

**En Lo Principal:** Promueven asunto no contencioso. **Primer Otrosí:** Acompañan documentos. **Segundo Otrosí:** Acreditan personería. **Tercer Otrosí:** Patrocinio y poder. **Cuarto Otrosí:** Se tenga presente.

## H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Julio Pellegrini Vial y Pedro Rencoret Gutiérrez, abogados, en representación legal de **Compañía Minera Salares del Norte SpA**, todos domiciliados para estos efectos en Av. Isidora Goyenechea 3621, piso 5, Las Condes, Santiago, al H. Tribunal respetuosamente decimos:

En conformidad con lo establecido en los artículos 18 N°2 y 31 del Decreto Ley N°211 (“DL 211”) solicitamos admitir a tramitación el presente asunto de carácter no contencioso, con el objeto de que el H. Tribunal resuelva si pueden infringir las normas que protegen la libre competencia las “*Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional para la Suscripción de un Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio*”, y sus anexos, aprobadas por Resolución N°1 del Ministerio de Minería, de fecha 27 de julio de 2021 (las “Bases”).

Según se expone en esta presentación, las Bases contienen condiciones que restringen injustificadamente la competencia, inhiben la participación de postulantes, reducen la intensidad competitiva del proceso licitatorio, pueden resultar en una menor producción y, lo que es más grave, favorecerán arbitrariamente a los grandes actores internacionales.

Además, las Bases no sólo contienen en sí mismas condiciones que pueden vulnerar el DL 211, sino que además éstas podrían ser arbitrariamente discriminatorias si se comparan con el último contrato que fue adjudicado a un

competidor. Peor aún, a ese competidor se le habrían dado condiciones infinitamente más favorables solamente por tratarse de una empresa del Estado, pues coincide con ser una filial de Codelco. Esta situación distorsiona la competencia y podría infringir el principio de que las bases de licitación deben ser no discriminatorias, objetivas y transparentes.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del DL 211, estas circunstancias pueden infringir las normas sobre defensa de la libre competencia que debe observar el Ministerio de Minería y, de paso, vulneran gravemente los objetivos de política pública perseguidos por la autoridad con este proceso, que -según consta expresamente en las Bases- consisten en la apertura del acceso al mercado del litio en Chile, aumentar la producción y maximizar la recaudación fiscal.

Por eso, nuestra representada estima que el H. Tribunal debe disponer las medidas que se solicitan en esta presentación, así como todas las que estime procedentes, a efectos de que las Bases se ajusten al DL 211.

Por último, es importante destacar que los riesgos que se describen en esta presentación y las medidas solicitadas no persiguen que se proteja a uno o más “competidores”, sino que simplemente se establezcan condiciones mínimas de rivalidad que permitan a actores como nuestra representada competir en igualdad de condiciones. No nos cabe duda que, de eliminarse dichas restricciones y distorsiones, la Consultante (al igual que otros actores del mercado) podrá hacer una oferta tanto o más competitiva que la del resto de sus competidores, promoviéndose la defensa de la competencia y la observancia de la política pública perseguida por la autoridad.

## I. ANTECEDENTES GENERALES

El litio es un recurso escaso que tiene un innegable valor estratégico para el desarrollo de nuestro país. De hecho, según informa el Ministerio de Minería, la demanda por litio ha crecido a tasas cercanas al 20% en los últimos años, y se espera que lo siga haciendo así hasta al menos el año 2030.<sup>1</sup>

En este contexto, en julio pasado el Ministerio de Minería promulgó el acto en el cual aprobó las bases para hacer una licitación pública, de carácter nacional e internacional, mediante la cual seleccionar a los contratistas a quienes adjudicar la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio.

En particular, la licitación pública permitiría explotar hasta 400.000 toneladas de litio metálico comercializable, divididas en cinco cuotas de 80.000 toneladas cada una, de las cuales los oferentes podrían adjudicarse hasta un máximo de dos de ellas. Las Bases fueron publicadas el 13 de octubre de 2021 y el plazo para presentar las ofertas vencería el 17 de diciembre próximo.

Cada una de estas cuotas será explotada mediante la suscripción con el Estado de Chile de *Contratos Especiales de Operación* para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio (también conocidos como "CEOL"), en los términos y condiciones establecidos en el Decreto N°23, del 27 de julio de 2021, del Ministerio de Minería ("Decreto 23").

Pues bien, nuestra representada es una empresa que participa en la minería, particularmente en lo que se refiere a la industria del litio y, como tal, tiene interés de participar en dicha licitación. No sólo eso, la Consultante tiene la aptitud y capacidad para realizar ofertas competitivas, que le permitan resultar adjudicatario del proceso, si éste se desarrollase en igualdad de condiciones.

---

<sup>1</sup> Ver, e.g., las Bases, cláusula 1, pág. 4.

De hecho, la Consultante es una empresa que actualmente es titular de concesiones mineras y tiene el personal, conocimientos, expertise y medios para explotar yacimientos de forma competitiva. Sin embargo, para poder explotar yacimientos de litio requiere de poder acceder a la suscripción de un CEOL, por lo que con mayor razón tiene interés en participar y adjudicarse un proceso de licitación como éste, cuestión que podría lograr si se desarrollase bajo condiciones mínimas de rivalidad.

Lamentablemente, el caso es que una simple revisión de las condiciones establecidas en las Bases nos permite observar que éstas contienen serias restricciones a la competencia, las cuales pueden inhibir la participación de postulantes, reducir la intensidad competitiva del proceso, resultar en menor producción que la esperada y favorecer a los grandes actores internacionales. Ello puede infringir la normativa sobre defensa de la libre competencia y, asimismo, los objetivos de política pública perseguidos por la propia autoridad.

Incluso más, las Bases podrían ser especialmente discriminatorias si se comparan con el último CEOL que fue adjudicado a un competidor, a saber, la sociedad Salar de Maricunga SpA (filial de Codelco).

En efecto, como destacan las propias Bases (cláusula 1, pág. 4), *“CODELCO, quien ya posee un CEOL a través del cual su filial Salar de Maricunga SpA, se encuentra desarrollando un proyecto de litio en el Salar de Maricunga”*. Sin embargo, y no obstante los vicios de que adolece dicho contrato respecto de lo cual hacemos expresa reserva de derechos para impugnarlo, lo relevante para estos efectos es que el CEOL suscrito por el Estado de Chile con la filial de Codelco contiene condiciones mucho más favorables que aquellas dispuestas en las Bases, sin mediar justificación alguna que lo explique.

De esta manera, las Bases podrían ser discriminatorias, no objetivas y generar una distorsión a la competencia que puede infringir el DL 211, todo lo cual justifica que el H. Tribunal adopte las medidas que se solicitan y las demás que estime procedentes para velar por la observancia de la normativa sobre defensa de la libre competencia, según se explica detalladamente a continuación.

## II. MERCADO RELEVANTE

Según ha resuelto uniformemente el H. Tribunal, para determinar el mercado relevante en una licitación pública es necesario distinguir si el órgano del Estado en cuestión actúa como agente económico -esto es, demandante de bienes y servicios- o bien, *“como un ente que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia en el mercado por competencia por el mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un periodo de tiempo”*<sup>2</sup>.

Esta distinción es importante porque, mientras en el primer supuesto el mercado relevante será aquel en que inciden los bienes o servicios licitados, en el segundo caso éste corresponde a la licitación misma<sup>3</sup>.

En efecto, según explica el H. Tribunal, cuando un organismo del Estado actúa *“como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos [...] el mercado relevante será precisamente la licitación”*<sup>4</sup>.

Pues bien, en el presente caso nos encontramos en este último caso, puesto que el Ministerio de Minería adjudicará un recurso manifiestamente escaso, a saber, los yacimientos de litio. De hecho, las Bases buscan adjudicar tan solo 5

<sup>2</sup> TDLC, Sentencia 169/2019, c. 3º y Sentencia 138/2014, considerando 10º.

<sup>3</sup> TDLC, Sentencia 169/2019, c. 3º; Sentencia 138/2014, c. 10º; y Sentencia 114/2011, c. 27º.

<sup>4</sup> TDLC, Sentencia 169/2019, c. 3º. Ver también, Sentencia 132/2013, c. 43º; y Sentencia 138/2014, c. 10º.

contratos para explorar, explotar y beneficiarse de yacimientos de litio por un máximo de 80.000 toneladas cada uno.

Al respecto, para casos como el que es objeto de esta consulta, el H. Tribunal explica que *“en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso y la regulación vigente [...]”*<sup>5</sup>. A mayor abundamiento, el H. Tribunal agrega que comparte *“el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), citado por la FNE [...] en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación [...] en consecuencia, este Tribunal considerará como mercado relevante para los efectos de autos las licitaciones de cada uno de los concursos”*<sup>6</sup>.

En consecuencia, el mercado relevante en estos autos consiste en **la licitación pública objeto de las Bases aprobadas por el Ministerio de Minería, para la suscripción de un CEOL para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio.**

Respecto a las características de la industria de producción y comercialización de litio, cabe destacar que -según se anticipó- éste es un recurso escaso sumamente estratégico para el desarrollo de nuestro país. Como explican las Bases, la demanda por litio ha crecido a tasas cercanas al 20% en los últimos años, y se espera que lo siga haciendo así hasta al menos el año 2030.<sup>7</sup>

Además, nuestro país tiene una posición muy importante a este respecto. Según informa la FNE, al 2018 Chile representaba el 16% de los recursos de litio a nivel mundial, así como el 48% de las reservas disponibles. Lo anterior, según se

<sup>5</sup> TDLC, Sentencia 112/2011, c. 45°.

<sup>6</sup> Sentencia del H. Tribunal N° 112/2011, c. 46° y 47°.

<sup>7</sup> Ver, e.g., las Bases, cláusula 1, pág. 4.

puede observar de la siguiente tabla:

**Cuadro 1**  
**Recursos y Reservas de Litio a nivel mundial**

País	Recursos		Reservas	
	Miles de toneladas	%	Miles de toneladas	%
Argentina	9.800	18%	2.000	13%
Bolivia	9.000	17%	-	0%
<b>Chile</b>	<b>8.400</b>	<b>16%</b>	<b>7.500</b>	<b>48%</b>
China	7.000	13%	3.200	21%
EE.UU.	6.800	13%	35	0%
Australia	5.000	9%	2.700	17%
Canadá	1.900	4%	-	0%
Otros	5.400	10%	131	1%
<b>Total</b>	<b>53.300</b>	<b>100%</b>	<b>15.566</b>	<b>100%</b>

Fuente: USGS 2018, p. 99.

Fuente: FNE, Informe en Denuncia de CORFO sobre adquisición de participación accionaria en SQM, Rol N°2493-18, del 24 de agosto de 2018, pág. 11.

Esta industria se caracteriza por la participación de grandes actores internacionales, tales como SQM, Tianqi, Albemarle Corporation, FMC y Ganfeng, entre otros.

No obstante, particularmente en lo que se refiere a la exploración, explotación y beneficio del litio, también existen diversos actores que, sin tener el tamaño, red y respaldo financiero de los grandes actores internacionales, igualmente cuentan con una gran capacidad competitiva para participar en este mercado.

Entre estas empresas se encuentra nuestra representada, la cual cuenta con la capacidad de formular ofertas tan competitivas como las que podrían hacer dichos actores, siempre y cuando se aseguren condiciones mínimas de rivalidad e igualdad.

En efecto, la Consultante es una empresa que ya cuenta con concesiones mineras y tiene el personal, expertise y capacidad para explotar yacimientos de litio, de forma eficiente y competitiva. Este antecedente es sumamente importante, pues

acredita que nuestra representada tiene directo interés en participar en la licitación; que tiene un interés real en adjudicárselo para explotarlo; y, asimismo, tiene interés en el resultado de este proceso, una vez que se efectúen las adjudicaciones de los cinco contratos.

De hecho, el que las Bases puedan infringir la libre competencia con condiciones como las descritas en esta presentación, que inhiben la postulación de oferentes y que favorecerán a los grandes actores internacionales, le perjudica en lo que se refiere a su derecho a participar en el proceso y también con relación a los efectos que los contratos que finalmente se adjudiquen tendrán en el mercado.

Lamentablemente, las Bases no permiten que existan condiciones mínimas de rivalidad, pues una serie de cláusulas que restringen la competencia, inhiben la presentación de ofertas, e impiden que exista una sana competencia al favorecer directamente a los grandes actores internacionales, además de ser discriminatorias en comparación al último CEOL adjudicado a un competidor. Todo ello, según se expone en el capítulo siguiente.



### III. LAS BASES PUEDEN AFECTAR LA LIBRE COMPETENCIA

De acuerdo a la jurisprudencia del H. Tribunal, el despliegue de toda política pública concretizada mediante licitaciones públicas debe mantener “condiciones mínimas de rivalidad”<sup>8</sup>, siendo “no discriminatoria, objetiva y transparente”<sup>9</sup>.

Al respecto, el H. Tribunal ha sostenido que resultan anticompetitivas las bases de licitación que (i) *limiten injustificadamente la competencia mediante la imposición de condiciones*; (ii) *manifiestamente faciliten la colusión de los agentes económicos*; y, (iii) *establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de posición dominante una vez adjudicada la licitación*.<sup>10</sup>

Asimismo, el H. Tribunal ha resuelto que los límites o condiciones exigidos en las bases de licitación **sólo resultan justificables cuando sean necesarios para cumplir los fines de política pública perseguidos por la licitación**,<sup>11</sup> y siempre y cuando estos límites o condiciones **resulten objetivos y razonables sobre la base de fundamentos económicos**<sup>12</sup> vinculados con la eficiencia, innovación o mejora en la calidad.<sup>13</sup>

En igual sentido, la FNE ha enfatizado que el acto administrativo que “*otorga derechos exclusivos a un operador*” y el que “[e]stablece un sistema del licencias o permisos para operar”<sup>14</sup> tienen el potencial de afectar la libre competencia mediante la reducción del número o variedad de actores que participan en el mercado.

<sup>8</sup> TDLC, Resolución 61/2020, considerando 16°.

<sup>9</sup> TDLC, Resolución 50/2017, considerando 56°.

<sup>10</sup> Ver, por ejemplo, TDLC, Sentencia 138/2014, c. 17°; y TDLC, Resolución 61/2020, c. 7°.

<sup>11</sup> TDLC, Sentencia 138/2014, c. 20°. En el mismo sentido, TDLC, Resolución 61/2020, c. 7°.

<sup>12</sup> TDLC, Resolución 27/2008, pp. 85-86.

<sup>13</sup> TDLC, Resolución 50/2017, c. 61°.

<sup>14</sup> FNE, *Guía Sector Público y Libre Competencia*, ob. cit., p. 20.

A continuación, se explica la forma en que las Bases pueden infringir la libre competencia y afectar el objetivo de política pública de la autoridad.

**A. LAS BASES CONTIENEN CLÁUSULAS QUE RESTRINGEN INJUSTIFICADAMENTE LA COMPETENCIA**

Las Bases consultadas contienen una serie de condiciones que pueden infringir el DL 211, según se expone a continuación.

**1. Las Garantías exigidas son por montos que dificultan la participación de oferentes y reducen la intensidad competitiva**

En diversas ocasiones, el H. Tribunal ha resuelto que la exigencia de una o más boletas de garantía cuyos montos son injustificadamente altos, pueden erigir una barrera a la entrada contraria a la libre competencia.

En efecto, se ha dictaminado que el costo de las cauciones puede originar una dificultad para competir en procesos licitatorios y desincentivar la realización de ofertas por potenciales postulantes<sup>15</sup>. A mayor abundamiento, el H. Tribunal ha resuelto que exigencias de este tipo *“incrementaban la incertidumbre y los costos de participar, de tal manera que restringían el número de posibles oferentes a las empresas que estuvieran dispuestas a enfrentar tales riesgos y solventar los mayores costos”*<sup>16</sup>.

Pues bien, contraviniendo la jurisprudencia de este H. Tribunal, las Bases exigen a los oferentes a: (i) constituir varias garantías por distintos conceptos<sup>17</sup>; (ii) cada una por montos excesivos, sin justificación y desproporcionados para el objeto

---

<sup>15</sup> Ver, e.g., TDLC, Sentencia 105/2010, c. 49º; TDLC, Sentencia 79/2008, c. 31; y Resolución de 16 de marzo de 2020, Causa Rol C N°275-2014, cuaderno de cumplimiento incidental.

<sup>16</sup> TDLC, Sentencia 79/2008, c. 31.

<sup>17</sup> Las garantías pueden corresponder a boletas de garantía bancaria, pólizas de seguro o cualquier otro instrumento, siempre que cumpla con ser pagadero a la vista, irrevocable y no endosable (cláusula 4, puntos 12, 13 y 14, págs. 7 y 8).

del proceso; (iii) éstas se deben obtener en brevísimos plazos, casi imposibles para empresas que no cuentan con las redes que sí tienen los grandes actores internacionales; y (iv) imponen una renuncia forzada a ejercer el legítimo derecho a impedir su cobro, todo lo cual genera una incertidumbre y costos que por sí solos constituyen una barrera a la entrada e inhiben la presentación de ofertas, según se explica a continuación.

**En primer lugar**, las Bases exigen que la oferta debe ir acompañada de una **Garantía de Seriedad de la Oferta** (cláusula 9.2.8, pág. 16), bajo sanción de ser declarada inadmisibile.

Pues bien, esta garantía debe ser *“por un monto del 10% del Valor Base en Pesos”*.<sup>18</sup> Dado que el “Valor Base” corresponde al equivalente en pesos chilenos a la suma de USD \$5,000,000.-, esto significa que cada oferente debe acompañar una garantía por USD \$500,000.- para poder postular a una cuota, lo que a esta fecha equivale a más de \$415.000.000.-

Más aún, si un oferente decide ejercer su derecho a postular a dos cuotas, esto significa que, solo para asegurar la “seriedad de la oferta”, deberá presentar garantías por USD 1,000,000.-, los que a esta fecha equivalen a más de \$ 830.000.000.-

Se trata de sumas de dinero evidentemente excesivas e injustificadamente onerosas, que inhiben la presentación de ofertas, y no hacen más que favorecer a los grandes actores internacionales, en desmedro de otros potenciales entrantes, por varias razones.

---

<sup>18</sup> El “Valor Base” es el precio mínimo que el oferente puede ofrecer por una cuota de exploración, explotación y beneficio de 80.000 toneladas de litio metálico comercializable, el cual debe ser el equivalente en pesos chilenos a la suma de USD \$5,000,000.- (cinco millones de dólares).

Primero, su solo monto de por sí significa un costo excesivo y desproporcionado para el oferente, que inhibirá la presentación de ofertas. Esto es particularmente cierto en este caso, donde las posibilidades de resultar ganador se ven reducidas por el hecho de que se adjudicarán sólo 5 cuotas (además, cada oferente puede adjudicarse para sí hasta dos de ellas) y de que las Bases contienen una serie de otras cláusulas que dificultan la competencia y favorecen la posición de los grandes actores internacionales.

Segundo, porque dicha garantía se debe obtener en un brevísimo plazo, casi imposible de cumplir para actores medianos como nuestra representada. Nos referiremos con más detalle sobre este punto en la sección siguiente.

Y tercero, porque incluso si se aceptase asumir el costo de la garantía y se lograra conseguirla dentro de plazo, las Bases generan incertidumbre frente a la posibilidad de que dicha garantía pueda ser cobrada de forma imprevisible y contra la voluntad del oferente. En efecto, las Bases obligan a los oferentes a hacer “*renuncia expresamente y de manera anticipada a cualquier derecho de oposición que a dicho cobro pudiere asistirle*” (cláusula 9.2.8, pág. 16). De esta manera, incluso en el escenario de que el oferente le asista el legítimo derecho a oponerse al cobro de la garantía, las Bases le obligan a renunciar a él, generando una patente incertidumbre frente a al riesgo de que se intente cobrar la garantía por eventos ajenos a su voluntad e imprevisibles a esta fecha.

**En segundo lugar**, las dificultades emanadas de la exigencia de constituir y presentar garantías no terminan ahí.

Si un oferente avanza en el proceso y resulta adjudicatario, las Bases le exigen entregar una **Garantía de Pago del Precio de la Oferta**, que debe ser “*por el mismo monto del Precio de la Oferta en Pesos*” (cláusula 13.3, pág. 22). Se trata de un valor que generará un costo excesivo y totalmente injustificado al

adjudicatario, particularmente si se considera que el precio a garantizar será de al menos USD 5 millones, es decir, la garantía deberá cubrir más de \$4 mil millones (y probablemente el valor final será muy superior, considerando que es esperable que resulten adjudicatarios empresas que ofrezcan muy por sobre el precio mínimo). No sólo eso, las Bases exigen al oferente presentar esta onerosa garantía en tan sólo 10 días hábiles desde que se le informe su adjudicación, bajo amenaza de cobrar la Garantía de Seriedad de la Oferta, según se señaló precedentemente.

Este monto también es injustificado y no se adecua a la normativa de libre competencia, según confirma la jurisprudencia del H. Tribunal. Por ejemplo, en un caso análogo al consultado, se sometieron a su conocimiento unas bases para la licitación de una concesión de servicio público de telefonía móvil, en las que el licitante también exigía entregar una garantía por una suma equivalente al precio ofrecido.<sup>19</sup>

Sin embargo, el H. Tribunal dispuso que esa exigencia debía ser modificada, ordenando al licitante “reducir el monto de la garantía de pago a un 30% del precio ofertado”<sup>20</sup>. Adicionalmente, estableció que se debía “*permitir que, una vez adjudicada la licitación, [el licitante] haga efectiva dicha garantía e impute su monto al pago del precio*”<sup>21</sup>.

Lamentablemente, las Bases consultadas repiten exactamente la misma fórmula que ya fue reprochada por el H. Tribunal. Además, su excesivo monto, el breve plazo en que se debe obtener, las onerosas sanciones por no conseguirla dentro de plazo y las demás exigencias de las Bases, tienen por consecuencia que se

---

<sup>19</sup> Propuesta de Bases de Licitación de Concesión de Servicio Público de Telefonía Móvil, en Causa Rol C N°275-2014, cuaderno de cumplimiento incidental, a fojas 1165.

<sup>20</sup> Ver, e.g., TDLC, Resolución de 16 de marzo de 2020, Causa Rol C N°275-2014, cuaderno de cumplimiento incidental, a fojas 1181.

<sup>21</sup> TDLC, Resolución de 16 de marzo de 2020, Causa Rol C N°275-2014, cuaderno de cumplimiento incidental, a fojas 1181.

repiten y acumulan los mismos efectos potencialmente anticompetitivos descritos precedentemente.

**En tercer lugar**, por si lo anterior no fuese suficiente, la Bases exigen presentar además una **Garantía de Ejecución de Inicio de Labores**, la que debe ascender a la suma de USD \$1,000,000.- (cláusula 16 de las Bases, pág. 23).

Esta garantía se debe constituir para caucionar eventuales incumplimientos contractuales del adjudicatario *“durante la totalidad del plazo que duren dichas labores, las que se pactan por un plazo inicial de siete (7) años [...] y de su prórroga [por dos años adicionales]”* (cláusula 16 de las Bases, pág. 23).

Nuevamente, se trata de otra garantía más, cuyo monto y características repite los reproches y potenciales efectos anticompetitivos antes descritos.

En definitiva, las Bases exigen la constitución de al menos tres garantías diferentes, cada una por montos injustificados, excesivos y que contradicen la jurisprudencia del H. Tribunal, lo cual inhibiría la presentación de ofertas y favorecería a los grandes actores internacionales. Todo ello es aún más grave, si se considera el efecto acumulativo de las mismas.

## **2. Los Plazos para presentar las ofertas son excesivamente breves**

En concordancia con los criterios expuestos por el H. Tribunal y la FNE, el hecho de estipular en bases de licitación plazos muy breves para presentar las ofertas puede generar una barrera a la entrada a la participación en una licitación

pública<sup>22</sup>. Como explica la FNE, “[l]os plazos debieran ser suficientes para que las empresas del rubro puedan oportunamente formular ofertas serias.”<sup>23</sup>

Pues bien, los plazos dispuestos en las Bases son absolutamente exiguos, cumpliendo todos los requisitos para constituir una barrera a la entrada que obstaculice la competencia. En efecto, el programa de la licitación contemplado en las Bases establece plazos sumamente breves, particularmente considerando la naturaleza, complejidad y montos del objeto licitado. Así se puede observar en la siguiente tabla:

**Programa de la Licitación (Cláusula 2.9, págs. 5 y 6)**

ETAPA	FECHA	DÍAS DE PLAZO DESDE EL HITO PRECEDENTE
Publicación del llamado a licitación	Dentro de los 5 días hábiles contados desde la total tramitación de los antecedentes fundante de la licitación.	-
Adquisición de las Bases	Dentro de los 21 días hábiles posteriores a la publicación de las Bases	21 días hábiles
Consultas	Dentro de los 25 días hábiles posteriores a la publicación de las Bases	4 días hábiles (incluso puede ser de 0 días, ya que el Ministerio tiene 4 días hábiles para entregar las Bases desde su pago)
Envío respuesta a consultas (Circulares Aclaratorias)	Dentro de los 30 días hábiles posteriores a la publicación de las Bases	5 días hábiles

<sup>22</sup> Ver, e.g., TDLC, Resolución N° 7/2005, Resuelvo 2°; FNE, Minutas de archivo en Rol N° 2553-19, de fecha 31 de julio de 2019, párrafo N° 31 y Rol N° 2479-17, de fecha 26 de abril de 2018, párrafo N° 84; FNE, escrito Aporta antecedentes en causa Rol NC 488-2021, párrafo 110.

<sup>23</sup> FNE, escrito Aporta antecedentes en causa Rol NC 488-2021, párrafo 110.

Recepción de las Ofertas	Dentro de los 45 días hábiles posteriores a la publicación de las Bases	15 días hábiles
Apertura y evaluación de los Requisitos Administrativos	Dentro de los 49 días hábiles posteriores a la publicación de las Bases	4 días hábiles
Apertura y evaluación de las Ofertas Económicas	Dentro de los 54 días hábiles posteriores a la publicación de las Bases	5 días hábiles
Notificación/Publicación del resultado de la licitación (Adjudicación)	Dentro de los 65 días hábiles posteriores a la publicación de las Bases	9 días hábiles
Suscripción del o los CEOL	Dentro de 2 meses desde la notificación del adjudicatario	2 meses

Como se puede observar, los oferentes tienen apenas entre 24 y 45 días hábiles para presentar la oferta. De hecho, el plazo puede ser de tan sólo 20 días hábiles, si se considera que el Ministerio tiene 4 días hábiles para entregar las Bases.

Ese plazo es sumamente breve para poder diseñar un proyecto para un negocio de esta envergadura, presentarlo a inversionistas para conseguir financiamiento y realizar todas las gestiones destinadas a hacer todas las gestiones, análisis y desarrollos que se necesitan para hacer una oferta competitiva.

Además, un oferente puede contar con apenas 4 días para formular consultas sobre las Bases (incluso, puede quedarse sin plazo alguno, si es que ejerce su derecho a comprarlas el último día y el Ministerio se toma los 4 días que tiene para entregarlas). Luego, se tendrán tan sólo 15 días para analizar e incorporar las respuestas en la oferta.

Más aún, al breve plazo que el oferente tiene para formular y presentar su oferta, se debe sumar que además debe hacer las gestiones frente a instituciones financieras para obtener las boletas de garantía que exigen las Bases.



En el caso de la Garantía de Seriedad de la Oferta, ésta se debe presentar junto con la postulación. Esta gestión exige tener un proyecto ya definido, a fin de presentarlo y conseguir las autorizaciones necesarias para obtener cauciones por los montos que exigen las Bases. Pues bien, mientras para los grandes actores internacionales estas gestiones pueden resultar bastante sencillas, en el caso de empresas como nuestra representada -sin perjuicio de que igualmente tiene capacidad para obtenerla- es algo que requiere mucho esfuerzo y tiempo, siendo casi imposible de lograr dentro de un plazo tan breve.

Por su parte, la **Garantía de Pago del Precio de la Oferta** por el momento equivale al mismo monto del precio de la oferta y se debe acompañar en tan sólo 10 días hábiles desde que se le informe su adjudicación (bajo amenaza de cobrar la Garantía de Seriedad de la Oferta). Nuevamente, se trata de un plazo brevísimo -apenas dos semanas- para conseguir una caución por un monto excesivamente elevado.

Por último, estimamos importante reiterar que las objeciones planteadas por esta parte no persiguen que se favorezca a pequeños actores por el sólo hecho de ser tales. Muy por el contrario, nuestra representada puede presentar ofertas tanto o más competitivas que las de los grandes actores internacionales, si se dan condiciones mínimas de rivalidad que lo permitan. Ello exige que se eliminen las restricciones injustificadas y arbitrarias que actualmente contienen las Bases, las cuales favorecen a los grandes actores internacionales.

### **3. Criterios arbitrarios para la selección de ofertas en caso de empate**

Según se explicó, uno de los objetivos de la licitación es maximizar la recaudación para el Estado. Por ello, la selección de los oferentes se efectuará privilegiando exclusivamente la oferta económica.

Ahora bien, en caso de existir empate, las Bases disponen que se elegirá la oferta que se haya “presentado primero”. En efecto, éstas señalan que “[e]n caso de que dos o más combinaciones de Ofertas permitan una misma recaudación en términos económicos para el Estado, **la selección será resuelta en base a preferir aquella combinación de Ofertas que incluya dentro de las mismas aquella Oferta que haya sido presentada con anterioridad a las otras Ofertas consideradas para los efectos del cálculo de distintas combinaciones”** (cláusula 12.2.2, pág. 20). De hecho, si aplicado ese criterio “*la Oferta de más temprana presentación estuviere presente en ambas combinaciones, la selección se hará dentro de las segundas fechas más tempranas, y así, sucesivamente [...]*” (cláusula 12.2.2, págs. 20 y 21).

Pues bien, se trata de un criterio manifiestamente arbitrario e injustificado, que puede ser modificado por otras alternativas más racionales (por ejemplo, un desempate, o la consideración de ofertas técnicas). Además, convierte en aún más breves los plazos que ya son exiguos, pues genera una presión por anticiparse al resto de los oferentes, y todo ello sin que esto tenga sustento en el mérito competitivo ni en la finalidad de aumentar la recaudación del Estado.

Pero lo que es más grave, esta regla viene a favorecer aún más a los grandes actores internacionales. Según se ha explicado, resulta evidente que ellos tendrán más facilidades para preparar sus ofertas, conseguir todos los requisitos que exigen las Bases (particularmente en lo que se refiere a la constitución de las garantías) y presentarlas antes que el resto, quedando en una posición privilegiada ante un posible escenario de desempate.

#### **4. Publicación de un Precio Mínimo**

Las Bases disponen que las ofertas deben superar un precio mínimo por cada cuota que corresponde a la suma de USD \$5,000,000.-, en su equivalente en

pesos chilenos según el tipo de cambio dólar observado publicado por el Banco Central el día anterior a la presentación de la oferta.

Pues bien, la publicación un precio mínimo en las Bases puede tener por efecto reducir la intensidad competitiva del proceso licitatorio.

Desde ya, la sola modalidad de exigir un pago al contado y por anticipado de un monto a suma alzada a la firma del contrato, por el precio ofertado (que no puede ser inferior a USD \$5 millones) es un gravamen a todo evento que para este tipo específico de licitación resulta una condición que puede reducir la competencia, afectar la eficiencia de la operación y resultar contraria a los fines perseguidos por la autoridad.

Adicionalmente, no se puede soslayar que el precio mínimo exigido resulta sumamente oneroso, si se considera que los adjudicatarios deberán hacer otros pagos adicionales al Estado durante la ejecución del contrato y, además, que el último CEOL adjudicado a un competidor ni siquiera contemplaba este precio mínimo anticipado, en lo absoluto, según se explica en el capítulo siguiente. De esta manera, se trata de una carga o barrera de acceso sumamente relevante para los licitantes y que reduce su competitividad, sin existir justificación económica que lo explique.

Pero, además, el hecho de exigir un precio mínimo en las Bases, y más aún por un monto tan elevado, es una condición que la normativa de libre competencia recomienda eliminar, según consta de la jurisprudencia del H. Tribunal.

En este sentido, el H. Tribunal -conociendo unas bases de licitación sobre una concesión- ha resuelto que corresponde *“eliminar el precio mínimo de referencia,*

*por cuanto no ha sido justificado y, en todo caso, un eventual precio mínimo no debería ser conocido a priori por los participantes de la subasta"<sup>24</sup>.*

De esta manera, estamos ante otra estipulación de las Bases que contradice criterios claramente manifestados por el H. Tribunal y puede infringir el DL 211.

### **5. La total preponderancia de la oferta económica promueve posibles comportamientos estratégicos**

Según se explicó precedentemente, las Bases estipulan que la adjudicación se decidirá de forma prácticamente exclusiva en atención a la oferta económica. En palabras de las Bases, la decisión se tomará "*considerando especialmente maximizar la recaudación fiscal*" (cláusula 1.2, pág. 3). Sin dejar espacio a dudas, explican que se "*seleccionará como adjudicatarias del presente proceso licitatorio aquellas Ofertas Económicas cuya combinación permita maximizar la recaudación fiscal por el total de cuatrocientos mil (400.000) toneladas de litio metálico comercializable*" (cláusula 12.2.2, pág. 20).

Al respecto, si bien puede ser legítimo que el Ministerio de Minería vele por promover la recaudación fiscal, el problema es que las Bases prácticamente no establecen ninguna exigencia, requisito ni medida de control destinada a asegurar que las ofertas presentadas correspondan a un proyecto real y serio, sustentado en un plan efectivo y eficiente que busque la exploración, explotación y beneficio de las cuotas de 80.000 toneladas de litio que se adjudicarán<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Ver, e.g., TDLC, Resolución de 16 de marzo de 2020, Causa Rol C N°275-2014, cuaderno de cumplimiento incidental.

<sup>25</sup> Quizás las únicas condiciones que podrían reducir los incentivos para desplegar conductas de ese tipo consisten en la exigencia de la garantía establecida para el inicio de las labores de ejecución y la posibilidad de terminar el contrato si ello no ocurre dentro de plazo (artículo 3° inciso segundo y artículo 14 letra d) del Decreto 23); y disponer como causal de terminación del contrato cuando, con motivo de las facultades de control y fiscalización, el Ministerio de Minería compruebe que el Contratista no ha realizado las gestiones razonables para lograr las mejores

En otras palabras, las Bases podrían permitir que oferentes desplieguen comportamientos estratégicos, por ejemplo, realizando una oferta destinada a simplemente acaparar las cuotas, impedir la entrada de nuevos competidores, o con fines meramente especulativos, sin un interés real por explotarla en plenitud, de forma íntegra y eficiente.

Peor aún, las Bases no establecen de forma clara y contundente exigencias de eficiencia en la recuperación mínima en los procesos de obtención de productos de litio. Así, un adjudicatario podría realizar sus labores en yacimientos que tengan grandes reservas de litio, pero operar de forma ineficiente hasta cumplir con su cuota, perdiendo miles de toneladas en el proceso sólo por hacer una mala gestión.

Por ejemplo, el yacimiento podría tener una reserva de 500.000 toneladas de litio. En ese caso, si el adjudicatario usa procesos ineficientes que se limiten a recuperar solamente las 80.000 toneladas que permite su cuota, se arriesga perder 420.000 toneladas de litio, con las nefastas consecuencias que ello tendría para nuestro país y, en particular, la recaudación fiscal.

En definitiva, una licitación que se ocupa de asignar cuotas sin poner atención en la existencia de un proyecto de explotación real, efectiva y eficiente, como es lo propio de la naturaleza de los CEOL, resulta contrario al objetivo de crear valor en una industria estratégica para el desarrollo del país y que, por lo demás, expresamente persigue abrir el acceso al mercado del litio y aumentar la producción de este mineral. Más aún, con este diseño las Bases desnaturalizan la finalidad de promover esta industria, fomentando la adjudicación de las pocas cuotas disponibles a los grandes actores internacionales.

---

condiciones de comercialización del litio (artículo 7º y 14º letra i) Decreto 23). Como se puede fácilmente apreciar, tales cláusulas están lejos de asegurar que las ofertas adjudicatarias correspondan a proyectos eficientes e impedir que se desplieguen conductas especulativas, que cumplan con lo mínimo necesario para evitar la terminación del contrato.

En ese sentido, es importante notar que las Bases no exigen la obligación de tener pertenencias constituidas y vigentes. Con esto pareciese que el Ministerio de Minería estaría simplemente “vendiendo” permisos, en circunstancias que tener la posibilidad de suscribir un CEOL es algo que cualquier privado está autorizado a pedir con la debida justificación legal y técnica.

Todo lo expuesto es otra razón más que confirma que las Bases podrían infringir el DL 211 y, adicionalmente, los objetivos perseguidos por la autoridad.

**B. LAS BASES PUEDEN SER DISCRIMINATORIAS SI SE COMPARAN CON EL ÚLTIMO CONTRATO ADJUDICADO PARA LA EXPLOTACIÓN DE LITIO**

Las Bases no sólo pueden infringir las disposiciones del DL 211 por incurrir en las restricciones antes descritas, sino que además porque vulnerarían el requisito de ser “no discriminatoria, objetiva y transparente”<sup>26</sup> al compararlas con el último contrato de este mismo tipo que fue adjudicado a otro competidor, a saber, la sociedad Salar de Maricunga SpA, el cual contempla condiciones infinitamente más favorables que los contratos que se adjudicarían ahora, sin mediar justificación alguna que lo explique. Peor aún, la única razón observable que motivaría esa diferenciación injustificada y distorsión a la competencia es que se favorecería a una empresa del Estado.

En efecto, el 9 de marzo de 2018 el Ministerio de Minería dictó la Resolución N°2, mediante la cual aprobó el CEOL entre el Estado de Chile y Salar de Maricunga SpA. Los requisitos y condiciones de este contrato habían sido previamente establecidas por el Ministerio de Minería mediante Decreto Supremo N°64, del 26 de octubre de 2017.

---

<sup>26</sup> Resolución N°50/2017, considerando 56°.

Sin perjuicio de que dicho contrato adolece de serios vicios que justifican su nulidad (materia que no es objeto de este proceso y respecto de la cual hacemos expresa reserva de derechos), lo relevante para este proceso es destacar que fue adjudicado incorporando condiciones mucho más favorables que aquellas contenidas en las Bases, sin mediar justificación económica que lo explique.

Adicionalmente, cabe destacar que Salar de Maricunga SpA es una filial de Codelco. Así, el hecho de que estas condiciones más favorables hayan sido entregadas precisamente a una empresa estatal, en comparación con aquellas que las Bases exigen a los particulares, rompería las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (establecidos en el artículo 19 N°s 2 y 22 de la Constitución Política de la República); y, asimismo, infringiría el deber de no efectuar discriminaciones arbitrarias ni fundadas en consideraciones subjetivas, que ha consagrado reiteradamente la jurisprudencia del H. Tribunal, según se ha expuesto.

En efecto, podemos destacar que las Bases establecen las siguientes discriminaciones arbitrarias respecto al referido contrato, que pueden vulnerar la normativa sobre libre competencia:

1. Las Bases establecen un plazo de 7 años para realizar las labores de explotación, prorrogables por 2 años más, pero en ningún caso la duración del Contrato puede superar los 29 años (artículo 3° y artículo 14° letra b) del Decreto 23).

En cambio, el contrato con Salar de Maricunga SpA establece una duración máxima de 40 años. Este periodo se divide en una fase de exploración y prospección que tendrá un plazo máximo de 8 años y 6

meses; y una fase de construcción y explotación, que constará de un plazo máximo de 31 años y 6 meses.

2. Las Bases exigen a los oferentes pagar un precio a suma alzada y por anticipado, el cual será el criterio determinante para definir si se adjudican las cuotas licitadas (cláusula 12.2.2 de las Bases). Ese monto es independiente y adicional a todos los demás de desembolsos y pagos que el adjudicatario tendrá que hacer en favor del Estado de Chile durante la ejecución del contrato, entre los que podemos destacar el pago anual asociado a la utilidad operacional, que se aplica sobre todos los ingresos anuales del contratista provenientes de las ventas de productos de litio comercializable, menos el "IVA" y costos operacionales para producir esos ingresos (artículo 9º del Decreto 23).

En cambio, el contrato con Salar de Maricunga SpA no le exigió a ésta hacer ningún tipo de pago a suma alzada por anticipado, mucho menos uno del cual dependiera la adjudicación de su contrato, quedando liberada de incurrir en dicho costo. Todos los pagos que debe efectuar Salar de Maricunga SpA quedaron sujetos a una eventual explotación inicial, la cual es eventual, en un contrato a 40 años y sin asumir riesgo de ninguna especie.

Esta diferenciación resultaría en un aumento artificial en los costos de sus competidores, la cual evidentemente restringirá y distorsionará la competencia.

3. El CEOL adjudicado a Salar de Maricunga SpA le entrega una zona exclusiva para explorar las sustancias de litio y, posteriormente, para llevar a cabo su explotación y beneficio. En efecto, según señala el artículo 3º del Decreto Supremo 64 de 2017 del Ministerio de Minería, dicho



contrato autoriza al contratista para “realizar, llevar a cabo y desarrollar en forma exclusiva, toda clase de actividades y labores de exploración, sobre las sustancias de litio ubicadas en el área del contrato [...], como operaciones de explotación y beneficio sobre las sustancias de litio ubicadas en el área que se defina como consecuencia de las labores desarrolladas por éste en la fase de exploración y prospección [...]”.

En cambio, las Bases sorprendentemente no contemplarían un derecho semejante para quienes resulten adjudicatarios de las 5 cuotas licitadas. Este trato diferenciado no tiene justificación alguna y generaría una ventaja competitiva significativa que también podría infringir el DL 211.

4. Las Bases exigen a los oferentes incurrir constituir diversas garantías, cada una de ellas por montos excesivos y desproporcionados, todo lo cual aumenta los costos de operación de los postulantes y de los eventuales adjudicatarios.

En cambio, el contrato con Salar de Maricunga SpA no le pide constituir ninguna garantía, quedando liberada de incurrir en los referidos costos.

Esta es otra discriminación que incrementaría artificialmente los costos de sus competidores, la cual evidentemente restringirá y distorsionará la competencia.

5. Las Bases exigen al eventual adjudicatario constituir una sociedad especialmente para estos efectos, cuyo capital social debe ascender a un 20% del Valor Base, el cual debe suscribirse, pagarse íntegramente y acreditarse al momento de otorgarse la escritura de constitución de la sociedad. Además, una vez iniciada la fase de explotación, el capital social debe ser aumentado de manera que refleje el 100% del Valor Base, el cual igualmente debe ser suscrito y pagado por sus accionistas.

En cambio, el contrato suscrito por el Estado de Chile con Salar de Maricunga no tiene ninguna exigencia de esta naturaleza.

6. Las Bases dan a los oferentes brevísimos plazos (de apenas algunos días) para preparar y presentar la oferta.

En cambio, Salar de Maricunga SpA contó con casi 6 meses desde que se dictó la normativa que estableció los requisitos y condiciones que se debían observar hasta que finalmente se celebró el Contrato, de modo que tuvo a su disposición dos a tres veces más tiempo que sus competidores para preparar el inicio de sus operaciones.

En definitiva, se advierte fácilmente que las Bases pueden generar una discriminación arbitraria respecto al último contrato de idéntica especie que fue adjudicado a un competidor, no fundada en criterios objetivos, razonables ni uniformes, las cuales restringirían y distorsionarían la competencia en beneficio de una empresa del Estado.

#### C. LAS BASES INFRINGEN LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA PÚBLICA PERSEGUIDOS CON LA LICITACIÓN

Como se anticipó, junto con reconocer su competencia para pronunciarse sobre consultas relacionadas al diseño de bases de licitación públicas, el H. Tribunal ha resuelto que *“el análisis de esta clase de actos debe realizarse teniendo presente los objetivos que tuvo a la vista la autoridad que los dicta”*<sup>27</sup>.

Así, el H. Tribunal ha precisado que *“[E]s necesario ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación,*

---

<sup>27</sup> Resolución N°61/2020, considerando 7°.

*“y la adecuada protección de la libre competencia, a fin de determinar si la autoridad ha cometido una infracción a la misma”<sup>28</sup>.*

Esta precisión es relevante, pues según establece la permanente jurisprudencia del H. Tribunal, los riesgos anticompetitivos contenidos en las Bases deben ser evaluados a la luz de los objetivos que subyacen a la política pública objeto del concurso.

En este caso, según explicitan las propias Bases, los objetivos de política pública perseguidos por la autoridad son fundamentalmente tres: (i) **abrir el acceso al mercado del litio en Chile**, (ii) **aumentar la producción de este mineral**, y (iii) **maximizar la recaudación fiscal**.

Respecto al primero de ellos, las Bases dedican una sección especial para estos efectos, en la cual señalan que una de *“las finalidades perseguidas en este proceso es generar oportunidades para que las empresas que actualmente participan en este mercado, y otras que no participan del mismo, puedan hacerlo en igualdad de condiciones y en términos competitivos”* (cláusula 1.2 de las Bases, pág. 3).

Sin embargo, como hemos expuesto, las Bases contienen exigencias que pueden constituir verdaderas barreras a la entrada, discriminatorias y que carecen de justificación económica, las cuales producirán el efecto totalmente contrario a la política pública que se dice perseguir.

En efecto, las restricciones descritas en esta presentación inhibirán gravemente la formulación de ofertas por parte de actores como nuestra representada y favorecerá la posición competitiva de los grandes actores internacionales.

Adicionalmente, otros objetivos perseguidos por la autoridad con esta licitación consiste en **aumentar la producción** de litio y **maximizar la recaudación fiscal**.

---

<sup>28</sup> Sentencia N°138/2014, considerando 14°.

De hecho, las Bases señalan que “[e]n igualdad de condiciones entre Oferentes, la Adjudicación será decidida considerando especialmente maximizar la recaudación fiscal en función de las posibles combinaciones que se verifiquen entre las distintas Ofertas. Lo anterior, con restricción de que ningún Oferente pueda adjudicarse más de dos cuotas” (cláusula 1.2, pág. 3).

Pues bien, el caso es que la combinación de condiciones que limitan la entrada y fortalecen a los grandes actores, junto a la limitación de cuotas que cada oferente se puede adjudicar (un máximo de dos cuotas por oferente, del total de cinco disponibles), las Bases arriesgan que se reduzca la intensidad de la competencia y, lo que es más grave, se presta para comportamientos estratégicos que puedan resultar en ofertas de menor valor económico, lo que resulta en menores ingresos para el Estado.

#### IV. PROCEDENCIA Y OBJETO DE LA CONSULTA

El artículo 18 N°2 del DL 211 otorga competencia al H. Tribunal para:

*“Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para los cual podrá fixar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.*

Pues bien, la presente Consulta cumple con todos los requisitos establecidos en la referida norma. En efecto:

### **1. El H. Tribunal es competente para conocer de la Consulta**

El H. Tribunal tiene plena competencia para conocer de hechos, actos o contratos (existentes o por celebrarse) provenientes de un órgano de la administración del Estado, tal como lo ha resuelto recientemente.<sup>29</sup>

De hecho, el H. Tribunal ha resuelto que: “[l]as normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el H. Tribunal el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción”

Así, resulta claro que el H. Tribunal tiene competencia para pronunciarse sobre la presente Consulta.

### **2. Las Bases son hecho, acto o contrato por celebrarse**

Como se ha explicado en esta presentación, nuestra representada somete a consulta del H. Tribunal las Bases dictadas por el Ministerio de Minería, las cuales -conforme a la terminología del DL 211- se trata de un acto por celebrarse.

De hecho, el plazo para *presentar* las ofertas en la licitación pública objeto de las Bases expira recién el 17 de diciembre de 2021, y sólo a partir de entonces comenzará el proceso de evaluación y selección de aquellas.

### **3. La Consulta corresponde a un asunto de carácter no contencioso**

El objeto de la Consulta de nuestra representada reviste el carácter de no contencioso, pues solicita al H. Tribunal pronunciarse sobre un eventual riesgo y/o efecto anticompetitivo en las Bases, que pueda infringir el DL 211, al tenor

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, causas rol NC-481-2020 respecto a bases de licitación elaboradas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones; NC-486-2021 respecto a un convenio marco de la Dirección de Compras y Contratación Pública; y NC-488-2021 respecto de bases de licitación publicadas por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo.

de lo dispuesto en el artículo 18 N°2 de dicho cuerpo legal. En consecuencia, la Consulta cumple una función preventiva, sin que exista una controversia jurídica.

#### **4. La Consultante tiene interés legítimo**

La Consultante es una empresa minera que participa en la minería, es titular de concesiones mineras y que, específicamente, tiene el interés y capacidad para adjudicarse el derecho a realizar la exploración, explotación y comercialización de litio. Luego, tiene un interés evidente y directo en participar en la licitación objeto de las Bases, si sus términos y condiciones se adecuasen a las disposiciones del DL 211. De esta forma, resulta evidente que la Consultante tiene interés legítimo en el acto consultado.

#### **5. Condiciones solicitadas por la Consultante**

Finalmente, la presente Consulta propone medidas concretas a efectos de que el acto consultado no infrinja las normas que protegen la libre competencia.

Como primera medida, nuestra representada estima esencial que se ordene adecuar las Bases de tal forma que se eliminen de ellas aquellas cargas económicas que no fueron impuestas en el contrato suscrito por el Estado de Chile con Salar de Maricunga SpA, y se le extiendan o repliquen las condiciones más favorables contenidas en este último, de modo de eliminar las posibles discriminaciones arbitrarias y distorsiones a la competencia que puedan infringir el DL 211.

En subsidio, nuestra representada estima que las Bases no infringirán la libre competencia en la medida que se eliminen o modifiquen las condiciones que restringen la competencia y favorecen a los grandes actores internacionales.

Por ejemplo, en este escenario resulta urgente adoptar las siguientes medidas:

- (i) Aumentar significativamente los plazos del programa de licitación, de modo que permitan a todos los interesados formular ofertas serias, completas y competitivas, en igualdad de condiciones;
- (ii) Reducir significativamente los montos de la Garantía de Seriedad de la Oferta, la Garantía de Pago del Precio de la Oferta, y la Garantía de Ejecución de Inicio de Labores de Explotación, ordenando que sean de una suma no superior al 30% de sus valores actuales, en concordancia con la jurisprudencia del H. Tribunal.
- (iii) Eliminar la exigencia de que las ofertas superen un precio mínimo publicado en las Bases.
- (iv) Eliminar como criterio de desempate la elección de la oferta “más temprana”, sustituyéndolo por un criterio razonable, objetivo y no discriminatorio, como podría ser un desempate mediante oferta económica, o bien, la incorporación de una evaluación técnica.
- (v) Disponer que los oferentes deben ser titulares de concesiones mineras, quienes deben presentar un proyecto efectivo y eficiente para ejecutar el contrato, o bien, establecer garantías y medidas explícitas para que esto así ocurra.

Esta es la única manera de eliminar una serie de condiciones que pueden infringir la libre competencia, al inhibir la presentación de ofertas a empresas como nuestra representada y favorecer a los grandes actores internacionales.

En ese sentido, estimamos importante reiterar que las medidas solicitadas no buscan proteger a los “competidores”, sino que son un mínimo resguardo para que todos los actores puedan competir en igualdad de condiciones y, de esta manera, nuestra representada tenga la oportunidad de presentar ofertas igual o más competitiva que las del resto. Solo así las Bases podrán estar en conformidad con la normativa de libre competencia y, asimismo, colaborar a que se cumplan los objetivos de política pública perseguidos por la autoridad con la licitación.

**POR TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:** Tener por formulada la presente consulta, admitirla a tramitación y pronunciarse acerca de si se ajustan o no al DL 211 las “*Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional para la Suscripción de un Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio*”, y sus anexos, aprobadas por Resolución N°1 del Ministerio de Minería, de fecha 27 de julio de 2021; disponga la adopción de las medidas solicitadas por nuestra representada; y, de ser procedente, establezca las demás condiciones que se deban cumplir para prevenir los riesgos identificados en esta presentación, así como otros que puedan identificarse en conformidad al mérito del proceso.

**PRIMER OTROSÍ:** Solicitamos al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Resolución N°1 del Ministerio de Minería, de fecha 27 de julio de 2021, que aprueba las “*Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional para la Suscripción de un Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio*”, y sus anexos.



2. Publicación en el Diario Oficial, de fecha 13 de octubre de 2021, del Decreto número 23 del Ministerio de Minería, del 27 de julio de 2021, que *Establece requisitos y condiciones del Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio que el Estado de Chile suscribirá, conforme a las bases de Licitación Pública Nacional e Internacional que se aprobarán para estos efectos.*
3. Resolución N°2 del Ministerio de Minería, de fecha 9 de marzo de 2018, que *“Aprueba el Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio en el Salar de Maricunga, Ubicado en la Región de Atacama, Suscrito entre el Estado de Chile y Salar de Maricunga SpA”, y sus anexos.*
4. Decreto Supremo N°64 del Ministerio de Minería, de fecha 26 de octubre de 2017, que *“Establece Requisitos y Condiciones del Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio en el Salar de Maricunga, Ubicado en la Región de Atacama, que el Estado de Chile suscribirá con Salar de Maricunga S.p.A.”*

**POR TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:** Tener por acompañados los referidos documentos, con citación.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Solicitamos al H. Tribunal se tenga por acompañada, con citación, copia de escritura pública otorgada en la Notaría de don Humberto Quezada Moreno, de fecha 10 de diciembre de 2021, donde consta nuestra personería para representar a Compañía Minera Salares del Norte SpA.

**POR TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:** Tenerlo presente.

**TERCER OTROSÍ:** Solicitamos al H. Tribunal tener presente que en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión asumiremos personalmente el patrocinio y poder en esta causa en representación de Compañía Minera Salares del Norte SpA, designando domicilio para estos efectos en Av. Isidora Goyenechea 3621, piso 5, comuna de Las Condes, Santiago, pudiendo actuar tanto en forma conjunta como separadamente y que firmamos en señal de aceptación. Asimismo, delegamos poder en los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, doña Catalina Sierpe Venegas y Fernando Gazzella Contreras, de su mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma conjunta o separada, indistintamente, y firman en señal de aceptación.

**POR TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:** Tenerlo presente.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos al H. Tribunal tener presente que, de estimarlo procedente, indicamos las siguientes casillas de correo electrónico para recibir notificaciones: [jpellegrini@pycia.cl](mailto:jpellegrini@pycia.cl), [prencoret@pycia.cl](mailto:prencoret@pycia.cl), [csierpe@pycia.cl](mailto:csierpe@pycia.cl) y [fgazzella@pycia.cl](mailto:fgazzella@pycia.cl).

**POR TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:** Tenerlo presente.