustible y reparaciones varias (materiales de construcción) y en la planta de clasificación automatizada son mano de obra, electricidad, reparaciones varias (materiales de maquinaria). Dado esto, sería adecuado considerar un reajuste trimestral por medio de un polinomio de indexación que considere los principales costos de cada servicio. A modo de ejemplo, en Transporte Público de Santiago (Transantiago) se reajusta las tarifas trimestralmente cuando el polinomio traspasa un cierto umbral tarifario en particular. Dicho

⁴² Instrucción de Carácter General del H. Tribunal N°1/2006, numeral 8.

⁴³ Instrucción de Carácter General del H. Tribunal N°3/2013, considerando 23.

polinomio considera la evolución del precio del diésel, IPC, tipo de cambio, costo de mano de obra y costo de energía.⁴⁴

6. **Resolución de controversias.** En las 4 licitaciones se establecen multas entre 5 UTM y 20 UTM cada vez que se cometa una infracción en la ejecución del servicio respectivo y que frente a *“cualquier dificultad o controversia que se produzca entre los contratantes respecto de su aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución o cualquier otro motivo será sometida a arbitraje, conforme al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación (“CAM”) de la Cámara de Comercio de Santiago (“CCS”), vigente al momento de solicitarlo.”* Este Reglamento, establece que el CAM *“determinará los honorarios arbitrales aplicando los aranceles vigentes, considerando la cuantía de la causa. Cuando la totalidad o parte de la cuantía del asunto contencioso no sea determinada ni determinable, los honorarios se fijarán prudencialmente atendida la naturaleza y complejidad de la causa.”*⁴⁵ Agregando que los honorarios *“serán pagados por las partes en la oportunidad y forma que determine el CAM Santiago.”*⁴⁶ Además, el mismo Reglamento determina que en su laudo, el Tribunal Arbitral *“deberá pronunciarse sobre la o las partes que deberán solventar las costas del arbitraje, las cuales representarán el reembolso razonable de los gastos efectivamente incurridos por las partes.”*⁴⁷ Esto, si bien este mecanismo cumple con los requisitos de imparcialidad, nos parece absolutamente desproporcionado, en particular teniendo en cuenta los costos involucrados en relación tanto con el monto de las multas establecidas como con el tamaño de las empresas que podrían participar en esas licitaciones. En definitiva, este mecanismo potencialmente sube los costos de operación, perjudicando a empresas con menor capacidad financiera, representando una barrera de entrada a favor de empresas de mayor tamaño y ya consolidadas. Por lo tanto, debiera fijarse un mecanismo similar al establecido en los Estatutos respecto a los socios.

7. **Partes relacionadas.** En las bases analizadas no existe ninguna prevención para el caso de que empresas relacionadas, según los términos del artículo 100 de la Ley Nº18.045 de Mercado de Valores, participen en los procesos de licitación que este SIG llevará a cabo, tanto en el mercado aguas arriba como agua abajo, de acuerdo a lo descrito en la Sección C numeral 4 de esta presentación. Esta situación debió ser abordada con claridad, toda vez que ya Embonor y CCU S.A., 2 de las empresas productoras que serán socias SIGENEM, firmaron un Memorándum de Entendimiento para realizar en conjunto el diseño, la construcción y

⁴⁴ Decreto 140 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones del 2010.

⁴⁵ Artículo 45 inc. 3. Nuevo Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional CAM Santiago, 2021.

⁴⁶ Artículo 45 inc. 4. Nuevo Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional CAM Santiago, 2021.

⁴⁷ Artículo 48 inc. 1. Nuevo Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional CAM Santiago, 2021.

explotación de una planta de reciclaje de PET, insumo básico en la fabricación de botellas plásticas de bebidas. Si bien este acuerdo no prosperó y la causa fue archivada por la FNE⁴⁸, el Sistema Coca-Cola ya anunció que avanzará con un proyecto para crear una planta “*bottle to bottle*”.⁴⁹ De esta forma, es perfectamente posible que empresas socias, por medio de empresas relacionadas, participen estas licitaciones, lo que representa un eventual riesgo anticompetitivo que debe ser mitigado. El H. Tribunal ha sido claro al determinar que este es un resguardo estructural en una base de licitación, y que la participación de empresas relacionadas debe ser prohibido en las mismas bases.⁵⁰

8. **Transparencia.** Por otra parte, un elemento a considerar es incentivar la mayor transparencia y publicidad en el proceso licitatorio. La razón es que en los procesos licitatorios de SIGENEM podrían presentarse pocos agentes económicos, ya que como se ilustró en la sección A.2 de esta presentación, en algunas de las etapas del modelo de reciclaje existe alta concentración de mercado, especialmente en el mercado del reciclaje de cartones y vidrio. La transparencia se refiere a todos los actos administrativos asociados al proceso desde la publicación de licitación hasta la publicación del contrato respectivo. En este sentido, resulta recomendable, por ejemplo, establecer una Comisión de Apertura de ofertas, designada en las bases de licitación, y cuya función sea realizar el acto público de apertura de las ofertas presentadas por los oferentes en el proceso licitatorio respectivo. Esta comisión puede estar confirmada tanto por ejecutivos del sistema de gestión como por personas independientes, técnicas, idóneas y expertas en la materia a licitar. En este acto de apertura se debiera dejar constancia, a lo menos, de los proveedores participantes, la admisibilidad formal de las propuestas, los fundamentos del rechazo si lo hubiere y otras observaciones pertinentes. Dado que es habitual que existen dudas sobre la licitación por parte de los oferentes, es relevante que las preguntas y respuestas sean públicas de parte de la comisión de aperturas de ofertas durante un periodo determinado.
9. **Comisión evaluadora.** Las 4 bases analizadas incorporan una Comisión Evaluadora para que realice, **en privado**, el estudio, calificación y evaluación de las Ofertas Técnicas y Económicas de los oferentes en cada licitación. Esto se contradice con lo establecido en la propia Ley REP,

⁴⁸ Resolución de Archivo a la investigación Rol FNE F249-2020, de 25 de febrero de 2021.

⁴⁹ Ver <https://www.paiscircular.cl/consumo-y-produccion/coca-cola-afirma-que-avanzara-con-el-proyecto-para-crear-planta-bottle-to-bottle/>

⁵⁰ Resolución del H. Tribunal N°63/2021, Parte Resolutiva, letra F) número 10. “Las Nuevas Bases deberán prohibir que en la entidad concesionaria participen todas aquellas personas o empresas que sean relacionadas, directa o indirectamente, a otras que participen actual o potencialmente en el mercado aguas abajo de servicio de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia la ciudad de Viña del Mar, según los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores.”

que determina que *“la gestión de residuos se efectuará con transparencia, de manera que la comunidad pueda acceder a la información relevante sobre la materia.”*⁵¹ Dado esto, esta Comisión, una vez que la propuesta es adjudicada a algún participante, debiera hacer pública su evaluación para que el resto de los oferentes que no ganaron la licitación puedan hacer observaciones técnicas a la oferta ganadora dentro de un plazo determinado. Considerando que las materias a licitar contienen aspectos técnicos en cada una de las etapas del modelo de reciclaje (recolección, clasificación y valorización), los oferentes serán quienes más conocimientos técnicos tienen para vislumbrar cualquier incoherencia o error que pueda haber soslayado esta Comisión.

10. **Procedimiento de reclamación.** Si bien las bases consideran un mecanismo de solución de controversias para el adjudicado, ya descrito y comentado en la sección C.1.b número 6 de esta presentación, no establece ningún mecanismo para el caso de oferentes no adjudicados. Aún mas, las bases indican que el resultado del proceso llevado a cabo por la Comisión Evaluadora **no podrá ser sujeto a reclamo alguno por parte de los oferentes.** Si bien no lo hace de manera explícita, esto en la práctica obliga a los participantes a renunciar anticipadamente al derecho a reclamar del resultado del proceso licitatorio, renuncia que ha sido considerada reiteradamente como abusiva por parte del H. Tribunal.⁵²
11. **Concentración de Mercado.** En la sección A.2 numerales ii) y vi) describimos como el mercado de valorización del papel y cartón, y el del vidrio, están altamente concentrados. Dado esto, el hecho de que uno de los actores de estos mercados gane la Licitación 4 propuesta implicaría un considerable aumento del poder de mercado del adjudicado y, por ende, convertirse en un actor dominante, dada la gran cantidad de residuos que espera generar el sistema de gestión propuesto. De esta forma, nos parece equivocado que los Solicitantes traten conjuntamente la producción de EyE como un solo mercado relevante, ya que las Bases propuestas, y especialmente la correspondiente a la Licitación 4, no permiten identificar este tipo de riesgos y, consecuentemente, mitigarlos.
17. **Integración vertical.** La Licitación 1 debe analizarse a la luz de la integración vertical que existe en el mercado de la recolección de residuos. Tal como lo ha señalado el H. Tribunal, para esto de debiera considerar *“(i) las condiciones de competencia en el mercado relevante en el que incide esta consulta; (ii) la suficiencia de los resguardos conductuales que deben incluirse en el Reglamento Interno y en las Nuevas Bases de licitación [...] a fin de evitar conductas*

⁵¹ Artículo 2, letra j), Ley N°20.920

⁵² Sentencia N°32/2005 del H. Tribunal, considerando 6.

*discriminatorias y prácticas de sabotaje; (iii) la eventual reducción en el número de interesados u oferentes en la licitación; y (iv) las eficiencias propias de la integración vertical en esta industria”.*⁵³

C.1.c.- Convenios con Municipalidades y Ley de Compras Públicas

1. La Ley REP les otorga la facultad a los SIG de *“celebrar convenios con las municipalidades o asociaciones de municipalidades con personalidad jurídica, destinados a la separación en origen, a la recolección selectiva, al establecimiento y,u operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de productos prioritarios, o a la ejecución de otras acciones que faciliten la implementación de esta ley en sus comunas.”* Además establece que para estos efectos las municipalidades o asociaciones de municipalidades con personalidad jurídica *“podrán ejecutar estos convenios directamente o a través de terceros”* caso en el cual deberán licitar de la misma forma que lo haría un SIG.⁵⁴ A este respecto, en el Plan de Gestión presentado por los Solicitantes se expresa que estos convenios *“se regulan en los estatutos y la normativa interna del SG.”*⁵⁵ Sin perjuicio de que en los Estatutos que fueron sometidos al conocimiento del H. Tribunal no hay ninguna mención a estos Convenios, creemos relevante analizar acá en que situación jurídica quedarán estas licitaciones cuando estos convenios sean realizados por terceros.
2. Conforme lo señala la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (“LOC de Municipalidades”), corresponde privativamente a estos gobiernos locales el aseo y ornato de la comuna. Agrega dicho literal, que *“respecto a los residuos domiciliarios, su recolección, transporte y/o disposición final corresponderá a las municipalidades, con excepción de las que estén situadas en un área metropolitana y convengan con el respectivo gobierno regional que asuma total o parcialmente estas tareas”.*⁵⁶
3. La recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios ha sido un tema ampliamente estudiado, tanto desde el punto de vista de la contratación pública, como de la libre competencia. A este mercado, altamente concentrado, hasta el año 2009 no se les aplicaba la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley de Compras Públicas”), dándose por lo tanto altos grados de opacidad y potenciales espacios de corrupción en estas adjudicaciones.

⁵³ Resolución N°63/2021 del H. Tribunal, considerando 106.

⁵⁴ Artículo 25 de la Ley N°20.920 incisos 1 y 2.

⁵⁵ Plan de Gestión SIGENEM numeral 2.9.5

⁵⁶ Artículo 3, letra f) de la Ley N°18.695

4. Constatando esta realidad, la FNE el año 2005 le solicitó al H. Tribunal que, en virtud de la facultad que le confiere el artículo 18°, N°3) del Decreto Ley N°211 (DL 211), dictara una instrucción de carácter general para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, con el objeto de prevenir la ocurrencia de hechos y actos que puedan infringir la libre competencia. Esto se materializó a través de la Instrucción de Carácter General N° 1/2006 (“ICG N°1”) para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional.
5. Hasta el año 2006, la única exigencia que debían cumplir las licitaciones que efectuaban las municipalidades para adjudicar los contratos de concesión para la recolección, tratamiento y disposición de los residuos sólidos domiciliarios era el artículo 9 de DFL 1/DFL 1-19653 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que señalaba que:

“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.

La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”.

6. La ICG N°1 se dictó, por lo tanto, con el fin de *“establecer los criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación [...], con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias, que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes posible en las licitaciones en cuestión y el ingreso de nuevos actores a las distintas fases del proceso de tratamiento de residuos sólidos domiciliarios.”*⁵⁷
7. El año 2009, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.355, se modificó el artículo 66 de la LOC de Municipalidades extendiendo las normas de la Ley de Compras Públicas al sistema de otorgamiento de concesiones de servicios por parte de las municipalidades. Esta modificación, central para el mercado de la recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, agregó un marco legal claro, mayor publicidad y un órgano rector en la materia -la Dirección de Compras y Contratación Pública, un tribunal especial y colegiado para

⁵⁷ Instrucción de Carácter General del H. Tribunal N°1/2006

resolver controversias -el Tribunal de Contratación Pública y un sistema electrónico a través del cual se realizarías las transacciones del Estado -www.mercadopublico.cl-, además de servir de repositorio de información.

8. Dado lo anterior, el año 2012, la FNE le solicitó al H. Tribunal modificar la ICG N°1. Dicha solicitud consideró, entre otros antecedentes, que con la reforma legal introducida al artículo 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades por la Ley 20.355 existe la posibilidad de seguimiento o acción directa por parte de los interesados, quienes ahora cuentan, entre otras cosas, con una institucionalidad que permite el control y fiscalización adecuados.
9. El H. Tribunal, considerando lo solicitado por la FNE, y que en su opinión los resguardos tomados en la ICG N°1 fueron abordados por la normativa de compras públicas referida, dictó la Instrucción de Carácter General N°3/2013 (“IDG N°3”) que modificó la ICG N°1 las decisiones contenidas en los numerales 1 a 9 de la misma, y estableció como nuevo texto refundido de la Instrucción de Carácter General N°1/2006.
10. Con la publicación de la Ley REP y el DS N°12 de 2021 del Ministerio del Medioambiente que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes (“DS N°12”), las actividades de recolección, tratamiento y disposición de residuos sólidos domiciliarios quedan actualmente reguladas por: (i) la LOC de Municipalidades; (ii) la Instrucción de Carácter General N°3/2013; (iii) la Ley de Compras Públicas; y, recientemente, (iv) la Ley REP y (v) el DS N°12 de 2021 del Ministerio del Medioambiente ya mencionados, además de la normativa sanitaria pertinente. Sin embargo, la Ley REP modifica el marco legal que existía en el mercado de residuos, extrayendo de la esfera de las municipalidades el manejo de residuos llamados “productos prioritarios” haciendo responsable de ellos al productor.
11. Dado el desarrollo regulatorio descrito, debemos considerar que pasa con las licitaciones realizadas por los municipios en virtud de los convenios que los SIG pueden celebrar con ellas.⁵⁸ Las municipalidades, en materia de contratación, tal como ya lo mencionamos, se deben ajustar a las normas de la Ley de Compras Públicas y su reglamento para el otorgamiento de concesiones para la prestación de los servicios que ellas requieran.⁵⁹

⁵⁸ Las asociaciones de municipalidades con personalidad jurídica no se rigen por la Ley de Compras Públicas, salvo se adhieran a ella conforme a la glosa 2 de la Ley de Presupuesto. Inicialmente estas asociaciones no estaban consideradas como gestores en el proyecto de ley y su inclusión fue producto de una indicación del Ejecutivo en su segundo trámite constitucional.

⁵⁹ Artículo 66, inciso 2, de la LOC de Municipalidades.

Asimismo, el otorgamiento de las concesiones se hará previa licitación pública, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a 100 UTM.⁶⁰ A pesar de esto, la propia FNE ha detectado problemas que afectan la competitividad de estos procesos, tales como la baja cantidad de oferentes y una falta generalizada de estandarización.⁶¹

12. Sin embargo, la Ley REP, y en particular el DS N°12, al establecer como estos procedimientos de licitación se deberán llevar a cabo, **excluye estas licitaciones de la Ley de Compras Públicas**, en primer lugar, porque la Ley REP es una ley especial con respecto a la Ley de Compras Públicas y, en segundo lugar, porque las bases son propuestas por el sistema de gestión, que se trata de un ente privado al que, por ende, no le resultan aplicables las reglas de contratación de los Organismos del Estado. Es más, el alcance de la mención a la Ley de Compras Públicas del artículo 25 se refiere a que cualquier otro servicio, incluso accesorio o complementario a los licitados en virtud de los convenios, se debe regir por la Ley de Compras Públicas.
13. El problema es que, más allá de lo mencionado en el DS N°12, para estas licitaciones no establece estándares, contenidos, ni alcances, lo que se representa un retroceso cuando se trata de municipalidades, ya que existe vasta experiencia en la regulación de bases de licitación para residuos sólidos domiciliarios domiciliarios, del cual los residuos denominados “productos prioritarios” por la Ley REP representan un subconjunto. Así las cosas, no se advierte cuestiones tan esenciales como (i) Canales de comunicación con los oferentes; (ii) Reglas de incompatibilidad y prevención de conflictos de intereses; (iii) Plazos; y (iv) Mecanismos de evaluación y evaluadores, todas materias desarrolladas ampliamente en el Reglamento de la Ley de Compras Públicas.

C.- Estatutos

1. **Directores.** De conformidad con el artículo 20 del borrador de Estatutos presentado por los Solicitantes, se establece que para ser nombrado director se requiere cumplir, entre otros, con el requisito de no ejercer *“a la fecha de la elección el cargo de Director, ni ser empleado, ni tener vínculo laboral alguno en las empresas asociadas a la Corporación o sus relacionadas.”* Y que para estos efectos *“se considerarán entidades relacionadas las definidas con ese objeto por el artículo 100 de la ley 18.045.”* Si bien esto es correcto, de tal forma de establecer una total independencia entre el órgano a cargo de la administración y los socios, lo que es

⁶⁰ Artículo 8° de la LOC de Municipalidades

⁶¹ FNE, Estudio sobre Mercado de Compras Públicas (EM05-2019) de noviembre de 2020.

particularmente importante respecto al manejo de información relevante que hará SIGENEM para el cumplimiento de sus funciones,⁶² nos parece insuficiente que este requisito deba cumplirse “a la fecha de la elección” del cargo, sin considerar un “período de enfriamiento”. Si bien este período se relaciona particularmente con el paso del sector público al privado (del regulador al regulado) para prevenir conflictos de intereses, nos parece que algo similar debiera exigírsele a los Directores de un SIG.

2. Además, para efectos de prevenir este conflicto dentro de la economía circular donde se inserta un SIG, esta misma exigencia debiera establecerse respecto a relaciones con empresas que puedan participar de los procesos licitatorios que este SIG llevará a cabo, y en donde la adjudicación se realizará por el propio Directorio. De esta forma se refuerza la independencia con la que deben actuar, tanto con sus asociados como respecto a los mercados aguas arriba y aguas abajo donde SIGENEM se desenvolverá.
3. **Cuota de incorporación.** Este SIG, como Corporación de Derecho Privado sin fines de lucro, estará gobernado por una Asamblea de socios, como su órgano principal, estableciéndose para estos efectos 2 categorías: socios activos y socios permanentes.⁶³ La diferencia entre uno y otro tipo de socio recae en el pago de la cuota de incorporación aprobada por la asamblea general de socios, pudiendo por lo tanto una empresa optar a que categoría quiere pertenecer al momento de ingresar. Si bien esto es algo bastante común en una corporación de este tipo, es importante tener presente, para este caso puntual que, de acuerdo a los mismo Estatutos, a diferencia del socio activo solo el socio permanente tendrá derecho a voz y a voto en la asamblea general de socios y puede elegir al directorio.⁶⁴ Por lo tanto, dado que la Ley REP permite que cohabiten societariamente empresas competidoras, la fijación de un monto alto como cuota de incorporación puede actuar como una barrera de entrada frente a la incorporación de nuevos socios, sobre todo de empresas competidoras que participan del mismo mercado relevante de un producto en particular. A este respecto el H. Tribunal ha sido claro al determinar que una cuota de incorporación fijada sin “*argumentos razonados de índole económico*” o de libre competencia puede limitar la capacidad de competir de un agente económico. Más aun, el H. Tribunal ha sostenido que esta cuota puede utilizarse para proteger intereses de los incumbentes, en este caso, de los socios permanentes del SIG.⁶⁵

⁶² FNE, Guía sobre Asociaciones Gremiales y Libre Competencia (agosto 2011) , página 14.

⁶³ Artículo 6 de los Estatutos de SIGENEM.

⁶⁴ Artículo 7 de los Estatutos de SIGENEM

⁶⁵ Sentencia del H. Tribunal N°173/2020, considerando 68.

4. Esto es relevante al considerar que la posición de dominancia que tendrá SIGENEM y al hecho de que para una empresa productora de EyE, acogerse a un sistema colectivo es más conveniente que uno individual desde el punto de vista económico. Dado el diseño normativo dado por la Ley REP, un sistema colectivo le permite a las empresas generar las economías de escalas y eficiencias para poder abordar los costos del proceso de reciclaje, tales como una estructura organizacional compacta que terceriza su funcionamiento, economías de escala, modelo económico que promueve la asociatividad y que se construye sobre la gestión existente de residuos.⁶⁶
5. **Autonomía del Sistema de Gestión Colectivo.** Tal como ya lo hemos mencionado, la Ley REP, para el caso del producto prioritario “Envases y Embalajes”, permite a las empresas (competidoras o no) poder asociarse para desarrollar un “joint venture” para el reciclaje de residuos domiciliarios e industriales, creando un nuevo agente económico llamado Sistema de Gestión colectivo (SIG). Este SIG, de acuerdo a la Ley REP, debe tener personalidad jurídica propia y no puede repartir utilidades. Este nuevo agente económico debe tendrá como fin exclusivo la gestión de los residuos de los productos prioritarios y, para el caso de EyE, deberá estar integrada exclusivamente por productores, quienes deberán financiar los costos en que incurra esta nueva entidad, en forma proporcional a la cantidad de envases introducidos en el mercado por cada productor.^{67,68}
6. La constitución de un SIG colectivo implica que dos o más agentes económicos que no forman parte de un mismo grupo empresarial, independientes entre sí, dejen de ser independientes al asociarse para conformar un nuevo agente económico independiente, que es distinto de ellos, y que desempeñará sus funciones de forma permanente.^{69,70} Esto constituye, por lo tanto, una operación de concentración que debe ser analizada y aprobada por la FNE en la medida en que cumpla además con los requisitos establecidos en el artículo 48 del DL Nº211.

⁶⁶ Entre otras cosas, para el caso de EyE, un sistema colectivo podrá “durante los cuatro primeros años de vigencia de las metas, cumplir hasta un 50% de las metas correspondientes a cada subcategoría, con una cantidad de toneladas equivalente de cualquiera de las otras subcategorías” con exclusión del vidrio. Artículo 21 inc. 2 DS Nº12 de 2021 del Ministerio del Medioambiente, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes.

⁶⁷ Artículo 20 Ley Nº20.920

⁶⁸ Artículo 21 inc. 2 DS Nº12 de 2021 del Ministerio del Medioambiente, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes.

⁶⁹ Artículo 47 letra c) del DL Nº211

⁷⁰ Con anterioridad a las reformas introducidas al sistema de libre competencia por la Ley Nº20.945, el artículo 18 Nº2 del DL 211 incluía dentro de las atribuciones del TDLC, el control de las operaciones de concentración que tenían efectos en Chile. Luego de la reforma legal mencionada, esta competencia quedó radicada en la Fiscalía Nacional Económica.

7. Dentro del análisis que debe hacer la FNE está la autonomía que tendrá este nuevo agente económico respecto de los miembros que lo forman. A este respecto la FNE precisa que esta autonomía tiene dos aspectos, uno normativo y otro económico. En materia normativa los Solicitantes informan que este Sistema de Gestión será constituido como Corporación de Derecho Privado, sin fines de lucro y con patrimonio propio, por lo que desde el punto de vista legal es una unidad autónoma de los socios participantes. Sin embargo, en lo referente a la autonomía económica, y por el propio diseño establecido en la Ley REP, este SIG siempre dependerá exclusivamente de las ventas que realice a sus asociados. El SIG colectivo establecido en la Ley REP no puede realizar otra labor comercial que no sea la gestión de los residuos de los productos prioritarios de los productores que lo integran, quienes además son los responsables de financiar este sistema, por medio del pago de cuotas o la tarifa que este SIG fije. Es más, los propios Solicitantes indican en su “Plan de Gestión” que si bien el financiamiento de este SIG provendrá de los ingresos percibidos por residuos reciclables vendidos y por tarifas que deberán pagar sus socios, la experiencia internacional señala que *“sólo un 10% de los costos y gastos totales de gestión de residuos son cubiertos por los ingresos derivados de la venta de los residuos recolectados para su reciclaje y por lo tanto el 90% restante se debe cobrar a las empresas integrantes del SIG.”*⁷¹

8. Finalmente, dado lo anteriormente expuesto, y en razón del propio diseño normativo usado por la Ley REP, tanto SIGENEM como cualquier otro sistema de gestión colectivo de EyE que se forme nunca será autónomo y, por lo tanto, nunca calificará como operación de concentración. Es por esto que se requiere certeza jurídica a este respecto, ya que tendrá un impacto directo en los plazos dados, tanto por la Ley REP como por el DS N°12, para que los SIG se encuentren constituidos y puedan comenzar a cumplir con las metas establecidas.

POR TANTO, en virtud de las consideraciones de hecho, jurídicas y económicas desarrolladas en esta presentación, y en virtud de las disposiciones legales citadas, así como de los artículos 24 inciso 4 y 26 letra c de la Ley N°20.920, y 18 y 31 del Decreto Ley N°211,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por aportados estos antecedentes de ANIR A.G. en calidad de interviniente y legítima interesada, y, en definitiva, acoger las peticiones efectuadas.

⁷¹ Plan de Gestión SIGENEM, secciones X y XI, numeral 11.1.

PRIMER OTROSÍ: Que, de conformidad con establecido en el artículo 18 número 3 y 31 del Decreto Ley N°211,, y entendiendo que esta solicitud excede el objeto del procedimiento que nos convoca, venimos en solicitar a este H. Tribunal pueda considerar, al momento de resolver la solicitud de autos caratulados *“Solicitud de informe de Agrosuper S.A. y otras respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIGENEM”*, iniciar un procedimiento para la revisión y modificación de la Instrucción de Carácter General N°3/2013, considerando tanto lo expuesto en esta presentación, particularmente a lo referido a las licitaciones municipales, como a aquellos antecedentes que sean aportados por las otras partes en este proceso.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Acceder a lo solicitado.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Informe Económico de ANIR elaborado por el economista Sr. Jorge Hermann.
2. Estudio del material disponible País y el reciclado de los Envases y Embalajes de Aluminio en Chile elaborado por ANIR en conjunto con la Consultora Kyclos.
3. Estudio del material disponible País y el reciclado de los Envases y Embalajes de Cartón en Chile elaborado por ANIR en conjunto con la Consultora Kyclos.
4. Estudio del material disponible País y el reciclado de los Envases y Embalajes de PE en Chile elaborado por ANIR en conjunto con la Consultora Kyclos.
5. Estudio del material disponible País y el reciclado de los Envases y Embalajes de PET en Chile elaborado por ANIR en conjunto con la Consultora Kyclos.
6. Estudio del material disponible País y el reciclado de los Envases y Embalajes de PP en Chile elaborado por ANIR en conjunto con la Consultora Kyclos.
7. Estudio del material disponible País y el reciclado de los Envases y Embalajes de Vidrio en Chile elaborado por ANIR en conjunto con la Consultora Kyclos.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por acompañados los documentos individualizados.

TERCER OTROSÍ: Conforme a lo dispuesto en el Auto Acordado N°16/2017 sobre reserva y confidencialidad de la información en los procesos, solicitamos al H. Tribunal decretar la confidencialidad del documento acompañado bajo el N°1 del Segundo Otrosí de esta presentación (“Informe Económico”), en los términos solicitados a continuación, toda vez que contiene

información relativa a la actividad comercial de los socios de ANIR A.G., como por ejemplo, ventas y material gestionado por país por cada empresa, y cuya publicidad y revelación puede afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de cada uno de ellos.

Dicho lo anterior, los pasajes del Informe Económico de ANIR cuya confidencialidad se solicita son los siguientes:

Sección 3.6 numeral i) tabla N°18 (pág. 36)

Sección 3.6 numeral ii) tabla N°19 y N°20 (pág. 37 y 38)

Sección 3.6 numeral iii) tabla N°21 (pág. 38 y 39)

Sección 3.6 numeral iv) tabla N°22 (pág. 39 y 40)

Sección 3.6 numeral v) tabla N°23 (pág. 40 y 41)

Sección 3.6 numeral vi) tabla N°24 (pág. 41)

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Acceder a lo solicitado, decretando la confidencialidad de los pasajes específicos del referido documento en los términos solicitados, teniendo por acompañada su respectiva versión pública, Documento N°1 del Segundo Otrosí de esta presentación, conforme a lo dispuesto en el Auto Acordado N°16/2017.

CUARTO OTROSÍ: De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6 del “Protocolo por Emergencia Sanitaria COVID-19” de fecha 9 de septiembre de 2021, solicitamos la habilitación de un drive institucional para poder acompañar la versión confidencial del Documento N°1 ofrecido en el Segundo Otrosí.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Acceder a lo solicitado, instruyendo se envíe el enlace y clave de acceso al referido drive al siguiente correo electrónico: vbalbontin@moragaycia.cl

Iván
Arcos
Axt

Digitally signed
by Iván Arcos
Axt
Date: 2021.09.15
17:02:10 -03'00'