

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

INFORME N° 28/2022

Santiago, quince de septiembre de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 507-22

SOLICITANTE: BredenMaster SpA y otras

OBJETO: Emitir un informe respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y del funcionamiento del sistema colectivo de gestión (GIRO).

CONTENIDO

- I) **PARTE EXPOSITIVA**
 - 1) **INTERVINIENTES**
 - 2) **OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS SOLICITANTES**
 - 3) **ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES**

- II) **PARTE CONSIDERATIVA**
 - 1) **PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME**
 - 2) **ÁMBITO DEL INFORME: OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA**
 - 3) **MARCO DE ANÁLISIS**
 - 4) **MERCADOS RELEVANTES**
 - 5) **CONDICIONES DE COMPETENCIA**
 - 6) **ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE LAS REGLAS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS ASOCIADOS Y FUNCIONAMIENTO DEL SCG**
 - 7) **ANÁLISIS DE LAS BASES DE LICITACIÓN**

- III) **CONDICIONES**

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I) PARTE EXPOSITIVA

1) INTERVINIENTES

A. Solicitantes:

1. BredenMaster SpA, Comercial Piwén SpA, Cooperativa Agrícola y Lechera De La Unión Limitada, Mödinger Hermanos S.A., Pinturas Tricolor S.A., Quillayes Surlat Comercial SpA, Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A., Tramontina de Chile S.A., Allnut SpA, Balluti SpA, By María Conservas SpA, Cocalan Alimentos S.A., Embotelladora de Aguas Regionales S.A., Estiba Diseño SpA, Envasadora, Procesadora y Distribuidora Morogotel Limitada, Sociedad Comercializadora NLS Nutraline Supplement Limitada, Soy Cervecerero SpA, Tamango Brebajes SpA, The Live Green Company SpA, Wild Foods SpA, y Vegusta Elaboración, Distribución, Comercialización de Productos Vegetarianos SpA (en adelante, las **"Solicitantes"**).

B. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones respecto de la solicitud de informe:

1. De conformidad con el artículo 31 número 1) del Decreto Ley N° 211 (en adelante, "D.L. N° 211"), y dentro del plazo establecido en la resolución de inicio del procedimiento de folio 29, prorrogado a folio 42 y a folio 113, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos (en adelante, también, la **"Solicitud"**) las siguientes entidades:

- Fiscalía Nacional Económica
- Superintendencia del Medio Ambiente
- Ministerio del Medio Ambiente
- Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje ANIR A.G.
- Cristalerías de Chile S.A.

C. Otros antecedentes recibidos fuera del plazo establecido en el artículo 31 N° 1 del D.L. N° 211

- Asociación Metropolitana de Municipalidades de Santiago Sur

2) OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS SOLICITANTES

A. Objeto de la solicitud y marco normativo aplicable

2. A folio 28, con fecha 13 de enero de 2022, las Solicitantes requirieron al Tribunal que informe que: (i) en las reglas y procedimientos para la incorporación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión (“**SCG**”) de envases y embalajes de carácter domiciliario que han decidido conformar, contenidas en los estatutos (“**Estatutos**”) no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; y (ii) en las bases de licitación acompañadas (en adelante, indistintamente las “**Bases de Licitación**” o “**Bases**”) no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 26 letra c) de la Ley N° 20.920, que Establece el Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y el Fomento al Reciclaje (“**Ley REP**”).

3. Las Solicitantes señalan que la Ley REP contiene el marco legal relativo al manejo de residuos y fomento al reciclaje respecto de una serie de productos que se han estimado prioritarios, y que esta ley tiene por objeto disminuir la generación de residuos, fomentar su reutilización, reciclaje y valorización.

4. Indican que los productos prioritarios (“**PP**”) se definen por la Ley REP como “*sustancia u objeto que una vez transformado en residuo, por su volumen, peligrosidad o presencia de recursos aprovechables, queda sujeto a las obligaciones de la responsabilidad extendida del productor*”, y que aquellos contemplados por la Ley REP son aceites lubricantes, pilas, aparatos eléctricos y electrónicos, baterías, envases y embalajes (“**EyE**”), y neumáticos.

5. Agregan que la Ley REP impone a los productores, entendiéndose estos como “*persona que, independiente de la técnica de comercialización: a) enajena un producto prioritario por primera vez en el mercado nacional; b) enajena bajo marca propia un producto prioritario adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor; c) importa un producto prioritario para su propio uso profesional*” (“**Productores**”), una serie de obligaciones, entre las que se encuentra: (i) inscribirse en el registro establecido en el artículo 37 de la Ley REP; (ii) organizar y financiar la recolección de los residuos de los PP en todo el territorio nacional, así como su almacenamiento, transporte y tratamiento en conformidad a la Ley REP y la demás normativa aplicable, a través de alguno de los sistemas de gestión individuales o colectivos; (iii) cumplir con las metas y otras obligaciones asociadas, en los plazos, proporción y condiciones establecidos en el respectivo decreto supremo; y (iv) asegurar que la gestión de los residuos de los PP se realice por gestores autorizados y registrados. Indican que la forma de cumplir con las obligaciones impuestas por la Ley REP es a través de un sistema de gestión individual o colectivo.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. Asimismo, señalan que, como complemento a las obligaciones impuestas por la Ley, el Decreto Supremo N° 12 que Establece Metas de Recolección y Valorización y Otras Obligaciones Asociadas de Envases y Embalajes (“**D.S. N° 12**”) contempla restricciones en relación con la forma de cumplir las metas respecto de EyE. Así, se limita a los sistemas individuales a lograr sus metas de recolección y valorización únicamente con los residuos de los EyE que han introducido al mercado, y solo si se encuentran asociados a un sistema de gestión colectivo conformado por al menos 20 Productores no relacionados entre sí, podrán cumplir con sus metas de recolección con cualquier residuo, independiente de quien lo introdujo al mercado. Esta última clase de sistema se denomina Gran Sistema Colectivo (“**Gransic**”).

7. Las Solicitantes indican que la revisión de este Tribunal tiene dos aspectos: uno organizacional y otro funcional. Respecto del organizacional, señalan que los Productores que decidan cumplir con sus obligaciones mediante un SCG deben realizarlo mediante la creación de una persona jurídica que no distribuya utilidades a sus asociados, y que tendrá como fin exclusivamente la gestión de los residuos de los PP. En ese sentido, señala que este Tribunal debe revisar que las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del Gransic que se exponen, garanticen el respeto a las normas de defensa de la libre competencia.

8. En cuanto al aspecto funcional, señalan que el sistema de gestión, sea colectivo o individual, debe cumplir con un número de obligaciones indicadas en la Ley REP, donde se destaca que estos deben celebrar convenios con los gestores autorizados y registrados, y con las municipalidades, con el fin de cumplir los fines de la mencionada ley. Se establece además la obligación de que las bases de licitación utilizadas para las correspondientes licitaciones deben ser previamente revisadas por este Tribunal, quien debe emitir un informe en que se declare que no contienen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

B. Propuesta de funcionamiento del Gransic presentado por las Solicitantes

9. En cuanto a la propuesta presentada por las Solicitantes, señalan que busca dar cumplimiento a la Ley REP mediante la creación de un Gransic, y con dicho objeto constituirán una persona jurídica sin fines de lucro (la “**Corporación**”), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley REP, a la cual en su presentación de folio 97 denominan “GIRO”.

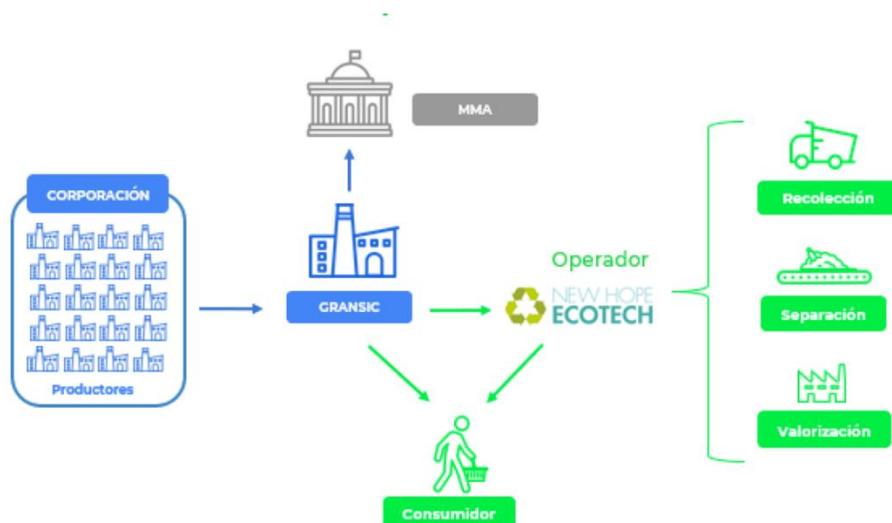
REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. Señalan que, a la fecha de la Solicitud, 21 Productores de EyE formarían parte de la Corporación, pero que esta estará compuesta por más que estos 21 Productores iniciales. Asimismo, indican que los socios deberán financiar los costos en que se incurra en la gestión de los residuos, en función de criterios objetivos, como los que analiza más adelante en su presentación. Posteriormente, en su presentación de folio 97, las Solicitantes señalan que se han sumado 23 nuevos interesados al SCG. De esta forma, entre las Solicitantes que no califican como microempresas y los nuevos interesados, GIRO alcanza un total de 41 futuros socios.

11. En cuanto a la operación del Gransic, la Corporación externalizará la parte operacional y tecnológica al operador New Hope Ecotech SpA (“**New Hope**”) que, según las Solicitantes, se trata de un tercero no relacionado que cuenta con la experiencia y tecnología necesarias para cumplir de mejor manera con las obligaciones de la Ley REP. Las estrategias para cumplir con la recolección domiciliar, pretratamiento y valorización, se encuentran desarrolladas y definidas en la síntesis del plan de gestión que se acompaña a la Solicitud.

12. Para cumplir su cometido, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 22 de la Ley REP, las Solicitantes exponen que la Corporación deberá celebrar los convenios necesarios con los gestores registrados y autorizados para la gestión de los residuos, dentro de lo que se incluye los servicios de recolección, pretratamiento y valorización, los que serán licitados en un procedimiento abierto, regidos por las Bases de Licitación, cuyos borradores se han acompañado a la Solicitud.

13. Las Solicitantes ilustran la estructura del SCG en base a la siguiente figura:



Fuente: Solicitud (folio 28, p.16)

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14. A folio 97, las Solicitantes señalan que han analizado la posibilidad de sumar al SCG la gestión de EyE no domiciliarios a través de una modalidad *monitoring*, con el fin de otorgar a sus integrantes la oportunidad de gestionar la totalidad de sus residuos, y cumplir la totalidad de sus obligaciones impuestas por la Ley REP, mediante un único SCG.

15. De acuerdo con lo señalado por las Solicitantes, la inclusión de la gestión de residuos no domiciliarios no implica grandes cambios al funcionamiento ni a los documentos acompañados al proceso que este Tribunal debe revisar, debiendo modificarse solo ocho artículos de los Estatutos presentados ante este Tribunal. De igual forma, señalan que las Bases de Licitación no sufrirán modificaciones ya que el manejo de los EyE no domiciliarios se basará en un modelo *monitoring*, que no requerirá la contratación de gestores, ni la realización de licitaciones.

16. Indican que la estrategia para el cumplimiento de metas y otras obligaciones asociadas se basa en un sistema de monitoreo de las gestiones realizadas de manera particular por consumidores industriales y terceros gestores contratados por tales consumidores para dichos efectos. Además de gestionar directa o indirectamente sus residuos no domiciliarios, los consumidores industriales deberán informar la valorización efectuada al Ministerio del Medio Ambiente (“**MMA**” o “**Ministerio**”), sea de forma independiente o a través de un SCG, en los términos del artículo 24, literal b.2 del D.S. N° 12.

17. En este escenario, de acuerdo con lo señalado por las Solicitantes, serán los consumidores industriales quienes poseerán el registro y trazabilidad del transporte, disposición y valorización de residuos generados en sus dependencias, contratando o realizando directamente estas gestiones, financiadas por los mismos, de forma independiente al SCG. Así, el rol del SCG es el de un agente que monitorea las gestiones de recolección y valorización entre privados, cumpliendo por esa vía las metas de sus socios.

18. Por lo anterior, el SCG celebrará convenios con consumidores industriales, sean socios o no, recopilará la información de trazabilidad correspondiente e informará al MMA el cumplimiento de las obligaciones de los consumidores industriales. Por otro lado, con la valorización realizada por tales consumidores, se cumplirán las metas de EyE no domiciliarios de sus socios.

19. En lo que se refiere al financiamiento de la gestión de residuos no domiciliarios, se contempla la existencia de una denominada eco-contribución no domiciliaria diferenciada e independiente de la eco-contribución domiciliaria, en que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

solo se tomarán en consideración variables asociadas a la operación relativa a la gestión de residuos no domiciliarios. El destino de esta eco-contribución recae, principalmente, en sustentar capacidad financiera para recopilar los comprobantes de trazabilidad e informar al MMA, y eventualmente retribuir a consumidores industriales por la valorización de residuos que hayan financiado. En caso de ser necesario, el SCG celebrará convenios con consumidores industriales que no sean socios de la Corporación, por ejemplo, si la trazabilidad de sus socios consumidores industriales es insuficiente para cumplir sus metas en calidad de Productores.

20. Concluyen que esta ampliación implicará cambios menores en aquellos documentos sometidos a conocimiento de este Tribunal, pero que tendrán un impacto relevante en la operación del SCG, ya que permitirá ofrecer un servicio más completo a sus socios, reduciendo sus costos al optar por participar en un solo sistema de gestión que se ocupe de la totalidad de sus obligaciones bajo la Ley REP.

C. Mercados relevantes

21. Las Solicitantes señalan que la operación del Gransic GIRO incidiría en los siguientes mercados: (i) el de producción de EyE; (ii) el de manejo de residuos de EyE de carácter domiciliario; y (iii) el de la gestión colectiva de residuos, todos limitados al territorio nacional. Si bien a folio 97 las Solicitantes hacen presente la ampliación del objeto del Gransic, no se refieren a los posibles efectos en el mercado de manejo de residuos de EyE de carácter no domiciliario.

Mercado de Producción de EyE

22. Según indican las Solicitantes, en este caso particular el mercado relevante se encontraría acotado en virtud de lo establecido en la Ley REP, la que considera como Productores de EyE a aquellos que introducen en el mercado el bien de consumo envasado y/o embalado, obligados a cumplir con las obligaciones que esta establece. Así, el mercado relevante de producción de EyE para los efectos de la Ley REP está conformado por aquellos Productores que introducen en el mercado nacional un bien de consumo envasado y/o embalado cuyo material incluya, al menos, uno de los siguientes componentes: (i) cartón para líquidos; (ii) metal; (iii) papel y cartón; (iv) plástico; y/o (v) vidrio.

23. Señalan que, a nivel nacional, se generaron 2.082.396 toneladas de residuos de EyE en 2018, correspondientes a los cinco materiales identificados anteriormente, de los cuales un 60% corresponde a residuos domiciliarios, y un 40%

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a no domiciliarios. En lo que se refiere a las estimaciones de EyE puestos en el mercado por los Productores asociados al Gransic proyectados para los próximos cinco años, según material, se pueden ver en la siguiente tabla:

Tabla 6: Estimación de EyE domiciliario por materialidad para años 2023-2027							
Año de vigencia⁴⁶	Año	EyE puestos en el mercado según categoría (ton/año)					Total
		Cartón para líquidos	Metal	Papel y cartón	Plástico	Vidrio	
Año 1	2023	14.726	88.353	706.825	427.040	220.883	1.457.826
Año 2	2024	15.203	91.220	729.757	440.895	228.049	1.505.125
Año 3	2025	15.698	94.187	753.500	455.239	235.469	1.554.093
Año 4	2026	16.210	97.260	778.081	470.091	243.150	1.604.792
Año 5	2027	16.740	100.441	803.531	485.466	251.103	1.657.282

Fuente: Solicitud (folio 28, p. 25)

24. Respecto a este mercado, las Solicitantes señalan que, de acuerdo con el D.S. N° 12, existen más de 14.500 Productores de EyE, tratándose de un mercado altamente atomizado con un índice de concentración bajo. Asimismo, sostienen que este mercado carece de barreras a la entrada ya que participan en el mismo todas las empresas que introduzcan al mercado productos envasados o embalados, en alguno de los materiales ya enumerados, y que pongan en el mercado más de 300 kilogramos anuales de EyE domiciliarios.

Mercado de manejo de residuos

25. En cuanto al mercado de manejo de residuos de EyE, para estos efectos, las Solicitantes indican que los SCG solo podrán contratar con gestores autorizados y registrados. La Ley REP, en su artículo 3°, define a los gestores como “*persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza cualquiera de las operaciones de manejo de residuos*”, y el mismo artículo define esta actividad como “*las acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento*”.

26. Las actividades de gestión de residuos pueden ser clasificadas en: recolección; almacenamiento; transporte; pretratamiento; y tratamiento.

27. De acuerdo con la Ley REP, la recolección consiste en recoger residuos, incluido su almacenamiento inicial, con el objeto de transportarlos a una instalación de almacenamiento, una instalación de valorización o de eliminación, según

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

corresponda, donde se incluye la operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de envases y embalajes domiciliarios.

28. Por su parte, el pretratamiento consiste en las operaciones físicas previas a la valorización o eliminación, donde se incluye la clasificación, desembalaje, corte, trituración, compactación, mezclado, lavado y empaque de los residuos.

29. Por último, según señala el artículo 3° de la Ley REP, la valorización es un conjunto de acciones con el objetivo de recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y/o el poder calorífico de estos, donde se comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética. Indican las Solicitantes que la prestación de los servicios de valorización requiere una inversión inicial alta, tanto para la adquisición del terreno como de las maquinarias y tecnología necesaria para realizarlos, lo que se podría considerar como una barrera a la entrada, así como la obtención de los permisos para operar.

Mercado de los sistemas de gestión colectiva de residuos

30. Respecto del mercado de los SCG, señalan las Solicitantes que a la fecha de su Solicitud no existen SCG en funcionamiento, pero existe un sistema de gestión que está siendo conocido por este Tribunal. De esta forma, en el momento en que entren en vigencia las metas para los Productores, probablemente existirán al menos dos SCG de EyE. Las Solicitantes hacen presente que este mercado no tiene barreras a la entrada ya que cualquier Productor puede gestionar sus residuos de manera individual, o bien conformar un SCG con otros Productores.

D. Versiones de los Estatutos y de las Bases de Licitación sometidos a conocimiento del Tribunal

31. A la fecha de presentación de la Solicitud, las Solicitantes acompañaron una primera versión de las Bases de Licitación y de los Estatutos de la Corporación. Dentro del plazo para aportar antecedentes, otorgado mediante la resolución de folio 29, distintos intervinientes hicieron observaciones a estos documentos.

32. A folio 97, las Solicitantes manifestaron su conformidad con algunas de las observaciones realizadas por los aportantes, acompañando una nueva versión de los Estatutos y de las Bases de Licitación.

E. Reglas de incorporación y funcionamiento contenidas en los Estatutos

i. Objeto y socios de la Corporación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

33. El fin exclusivo de la Corporación será la gestión de la recolección, almacenamiento, transporte, tratamiento y/o valorización de envases y embalajes en todo el territorio nacional de las categorías domiciliaria y no domiciliaria, en los términos de la Ley REP, ya sea directamente o a través de terceros.

34. Estará integrada por dos categorías de socios: (i) socios fundadores; y (ii) socios de número. Esta clasificación, según las Solicitantes, se justifica por el grado de injerencia que las distintas empresas desean y pueden tener en la administración del SCG. Por ello, existiría una razón de eficiencia económica que justifica la existencia de múltiples categorías de socios y que reconoce los costos y esfuerzos asumidos por los socios que concurren desde el primer momento a esta iniciativa y que participan en la operación cotidiana del SCG.

35. Son requisitos para adquirir la calidad de socio fundador: (i) tener la calidad de Productor, conforme a lo dispuesto en la Ley REP y en el D.S. N° 12; (ii) pagar la cuota de incorporación correspondiente, que será determinada de acuerdo con criterios objetivos de aplicación general, transparentes y previamente informados a los interesados, garantizando el pleno respeto a la normativa vigente sobre libre competencia; (iii) pagar anualmente la membresía, cuyo valor se determinará considerando el tamaño del correspondiente Productor y los costos administrativos totales de la Corporación; (iv) pagar la eco-contribución domiciliaria y/o no domiciliaria determinada de acuerdo con el modelo tarifario y de garantías de la Corporación aprobado por la Asamblea General; y (v) constituir o pagar la garantía legal para el cumplimiento de las metas de recolección y valorización de la Corporación, de acuerdo con el modelo tarifario y de garantías aprobado por la Asamblea General. Los mismos requisitos son aplicados a los socios de número, excepto el pago de la membresía, toda vez que se encuentran relevados de dicha obligación durante el primer año calendario.

36. El proceso para adquirir la calidad de socio se iniciará previa solicitud al Directorio, indicando la calidad en la que requiere incorporarse y los objetivos que desea cumplir, debiendo precisar si es que desea cumplir metas para las categorías de envases y embalajes domiciliarios y/o no domiciliarios. El Directorio tendrá un plazo máximo de 15 días para pronunciarse. El interesado deberá expresar su compromiso con dar cumplimiento a los objetos de la Corporación, a las disposiciones de los Estatutos, reglamentos, Código de Ética, protocolo de libre competencia e intercambio de información y demás políticas o normativas de la Corporación.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

37. La negativa de admisión a un interesado deberá ser fundada. No podrá negarse el ingreso a la Corporación a quienes lo soliciten y cumplan con todos los requisitos estatutarios, reglamentarios, del Código de Ética y del protocolo de libre competencia e intercambio de información.

38. La calidad de socio fundador o de número, según corresponda, se adquirirá con la aceptación del Directorio. Una vez integrado y adquirida la calidad de socio, podrá exigir la prestación de los servicios de la Corporación una vez se haya suscrito el correspondiente contrato de prestación de servicios con la Corporación y a contar del primero de enero del año inmediatamente siguiente considerando la fecha en que se haya incorporado efectivamente.

39. Son derechos del socio fundador, ya sea aquellos que hayan concurrido al acto de constitución de la Corporación o los que se incorporen posteriormente: (i) participar en las reuniones de la Asamblea General de socios, con derecho a voz y voto; (ii) elegir al Directorio de la Corporación, en la forma prevista en los Estatutos; (iii) presentar iniciativas, proyectos o proposiciones de estudio en relación con el objeto y funcionamiento de la Corporación al Directorio; (iv) solicitar la convocatoria a Asamblea General extraordinaria; (v) tener acceso a la memoria, balance, actas, informes de auditores externos y registro de socios de la Corporación; (vi) participar, mediante la asistencia de los directores elegidos, en el Comité de Ética y Comité de Auditoría y de Compliance; (vii) aprobar la actualización del plan de gestión anualmente; (viii) ser informado por el Directorio, o por quien este determine, de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación; y (ix) ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias en su contra, y a ser informado de las medidas adoptadas y de su fundamento.

40. Son derechos del socio de número: (i) participar en las reuniones de la Asamblea General de socios solo con derecho a voz, teniendo derecho a voto respecto de ciertas materias (aprobar la memoria, balance y estados financieros presentados por el Directorio, aprobar el nombramiento del auditor externo, a proposición del Directorio, aprobar el nombramiento y remuneraciones, cuando corresponda, de los integrantes del Comité de Ética y del Comité de Auditoría y de Compliance, a proposición del Directorio, designar al Directorio de la Corporación en la forma prevista en los Estatutos, las reclamaciones en contra de los directores, la apelación y reintegración de un socio ante la medida disciplinaria de expulsión adoptada por el Comité de Ética); (ii) elegir al Directorio de la Corporación, en la forma prevista en los Estatutos; (iii) presentar iniciativas, proyectos o proposiciones

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de estudio en relación con el objeto y funcionamiento de la Corporación al Directorio; (iv) solicitar la convocatoria a Asamblea General extraordinaria; (v) tener acceso a la memoria, balance, actas, informes de auditores externos y registro de socios de la Corporación; (vi) participar, mediante la asistencia de los directores elegidos en el Comité de Ética y Comité de Auditoría y de Compliance; (vii) aprobar la actualización del plan de gestión anualmente; (viii) ser informado por el Directorio, o por quien este determine, de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación; y (ix) ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias en su contra, y a ser informado de las medidas adoptadas y de su fundamento.

41. La pérdida de la calidad de socio se producirá por: (i) disolución de la persona jurídica o pérdida de la calidad de Productor; (ii) renuncia presentada por el socio, de la cual se dará cuenta mediante carta certificada enviada al Directorio de la Corporación; (iii) terminación, por cualquier causa, del contrato de prestación de servicios con la Corporación para la gestión de residuos; o (iv) expulsión del socio.

42. Sin perjuicio de lo anterior, se mantendrán vigentes las obligaciones pecuniarias adeudadas por el socio renunciante a la Corporación hasta la fecha de término de la prestación del servicio de gestión de residuos según la planificación anual de gestión de la Corporación.

43. Es el Comité de Ética el encargado de aplicar las medidas disciplinarias establecidas en los Estatutos, las que consisten en: (i) amonestación verbal; (ii) amonestación escrita; (iii) suspensión, por hasta tres meses, o transitoriamente; y (iv) expulsión, basada en el incumplimiento de las obligaciones periódicas con la Corporación, durante seis meses consecutivos, ya sea que se trate de la membresía o de la eco-contribución.

44. Las medidas disciplinarias serán resueltas por el Comité de Ética, previa investigación iniciada o encomendada por el mismo al Contralor, ante quien el socio tendrá el derecho de ser oído, presentar sus descargos y defenderse de la acusación que se formule en su contra. El Comité de Ética deberá fallar dentro de 30 días, sin perjuicio de que pueda ampliarse este plazo, en el caso de que deban solicitarse nuevas pruebas.

ii. Organismos de la Corporación

Asamblea General

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

45. La Asamblea General es el órgano colectivo principal de la Corporación. Habrá Asambleas Generales ordinarias y extraordinarias. La ordinaria se reunirá ordinariamente una vez al año, y la extraordinaria se celebrará cada vez que el Directorio acuerde convocarla, cuando lo exijan las necesidades de la Corporación o cada vez que lo soliciten a lo menos 10% de los socios fundadores o 20% de los socios de número, siempre que cumplan ciertos requisitos.

46. En el marco del funcionamiento de la Asamblea General, los Estatutos contemplan una serie de resguardos en lo que se refiere a limitar los intercambios de información:

- a) La agenda de cada Asamblea General deberá ser preparada con antelación y revisada por un asesor especializado, luego de lo cual deberá ser enviada a los asistentes por correo electrónico con clara indicación de los temas a tratar.
- b) La agenda de la Asamblea General solamente podrá modificarse previa revisión por parte del asesor especialista, y deberá ser enviada por correo electrónico a los asistentes antes de su celebración.
- c) La Asamblea General deberá limitarse a discutir y analizar temas indicados en la agenda, y los participantes deberán abstenerse de discutir cualquier otro tema no contenido en la misma.
- d) En caso de haber material complementario a ser analizado, discutido o entregado a los participantes, este deberá ser revisado previamente por un asesor especializado.

Directorio

47. La Corporación será dirigida y administrada por un Directorio integrado por siete directores. Cinco deberán ser elegidos por socios fundadores y los restantes por socios de número. Los directores durarán dos años en el ejercicio de su cargo y podrán ser reelegidos. De los miembros del Directorio se designará un presidente y un vicepresidente.

48. Para ser nombrado director se requiere cumplir con los siguientes requisitos copulativos: (i) ser persona natural de acuerdo con la definición del Código Civil; (ii) no estar afecto a alguna de las inhabilidades de los artículos 35 y 36 de la Ley N° 18.046; (iii) no ejercer a la fecha de la elección ni haber ejercido en los últimos seis meses el cargo de director, ni ser empleado, ni tener vínculo laboral alguno con las empresas gestoras de los servicios que la Corporación deba licitar, distribuidoras o

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comercializadoras de EyE, como tampoco con empresas productoras de EyE de acuerdo a lo dispuesto en el D.S. N° 12; (iv) no desempeñar a la fecha de su elección ni haberse desempeñado dentro de los 24 meses anteriores a su elección como funcionario fiscal, semifiscal, de empresas u organismos del Estado y de empresas de administración autónoma en las que el Estado efectúe aportes o tenga representantes en su administración, en relación a las entidades sobre las cuales dichos funcionarios ejercen, directamente y de acuerdo con la ley, funciones de fiscalización o control. Esta inhabilidad se aplicará especialmente respecto a personas que hayan desempeñado cargos públicos relacionados con el medio ambiente; y (v) no haber sido condenado a pena aflictiva.

Consejo Consultivo

49. El Directorio podrá contar con un Consejo Consultivo que deberá estar conformado por *stakeholders* de la Ley REP relacionados con la Corporación. Su participación tendrá por objeto permitir que actores relevantes en la cadena del reciclaje puedan impulsar y canalizar debidamente sus propuestas, apoyando con su *expertise* al desarrollo y cumplimiento de los objetivos del Gransic. Las decisiones, acuerdos o propuestas promovidas por este consejo no obligarán ni serán vinculantes para la Corporación, siendo consideradas para todos los efectos como propuestas al Directorio en consideración a su experiencia relacionada con el objeto y finalidad de la Corporación.

Gerente General

50. Será designado por el Directorio, y debe cumplir con los mismos requisitos copulativos de idoneidad, independencia y probidad establecidos para directores. Le corresponderá, sin perjuicio de otras funciones que el Directorio le asigne: (i) estructurar la organización administrativa del SCG; (ii) llevar la contabilidad de la Corporación conjuntamente con el Gerente de Finanzas; (iii) celebrar los actos y contratos aprobados por el Directorio; (iv) ejercer las facultades que el Directorio le hubiere especialmente delegado; (v) proponer al Directorio las medidas, normas o procedimientos que tiendan al mejoramiento de los servicios que preste el SCG, como a su organización interna; y (vi) proponer al Directorio la contratación de personas que conformarán la plana gerencial de la Corporación, con excepción de la persona del Contralor.

Contralor

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

51. Será designado por el Directorio, con el voto favorable de al menos un director designado por los socios de número. Para ser nombrado como Contralor de la Corporación se debe cumplir con los mismos requisitos establecidos para efectos de ser nombrado director.

52. Le corresponderá, entre otras funciones, las siguientes: (i) analizar recursos y obligaciones de la Corporación; (ii) diseñar y administrar un sistema integral y transversal de *compliance* considerando riesgos relevantes de libre competencia, medio ambiente, responsabilidad penal de la persona jurídica, entre otros; (iii) implementar un sistema de *compliance*, así como programas de *compliance* con que contará la Corporación, en especial, el de cumplimiento en materia de libre competencia.

Comité de Auditoría y de Compliance

53. En la Asamblea General ordinaria, socios fundadores y de número elegirán un Comité de Auditoría y de Compliance, compuesto por tres miembros, quienes durarán cuatro años en sus funciones. Dentro de las obligaciones y atribuciones de dicho comité se encuentra asistir al Directorio en la aplicación de políticas para garantizar que la Corporación desarrolle sus actividades y negocios conforme a la normativa vigente y a las políticas y procedimientos internos. Lo anterior, con particular énfasis en el resguardo de la libre competencia que la Corporación y sus socios deben respetar como parte de los principios rectores de la Ley REP.

Comité de Ética

54. El Comité de Ética podrá sancionar a socios con las medidas disciplinarias establecidas en el artículo décimo quinto de los Estatutos, previa investigación del Contralor.

55. Estará integrado por tres miembros que serán nombrados cada cuatro años por la Asamblea General ordinaria, pudiendo votar en igualdad de condiciones los socios fundadores y de número, a proposición del Directorio. Para ser nombrado miembro del Comité Ética se debe cumplir con los mismos requisitos establecidos para directores. Finalmente, su funcionamiento estará regulado por un reglamento, aprobado por la Asamblea a proposición del Directorio de la Corporación.

iii. Patrimonio y destino de bienes

56. El patrimonio de la Corporación estará formado por los bienes que forman su patrimonio inicial, cuotas de incorporación, membresías y eco-contribuciones, donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte que se le hicieren, las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ventas de sus activos y por las erogaciones y subvenciones que obtenga de personas naturales o jurídicas, de municipalidades o del Estado y demás bienes que adquiera a cualquier título, así como los ingresos percibidos en el desarrollo de su objeto social. Los beneficios o excedentes de la Corporación no podrán por motivo alguno distribuirse a sus socios, debiendo emplearse en el cumplimiento de sus fines estatutarios.

57. Si se acordare la disolución voluntaria o decretada la disolución forzada de la Corporación, su patrimonio, luego de pagadas todas sus obligaciones, pasará a una institución sin fin de lucro con personalidad jurídica vigente y siempre que tenga la calidad de sistema de colectivo de gestión de acuerdo con lo dispuesto en la Ley REP.

iv. Cláusula arbitral

58. Cualquier dificultad o controversia que se produzca respecto a la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución del Estatuto, o cualquier otro conflicto que pueda surgir en razón de funcionamiento del SCG, y siempre que no consista en alguna discrepancia cuya competencia haya sido radicada en algún organismo interno designado para ello, será sometida a mediación, conforme al Reglamento Procesal de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., vigente al momento de solicitarlo. Si la mediación no prosperase, la dificultad o controversia se resolverá mediante arbitraje con arreglo al Reglamento Procesal de Arbitraje del mismo centro.

v. Fiscalización de la Administración

59. Para fiscalizar la administración y gestión de la Corporación, el Directorio le propondrá a la Asamblea General ordinaria una o más empresas de auditoría externa independientes para que examinen anualmente y al cierre del ejercicio correspondiente la contabilidad, inventario y balance de la Corporación, e informen por escrito a los socios sobre el cumplimiento de su mandato.

vi. Resguardo de la información confidencial

60. La información comercial sensible que socios entreguen a la Corporación en cumplimiento de sus obligaciones y que sea necesaria para poder cumplir con los fines del SCG tendrá siempre el carácter de confidencial. El SCG solamente podrá utilizar dicha información para cumplir con sus obligaciones legales, reglamentarias y estatutarias, lo que incluye la contratación de servicios de administración del SCG y los servicios propios de gestión. La obligación de confidencialidad también le será

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aplicable a entidades con que la Corporación celebre contratos para cumplir con sus obligaciones bajo la Ley REP, debiendo tomar las medidas que sean necesarias para tal fin.

61. Queda prohibido el acceso a información comercial sensible de un socio por parte de otro. Respecto de información relativa a EyE puestos en el mercado, los socios podrán acceder a ella sólo de manera agregada y global, siempre que su entrega sea necesaria para los fines de la Corporación. La recepción y entrega de información por parte de la Corporación a socios deberá constar por escrito.

62. La Corporación y sus socios tomarán los resguardos necesarios para evitar intercambios de información sensible entre competidores, lo que será regulado en el programa de cumplimiento y en los documentos que sean necesarios para cumplir dicho fin. Los órganos de la Corporación, así como los directores, gerentes y trabajadores, se obligarán a guardar la confidencialidad de la información comercial sensible a la que tengan acceso en el cumplimiento de sus funciones y de cualquier otra información que no se encuentre divulgada de manera pública al mercado.

vii. Modificación de los Estatutos

63. La Corporación podrá modificar los Estatutos solo por acuerdo de una Asamblea General extraordinaria adoptado por dos tercios de los socios con derecho a voto. Tras el acuerdo adoptado por la Asamblea General extraordinaria, la modificación de los Estatutos que se refiera a reformas en la normativa y regulación de ingreso y funcionamiento de la Corporación en los términos de la Ley REP deberá contar, previo a su implementación, con un informe favorable por parte de este Tribunal.

viii. Conclusiones de las Solicitantes

64. A partir de los antecedentes anteriores, las Solicitantes afirman que las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento de la Corporación garantizan el respeto a las normas de libre competencia.

65. En particular, las Solicitantes indican que el estándar de acceso abierto contemplado en la Guía de Asociaciones Gremiales de la Fiscalía Nacional Económica del año 2011 ("**Guía de Asociaciones Gremiales**"), y las sugerencias del mismo organismo, se encuentra recogidas en los Estatutos, garantizando que los Productores que se incorporen al sistema cumplan requisitos que son objetivos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y transparentes, mediante un procedimiento reglado de ingreso, y posible salida, que sigue el principio de no discriminación y evita arbitrariedades.

66. Por su parte, concluyen que la participación equitativa de los socios en la Corporación se encuentra regulada y protegida en los Estatutos.

67. Finalmente, respecto de aquellos principios generales de libre competencia, sostienen que se han diseñado los mecanismos necesarios en los Estatutos para evitar que existan traspasos de información sensible que puedan generar riesgos en materia de libre competencia. Esto, sin perjuicio, de resguardos adicionales que se puedan considerar necesarios, según se vaya desarrollando el SCG. Añaden que el sistema tarifario cumple con criterios de no discriminación, respondiendo a criterios objetivos, de aplicación general, y que busca, en suma, poder financiar la gestión de la operación de manejo de residuos, y todo lo que ello conlleva.

F. Bases de Licitación

68. Las Solicitantes someten al conocimiento de este Tribunal las siguientes bases de licitación: (i) servicio de operación de instalaciones de recolección y almacenamiento (“IRAs”); (ii) servicio de pretratamiento de residuos reciclables de envases y embalajes; (iii) recolección de residuos reciclables de envases y embalajes; y (iv) venta y valorización de residuos de envases y embalajes.

i. Estructura y descripción de las Bases

69. Las cuatro bases de licitación ya indicadas tienen la misma estructura: (i) bases administrativas, que detallan los requisitos de calificación, así como las principales características del proceso de licitación de los servicios; (ii) bases técnicas, que explican los requisitos mínimos que los oferentes deben considerar para el desarrollo de sus propuestas técnicas; (iii) modelo del contrato a suscribir con ocasión de la licitación; y (iv) anexos.

Servicio a licitar

70. *Servicio de operación de instalaciones de recolección y almacenamiento.* Consiste en realizar las actividades de recepción, almacenamiento y algunas actividades de pretratamiento (como la separación, clasificación, enfardado, entre otras) de los EyE de origen domiciliario y asimilables a domésticos entregados voluntariamente por la comunidad, o a través del servicio de recolección vinculados al Gransic. El Servicio se entenderá realizado cuando los residuos recepcionados y almacenados sean retirados y despachados a los respectivos gestores de pretratamiento y/o valorización, según corresponda.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

71. *Servicio de recolección de residuos reciclables de EyE.* Se define como la recolección domiciliaria, destinada a recolectar de manera segregada todos los residuos de EyE domiciliarios desde los puntos de generación definidos en las Bases. Se entenderá realizada cuando los residuos que entreguen los generadores (poseedores de un producto, sustancia u objeto que lo desecha o tiene la obligación de desecharlo de acuerdo con la normativa vigente), sean recogidos desde el punto de generación por un vehículo que los transporte a una planta de valorización o a una instalación de recepción y almacenamiento de residuos, informada en la respectivas Bases de Licitación.

72. *Servicio de pretratamiento de residuos reciclables de EyE.* Corresponde a realizar operaciones físicas tales como separación, desembalaje, corte, trituración, compactación, mezclado, lavado y empaque, entre otros, de los residuos de EyE de origen domiciliario recolectados por el gestor de recolección y entregados en las dependencias del gestor oferente. Se entenderá realizado el servicio cuando los residuos recepcionados y almacenados, sean retirados y despachados a los respectivos gestores de pretratamiento y/o valorización, según corresponda.

73. *Servicio de venta y valorización de residuos de EyE.* Consiste en recuperar un residuo, o bien, uno o varios de los materiales que lo componen, luego de efectuada la compra de los residuos correspondientes, categorizados como domiciliarios. Comprende el reciclaje material, donde los residuos se entenderán valorizados cuando sean sometidos a un proceso productivo en el que se usen dichos residuos en reemplazo de un insumo o materia prima virgen y/o la exportación de los residuos de envases.

Criterios de participación y presentación de ofertas

74. Las ofertas deberán presentarse en la plataforma web dispuesta por el Gransic, y deberán contener: (i) una carpeta de antecedentes; que comprenden los antecedentes legales, técnicos y económico-financieros; (ii) la oferta técnica; (iii) la oferta económica; y (iv) garantía de seriedad de la oferta.

Evaluación de ofertas y adjudicación

75. Las ofertas serán evaluadas por el Comité Evaluador Independiente (“**CEI**”), que estará compuesto por tres o cinco miembros, de acuerdo con la magnitud de la licitación, lo que será determinado por el Directorio. En el primer caso, sus miembros serán un director, un socio fundador y una persona con conocimientos técnicos,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

nombrada por el operador del Gransic. En el segundo caso, se agregará un socio fundador y un socio de número.

76. En el plazo a definir por el cronograma, deberá emitir un primer informe posterior a la revisión formal y de admisibilidad. Se exigirá como requisito de admisibilidad que el oferente tenga experiencia en IRAs y/o experiencia desde el punto de vista logístico de operar una red de vehículos y tener personas para recolección y transporte.

77. El oferente cuya oferta haya sido declarada como inadmisibile, tendrá tres días hábiles para apelar por escrito al Comité de Apelación.

78. La calificación de las ofertas se realizará a través de un modelo de dos etapas. En primer lugar, luego de confirmada la admisibilidad, se verificará el cumplimiento de las exigencias técnicas, para que, en una segunda etapa, se analice la oferta económica. El valor de la oferta económica constituye el único criterio de evaluación.

79. El oferente deberá obtener al menos una evaluación global ponderada de 60 puntos, en una escala de 0 a 100 para que su oferta sea considerada, de acuerdo con los términos indicados en las Bases.

80. El Comité de Evaluación emitirá un informe final en que deberá proponer la o las adjudicaciones o declarar desierto, en todo o en parte, el proceso de licitación. Se contendrá una lista que especifique al participante con la mejor oferta económica, para cada una de las comunas y sectores objeto de la licitación, considerando únicamente las ofertas que hubieren dado cumplimiento a los contenidos técnicos mínimos.

81. Este informe será presentado al Directorio, quien deberá ratificar la decisión o rechazar a uno o más de los oferentes adjudicados, en los casos en que, por motivo fundado, demuestre que la o las adjudicaciones fueron efectuadas en contra de las exigencias y criterios de evaluación de las Bases.

82. El o los oferentes a los que se le adjudique un Contrato, según corresponda a cada caso, serán aquellos que, habiendo cumplido con todos los requisitos exigidos en las Bases y los documentos de licitación hayan obtenido los mejores resultados luego del método de evaluación y calificación.

83. El proceso podrá declararse desierto por las causales expresamente indicadas en las Bases.

Garantías, seguros y multas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

84. Se contemplan dos garantías. En primer lugar, una garantía de seriedad de la oferta, a presentarse junto a esta y, en segundo lugar, el oferente adjudicado deberá entregar a más tardar con la firma del contrato una garantía de fiel cumplimiento del contrato. En ambos casos el monto y duración no se encuentran determinados en la última versión de las Bases.

85. También se exigirá la entrega de una póliza de seguro de responsabilidad civil, cuyo monto no se encuentra determinado en la última versión de las Bases.

86. Por último, las Bases establecen que el oferente adjudicado podrá ser objeto de las multas contempladas en el modelo de contrato adjunto.

Plazo del contrato

87. No se encuentra determinado.

Cláusula arbitral

88. Cualquier controversia relacionada con las Bases será sometida a arbitraje, conforme al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente al momento de solicitarlo.

Término del contrato

89. Se contemplan causas de término anticipado, en beneficio de la Corporación, quien en cualquier momento, sin declaración judicial alguna y sin lugar a indemnización en favor del gestor, podrá solicitar la terminación del contrato, en caso de que el gestor incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en el contrato y, en particular, en caso de que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: (i) no dar inicio a la prestación de los servicios en el tiempo convenido; (ii) el incumplimiento, por parte del gestor, de las leyes previsionales y/o laborales del personal; (iii) acciones u omisiones graves de los empleados del gestor, que pudiesen producir un perjuicio a la Corporación; y (iv) el abandono o suspensión total o parcial de los servicios, sin orden escrita de la Corporación.

90. Por su parte se contempla que el gestor podrá poner término anticipado al contrato en cualquier momento, en caso de que la Corporación presente un atraso igual o mayor a 45 días respecto del pago del precio mensual, en la medida que se hubiere dado al menos un aviso previo y por escrito del incumplimiento y pese a ello la Corporación no hubiese dado cumplimiento a su obligación de pago.

Otros

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

91. Los oferentes, por medio de una declaración simple, deberán declarar sus conflictos de interés, respecto de los Productores que conforman el Gransic y de los miembros del Directorio.

ii. Conclusiones respecto de las Bases de Licitación

92. Las Solicitantes concluyen que para asegurar una competencia *ex ante* se cumple con criterios de transparencia y libre acceso. Sostienen que las Bases contienen condiciones objetivas y uniformes, buscando que no se generen discriminaciones o arbitrariedades que puedan afectar la intensidad competitiva.

93. En relación con el procedimiento propiamente tal, indican que se encuentran reglados todos los aspectos que son necesarios para entregar certeza de un mecanismo objetivo y transparente, por ejemplo, todos los interesados tendrán derecho a requerir la realización de una visita técnica, que se hará de manera individual.

94. En definitiva, sostienen que el nivel de detalle contenido en las Bases es suficiente para entregar las certezas necesarias a los gestores que participen en el proceso de licitación y no se vean disuadidos de participar.

95. En cuanto a la calificación de la oferta, indican que se encuentra claramente detallada la metodología y criterios de calificación de la oferta y toma como principios regentes la eficiencia económica y técnica.

96. El o los contratos respectivos serán firmados en el plazo indicado en el cronograma de las Bases de Licitación correspondiente, en los mismos términos del formato que se anexa a las Bases, por lo que las condiciones de contratación son transparentes, y no podrían ser objeto de modificaciones con posterioridad, asegurando por lo tanto que no se generen arbitrariedades ni irregularidades.

97. Respecto a las garantías, plantean las Solicitantes que sus montos estarán definidos específicamente en las bases de licitación y podrán ejecutarse específicamente en los casos descritos en las Bases.

G. Protocolo de manejo de información competitiva sensible.

98. A folio 97, las Solicitantes acompañan un protocolo sobre manejo de información competitiva sensible, el que fue suscrito por las empresas asociadas y New Hope, con el objeto de garantizar el apego a las normas de libre competencia en materia de manejo e intercambio de información competitiva sensible, así como las mejores prácticas en este ámbito y garantizar la confidencialidad de la información que se maneje en la relación entre New Hope y empresas participantes.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

99. Este protocolo regula lo que se entenderá por información competitiva sensible, su intercambio y manejo, tanto entre las empresas como entre estas y New Hope, y en reuniones que se desarrollen entre ambas partes.

3) ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

100. A folios 71 y 120, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”).

101. En cuanto a la relevancia de las Solicitantes en la generación de EyE, indica que estas representan una pequeña porción de participación tanto a nivel agregado como desagregado, salvo para el caso de cartón para líquidos. Con todo, el plan de gestión proyecta que representará más de un 25% del total de Productores afectos al cumplimiento de la Ley REP en los primeros cinco años.

102. Sobre los 23 nuevos asociados a GIRO distintos de los originales, señala que esto confirma que el número y características de las Solicitantes iniciales de un Gransic no resultan indicativos de su potencial futuro poder de mercado y, por tanto, atender solo a esos datos no sirve de parámetro para establecer o definir la magnitud de las medidas preventivas necesarias para cumplir con el objetivo de resguardar la libre competencia. Por otra parte, indica que se verifica que, con los nuevos asociados, se satisface el número mínimo de Productores que cumplen con las exigencias que la ley establece para conformar un SCG. A partir de los antecedentes recopilados, la FNE determina que los segmentos que conforman las actividades económicas a las que se dedican los socios, serían las siguientes:

Actividad Económica	Nº Nuevos Socios
Comercialización y distribución de productos alimenticios	11
Comercialización y distribución de bebestibles	7
Comercialización y distribución de productos de seguridad	1
Comercialización y distribución de productos de higiene	1
Comercialización y distribución de productos cosméticos y de belleza	1
Comercialización y distribución de repuestos y accesorios automotrices	1
Comercialización y distribución de productos de limpieza	1
Comercialización y distribución de productos infantiles y juguetes	1
Comercialización y distribución de artículos de cumpleaños	1

Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada por los nuevos integrantes de GIRO en respuesta a Oficio Ord. N° 1010-22 FNE de la Inv. Rol N° 2691-22.

Fuente: Tabla y fuentes del aporte de antecedentes adicionales de la FNE (folio 120, p.7)

103. En su primer aporte de antecedentes la FNE identificó que algunas de las Solicitantes tendrían niveles altos de participación de mercado conjunta en el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aprovisionamiento de leche y productos lácteos, principalmente dada la participación de los socios fundadores Colún y Quillayes-Surlat. De acuerdo con lo informado a folio 120 por la FNE, existen dos nuevos asociados que participan en esos mercados, siendo todas las empresas competidoras entre sí, incrementando los riesgos descritos inicialmente.

104. A partir de la ampliación del objeto del SCG GIRO, la FNE constata que existen socios que para cumplir las metas de gestión de residuos domiciliarios y no domiciliarios descritas en el D.S. N° 12, van a formar parte de varios sistemas de gestión colectivos de manera simultánea. Lo anterior ocurriría con al menos cuatro socios, como Colún, Bredenmaster, Tricolor y Ecoterra, los cuales están suscritos a GIRO para cumplir sus obligaciones de EyE domiciliarios, mientras que han indicado públicamente su intención de participar en Prorep para cumplir las obligaciones de EyE no domiciliarios. Por lo tanto, la FNE identifica un riesgo asociado al vínculo que poseen ciertas empresas productoras que participan de manera simultánea en distintos Gransic.

105. A partir de los antecedentes recabados, señala que la participación en la generación de EyE puestos en el mercado de todos los socios actuales de GIRO (45 Productores en la categoría domiciliario y 41 Productores en la categoría no domiciliario) no superan el 2% en ambas categorías.

106. Adicionalmente, desagregando de acuerdo con el material de EyE para calcular la respectiva participación en cada segmento, la FNE informa que donde los miembros de GIRO poseen mayor participación es en cartón para líquidos en la categoría domiciliaria, alcanzando un 37,4% el año 2019. Mientras que, en la categoría no domiciliaria, la mayor participación es en cartón y papel, con un 2,3% en el año 2020.

107. Además, señala que representan una porción menor en la generación de EyE no domiciliarios, donde respecto de ningún material logran superar el 3%. Si se compara con la generación de residuos de EyE de los miembros de los otros SCG, Sigenem y Prorep, la generación de los miembros de GIRO es bastante menor que la de los miembros de Sigenem, aunque similar a la de los miembros de Prorep.

108. En relación con la extensión del objeto de GIRO a la gestión de residuos de EyE no domiciliarios, la FNE señala que esta produce una ampliación de los riesgos para la libre competencia que detectó inicialmente. Indica que los nuevos socios podrán actuar como mandatarios de otras empresas pertenecientes a su grupo económico a efectos de dar cumplimiento a las obligaciones de responsabilidad

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

extendida del productor. Sostiene que en estos grupos podrían existir competidores o relaciones societarias o comerciales con otros socios, así como integraciones verticales con empresas gestoras de residuos. Agrega que, dado que se gestionarán tanto residuos domiciliarios como no domiciliarios, aumenta la incertidumbre en el proceso competitivo ya que los nuevos socios podrían ser al mismo tiempo clientes industriales de empresas de gestión de servicios de EyE de estos últimos.

109. Respecto a este punto, indica que el universo de potenciales nuevos socios que estén interesados en ser parte de GIRO aumenta considerablemente, ya que se ofrecerían servicios para el cumplimiento de metas de EyE domiciliarios y no domiciliarios, agravando así los riesgos de coordinación, y con la capacidad de aumentar rápidamente su poder de mercado. Agrega que la participación simultánea de socios en dos Gransic diferentes aumenta los riesgos de coordinación en diferentes dimensiones, tales como probabilidad de relaciones verticales y horizontales entre los socios, riesgos de coordinación, de agentes económicos integrados verticalmente, así como traspasos de información confidencial por parte de proveedores integrados verticalmente de GIRO.

110. Señala que dada la ampliación del objeto a la gestión de residuos de EyE no domiciliarios, existen riesgos anticompetitivos asociados a las ventas atadas y empaquetamientos y que, si bien la magnitud de este riesgo dependerá de la manera en la que evolucione la participación de socios de GIRO y la adscripción de ellos a distintos sistemas de gestión colectivos, existen riesgos que resultan preocupantes. Respecto al sistema de *monitoring* utilizado por un sistema de gestión para residuos de EyE no domiciliarios, la FNE indica no contar con antecedentes suficientes para afirmar que el servicio ofrecido por GIRO sea exactamente igual que el ofrecido por Prorep –sistema objeto del procedimiento tramitado bajo el Rol NC N° 510-22–, de modo que no puede replicar el análisis realizado en ese proceso.

111. Indica que, si sólo se considera la generación de residuos por los actuales socios, se estará subestimando la futura relevancia que puede adquirir GIRO en la gestión de EyE domiciliarios y no domiciliarios, cuando reciba a nuevos socios, de los que no es posible proyectar su volumen de residuos ni actividades económicas.

112. Asevera que GIRO no tiene personalidad jurídica, pues para ello deben cumplirse previamente distintos requisitos imperativos. Dentro de ellos menciona el eventual análisis de su conformación bajo el régimen de operaciones de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concentración, por parte de la FNE, sin perjuicio que habiéndose presentado una pre-notificación la Fiscalía estimó que la operación no constituiría una operación de concentración, y por lo tanto no requeriría someterse a dicho procedimiento obligatorio. Sostiene que ello es sin perjuicio de la eventual necesidad de que GIRO, en atención a los cambios que ya ha implementado o que pueda implementar en el futuro, presente una nueva pre-notificación o deba llevar a cabo una notificación de la operación.

113. A continuación, la Ley REP define tres parámetros de análisis que dan cuenta de un exigente deber de cuidado que debe ser observado por los SCG y otorga amplia posibilidad a este Tribunal de revisar el contenido de conformidad a la libre competencia, siendo estos el acceso abierto, la participación equitativa y el principio general de libre competencia. Realiza un análisis de competencia de los Estatutos, donde la FNE identifica algunos aspectos como insuficientemente tratados en relación con estas tres exigencias. Indica que realizó 30 sugerencias en relación con los Estatutos, de las cuales sólo 10 fueron recogidas de manera completa, 3 fueron aceptadas parcialmente y 17 no fueron acogidas.

114. En ese sentido, hace una revisión de las sugerencias desestimadas. Sobre la determinación de cuotas adicionales a las eco-contribuciones: cuota de incorporación y membresía, indica que la negativa a acoger las recomendaciones no resulta debidamente justificada, y que afecta directamente el principio de participación equitativa. Para respetar la uniformidad de las exigencias a imponer los distintos Gransic, solicita que se adopten en el informe que se dicte las mismas condiciones o medidas establecidas en el Informe N° 26/2022 dictado por este Tribunal respecto de la cuota de incorporación y el modelo tarifario.

115. En relación con las categorías de socios señala que atenta contra el principio de participación equitativa, por lo que solicita que se elimine, y en caso de mantenerse, que de todos modos la participación equitativa no quede supeditada a un pago. En subsidio, solicita que se establezca la misma medida consagrada en el Informe N° 26/2022 y se permita a los socios cambiar de categoría sin más requisitos que estar al día en el pago de sus obligaciones y pagar el diferencial de la cuota de incorporación correspondiente.

116. En cuanto al modelo tarifario indica que, si bien las Solicitantes han señalado que el modelo sería puesto en conocimiento a los asociados al menos un mes antes de la entrada en funcionamiento, ello sería imposible de cumplir al tenor de la regulación contemplada en los Estatutos. En ese sentido, sostiene que se requiere

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecer en los Estatutos la metodología bajo la cual se elaborará el modelo tarifario y los parámetros que deben seguir para esa labor.

117. Respecto al ejercicio de los derechos políticos dentro de la Corporación, la FNE señala que debiese establecerse bajo parámetros de grupo empresarial. Sostiene que es contrario a la legislación presumir que la decisión de un productor integrante de un grupo empresarial es libre y autónoma respecto de los intereses de ese grupo. En ese sentido, indica que el Informe N° 26/2022 sobre esta materia puede ser modificado en línea con lo planteado en los votos de minoría.

118. Agrega que se debe incorporar un periodo de inhabilidad posterior para el gerente y Contralor, en los mismos términos que para los directores. También, que el manejo de información relevante debe externalizarse en los términos de la Guía de Asociaciones Gremiales, o al menos, llevarse a cabo por el Contralor o por el Comité de Auditoría y de Compliance. Sostiene que debe suscribirse un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que se reciba. En todo caso, destaca la necesidad de aplicar los mismos estándares fijados en el Informe N° 26/2022 para efectos de mitigar riesgos de traspasos de información.

119. Sostiene que debe existir un deber explícito de no intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente fuera de las Asambleas Generales de GIRO y sus organismos formales. En cuanto al programa de cumplimiento del Contralor, indica que este debe desempeñarse a tiempo completo, y deben implementarse medidas análogas a las que ha ido limitando la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excma. Corte Suprema. En ese ámbito, agrega que las auditorías externas deben considerar la verificación del cumplimiento de medidas de resguardo de libre competencia, especialmente velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el informe que evacúe este Tribunal.

120. A continuación, la FNE analiza las sugerencias que fueron parcialmente acogidas. Respecto a la integración vertical, indica que debe quedar registro por escrito de la abstención en caso de conflicto de interés de los socios por estar integrados verticalmente con gestiones. Sostiene que no basta con el deber de abstención; en consecuencia, el socio verticalmente integrado debe estar afecto a mecanismos que restrinjan el acceso a información sensible.

121. Respecto a la instalación del Comité de Auditoría y de Compliance, señala que no basta con que sus miembros sean elegidos en un plazo de 30 días hábiles desde que Gransic se constituya como persona jurídica, lo relevante es que inicie su funcionamiento efectivo en ese plazo.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

122. Finalmente, sobre la presencia de un experto en materia de libre competencia en todas las asambleas generales y reuniones entre socios, indica que ello es consistente con la Guía de Asociaciones Gremiales y que permite dar aplicación práctica a la restricción de intercambio de información sensible entre socios.

123. Sobre las modificaciones de GIRO respecto a diversos aspectos de las Bases de Licitación, la FNE requiere considerar los siguientes aspectos: (i) riesgos unilaterales, para examinar si existirá poder de compra o de venta por parte del Gransic, así como la posibilidad de ejercerlos abusivamente; (ii) riesgos coordinados, que conlleva el estudio de las medidas en las Bases de Licitación y demás documentación que regula la operación del Gransic para evitar conductas anticompetitivas entre los integrantes de sistema; y (iii) eficiencia asignativa e intensidad competitiva: implementación de la Ley REP conlleva un impacto en la estructura de costos de los generadores de residuos de EyE, por tanto existe potencial de que se aumente el nivel general de precios pegados por los consumidores de productos comercializaciones envasados o embalados. Indica que futuras modificaciones a las Bases de Licitación que altere los criterios o estándares definidos por el Tribunal o que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, deben ser previamente sometidos a la aprobación de este.

124. Sin perjuicio de que la FNE señala que GIRO recogió gran parte de las sugerencias de la FNE en el análisis de competencia de las Bases de Licitación, sostiene que existen ciertas observaciones que persisten. Al respecto, señala que la exigencia de experiencia podría generar barreras de entrada innecesarias que beneficiarias a los incumbentes. Sostiene que, de exigirse, debe admitirse experiencia relevante y no necesariamente del mismo rubro del servicio que se licita.

125. Respecto al régimen de garantías, si bien GIRO señaló que no era posible precisar el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato y del seguro de responsabilidad civil, la FNE reitera la necesidad de precisar dichos montos. Sobre la exención de responsabilidad a causa de la terminación unilateral del contrato por una de las partes, la FNE mantiene la recomendación de que las Solicitantes eliminen la referida cláusula. Sobre las bases de recolección, sostiene que deben especificar el lugar de traslado, lo que debería estar resuelto en el momento de recibir las ofertas en la licitación.

126. Sobre el plazo para presentar las ofertas, indica que no se consagra un plazo suficiente para que los interesados puedan preparar sus propuestas. Propone incorporar un plazo razonable para efectuar preguntas, un deber de respuesta del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ente licitante a todas las preguntas, y el deber de elaborar un documento que contenga todas las consultas y respuestas que se hayan generado. También indica la necesidad de incorporar una mención expresa a la impugnabilidad mediante arbitraje del segundo informe emitido por el Comité de Evaluación Independiente.

127. Respecto a los convenios con municipalidades o asociaciones de estas, indica que existen ciertas opacidades respecto de los convenios que pueden suscribir los SCG con las mismas. Asevera que no se encuentra regulado que ocurriría si dos o más sistemas colectivos de gestión pretendían alcanzar un convenio, lo que implica una falta de transparencia en la determinación del sistema colectivo de gestión con el que celebrará el convenio. Señala además que estos no tienen ninguna regulación que vele por los posibles riesgos de libre competencia.

128. En consecuencia, indica que este Tribunal debe contemplar medidas pertinentes para el resguardo de la libre competencia respecto de los convenios.

129. Al efecto, propone iguales medidas que las solicitadas en la causa Rol NC N° 492-2021 esto es: (i) prohibición de pactar exclusividades en los convenios; (ii) obligación de establecer un plazo máximo de vigencia de los convenios, que no exceda los tiempos de duración que tendrá para contratar con gestores de residuos, según el tipo de servicio; (iii) que el Gransic pueda determinar los servicios que desea contratar vía convenio, solo en la medida que estos le faciliten la implementación de la Ley REP, sin que esté obligado a contratar uno; (iv) que Gransic solo pueda pactar convenios con municipalidades si son ofrecidos mediante licitación pública; y (v) que los convenios contemplen auditorías respecto de los cobros que efectúan las municipalidades o asociaciones de estas en virtud de los servicios que presten para asegurar la debida transparencia en el mercado.

130. A folio 45, aportó antecedentes la Superintendencia del Medio Ambiente (“**SMA**”), quien señaló que no le corresponde plantear observaciones sobre la legalidad de las Bases de Licitación que han dado origen a este expediente, en atención a que ello escapa del ámbito de intervención que la Ley REP ha dispuesto dentro de sus competencias. A folio 122, durante el nuevo periodo para aportar antecedentes, señaló que ampliación de giro no puede en ningún caso afectar el cumplimiento de las obligaciones legales en sede ambiental. En ese sentido, para efectos de un ejercicio más adecuado y eficiente de la potestad fiscalizadora, la SMA estima pertinente que, en caso de que se acoja la solicitud de ampliación de giro a residuos no domiciliarios, el sistema de gestión deberá presentar ante el Ministerio del Medio Ambiente dos planes de gestión diferenciados para cada tipo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de residuos, de forma tal de que los informes que posteriormente reciba la SMA, mencionados en el artículo 22 letra c) de la Ley REP, también se encuentren diferenciados según el tipo de residuo.

131. A folio 67, aportó antecedentes el Ministerio del Medio Ambiente, cuestionando la definición del mercado de los sistemas de gestión colectiva de residuos, pues no existe un producto o servicio del tipo “sistema de gestión”, sino que es un mecanismo instrumental para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la Ley REP.

132. En cuanto a los Estatutos señala lo siguiente: (i) la obligación de garantizar el acceso a todos los Productores no se cumpliría porque se añaden requisitos adicionales a los legales, lo que podría limitar el acceso a los Productores, sin tener una justificación clara; y (ii) la participación equitativa de los Productores asociados no se cumpliría porque existirían dos tipos de socios, los que tendrán distintos derechos asociados, cuya única diferencia será el valor de la cuota de incorporación, por lo que el derecho a voto no puede estar definido a partir de la realización de un pago.

133. Sobre las Bases de Licitación hace una serie de observaciones en cuanto a: (i) la etapa de preparación y presentación de ofertas, porque utilizaría un lenguaje poco claro y poco preciso, no tendría justificación para suscribir un acuerdo de confidencialidad para tener acceso a las Bases, no existiría suficiente justificación sobre el calendario de procesos y plazos, se debería limitar el contacto entre licitantes en las visitas a terreno, las garantías deberían ser de un monto tal que no constituya una barrera de entrada, el requisito de tener un capital propio tributario superior al 15% sería una barrera de entrada, y podría ser discriminatorio y arbitrario poner fin a la licitación en cualquier momento sin expresar motivos; (ii) la etapa de evaluación y adjudicación de las ofertas, porque el sistema de evaluación resulta engorroso y poco claro, no se establece un procedimiento objetivo para la elección de los integrantes del Comité de Evaluación, se resalta la falta de claridad respecto a los conceptos de “rechazo” e “inadmisibilidad”, indica que existe discrecionalidad para solicitar información complementaria, existiría falta de independencia del Comité de Apelación y no quedaría claro por qué se exige un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros y su alcance; (iii) la etapa de suscripción del contrato, porque para la determinación del precio los anexos no coinciden, lo que repercute en la transparencia del proceso; y, (iv) la etapa de ejecución del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrato, porque no se contemplaría una etapa de descargos en el caso de término anticipado del contrato y no se contempla un procedimiento de aplicación de multas.

134. A folio 121, el MMA aportó antecedentes adicionales respecto de la extensión del objeto. Al respecto, indica que el tratamiento de los residuos no será gestionado por GIRO, sino que, por consumidores industriales, por lo que debería precisar el objeto de la Corporación, detallando que se realizará mediante el modelo *monitoring*. Al respecto, señala que las observaciones realizadas a folio 67 se mantienen con respecto a los nuevos antecedentes presentados por las Solicitantes.

135. A folio 50, aportó antecedentes la Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje ANIR A.G. (“**ANIR**”), que agrupa a 52 socios dedicados a las áreas de servicios, logística y tratamiento de residuos. Sobre el plan de gestión, señala que se pretende recolectar el vidrio a través de campanas en la vía pública, lo cual se contrapone al D.S. N° 12, que define que todas las categorías deben ser recogidas puerta a puerta, y que no se señala las comunas que abarcará lo que podría generar conflictos con otros sistemas de gestión.

136. En cuanto a la recolección, indica que las Bases deberían generar territorios multicomunales para aprovechar economías de escala. Asimismo, señala que el D.S. N° 12 fija metas a nivel nacional y no por comuna, por lo que sería deseable que el porcentaje de cobertura fuera aumentando, porque se incorporan nuevos territorios, en vez de ir aumentando el porcentaje de cobertura en un solo territorio. Además, indica que las Bases establecen recolección de las tres fracciones de material, por lo que no se podrían presentar gestores especializados en un determinado material (papel, vidrio, plástico, entre otros)

137. Sobre el punto 7.1. “Requisitos del Oferente” levanta una serie de inquietudes sobre los requisitos que se deberían cumplir para ofertar. En específico, sobre la declaración de la letra f) que no aplicaría para todos; sobre que el capital propio tributario superior al 15% de la letra h) sería una barrera de entrada al mercado; que no queda determinado lo que se entiende por ambientalmente racional de la letra e); y que los productores y gestores quedan fuera de poder participar en la licitación con la letra g).

138. En lo que se refiere al punto 2. “Planteamiento de los Sectores en la Oferta Técnica” indican que en el literal (iii) se debe precisar el tiempo que se le dará al generador que no está segregando de manera adecuada y se debiera aclarar el procedimiento de rechazo; en el literal (iv) se debería conocer la ubicación de las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

instalaciones de pretratamiento y valorización para poder estimar los costos; y, en el número 6, se dejaría fuera a empresas que subcontratan todo el servicio que prestan o que lo realizan sin un contrato de *leasing*.

139. ANIR señala que las Bases no establecen capacidades a ofertar, lo que podría generar que se presenten ofertas de menor precio con mínimas capacidades, provocando una gran atomización de contratistas y los problemas logísticos que aquello conlleva. Por otro lado, indica que no se podrían presentar gestores especializados en un determinado material, porque las Bases consideran que se deben pretratar y valorizar todas las fracciones recolectadas.

140. Respecto al punto 4. “Características y Extensión del Servicio de Pretratamiento”, afirma sobre la letra (e).2. que la eficiencia no depende solo del pretratamiento, sino que de la recolección; sobre la letra (e).4. que se deberían contemplar además todos los permisos y exigencias ambientales; y, sobre la letra (d) que no sería consistente con las bases de recolección.

141. Por último, sobre el punto 3. “Definición de los residuos que son parte del servicio de valorización” señala que no todas las empresas valorizadoras que están registradas tratan todos los tipos de plásticos que se mencionan; y, sobre el punto 4. “Características y extensión del servicio de valorización” indican que se debe contemplar además todos los permisos y exigencias ambientales.

142. A folio 77, aportó antecedentes Cristalerías de Chile S.A. (“**Cristalerías de Chile**”), productor de envases y embalajes, quien además participa en el mercado de manejo de residuos de envases y embalajes, por lo que estaría interesado en acceder al vidrio reciclado para integrarlo en su proceso productivo. Lo anterior, por dos razones. En primer lugar, porque le permitirá continuar cumpliendo con su compromiso con la economía circular y el desarrollo sostenible; y, en segundo lugar, porque le permitirá cumplir con los requisitos ambientales que establecen sus clientes respecto a la composición de vidrio reciclado de envases y botellas.

143. En relación con lo anterior, indican que las “Bases de venta y valorización de residuos de envases y embalajes” contendrían eventuales conductas arbitrarias o exclusorias del adjudicatario, lo que podría afectar sustancialmente la competitividad del mercado de elaboración de botellas de vidrio con material reciclado. En específico: (i) no se contempla la oferta y adjudicación de vidrio por cantidad, sino que por comunas y sectores, lo que genera incertidumbre respecto a la cantidad efectiva de vidrio que se va adjudicar; (ii) no se establece un plazo de vigencia para el contrato de compra y servicio de valorización, sino que indican que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dependerá del servicio adjudicado; y (iii) no se establecen resguardos suficientes para asegurar la calidad del vidrio recolectado, por lo que se debería establecer que el gestor pueda descontar del precio el total del material que no podrá incorporar al proceso de valorización y la proporción que corresponde al material que sí podrá tratarse, pero que requiere de tratamientos adicionales.

144. A folio 124, fuera del plazo establecido por la resolución de folio 113, aportó antecedentes la Asociación Metropolitana de Municipalidades de Santiago Sur ("**Msur**"), asociación que agrupa a 23 municipios de la región, cuyo objetivo son la sustentabilidad ambiental, la gestión integral de los residuos generados en las comunas socias y su valorización, con el fin de que los municipios socios integren y/o fortalezcan su gestión este ámbito de competencia municipal.

145. Msur indica que las actividades de recolección, tratamiento y disposición de residuos sólidos están actualmente reguladas por: (i) la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; (ii) en lo pertinente por la Instrucción de Carácter General N° 1/2006 de este Tribunal; (iii) la Ley de Compras Públicas; (iv) la Ley REP y (v) el D.S. N° 12 de 2021 del Ministerio del Medio Ambiente, ya mencionados, además de la normativa sanitaria pertinente. Asimismo, destaca los artículos 24 y 25 de la Ley REP, según los cuales las municipalidades o asociaciones de estas con personalidad jurídica, podrán celebrar convenios con los SCG sin requerir que dicho proceso de contratación se ejecute a través de un proceso licitatorio.

II) PARTE CONSIDERATIVA

1) PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

1. La Solicitud de BredenMaster SpA y otras tiene por objeto que este Tribunal emita el informe exigido por los artículos 24 y 26 de la Ley REP, en relación con los artículos 18 N° 5 y 31 del D.L. N° 211, respecto de dos materias relativas a la autorización de un sistema colectivo de gestión de envases y embalajes, a saber: (i) las Bases de Licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros, creadas por el SCG; y (ii) las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SCG.

2. Para efectos de la Ley REP, un Productor de EyE es aquel que introduce en el mercado el bien de consumo envasado y/o embalado (artículo 3° N° 21), al que se autoriza a cumplir las obligaciones establecidas en dicha ley mediante sistemas colectivos de gestión, que permiten alcanzar economías de escala y cumplir con los fines de política pública de dicho estatuto legal. Los SCG conformados por 20 o más

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

productores no relacionados (denominados Gransic en el D.S. N° 12), pueden cumplir las metas de manejo con cualquier residuo de EyE, es decir, considerando aquellos introducidos por otro productor, generando un incentivo a la asociatividad.

2) ÁMBITO DEL INFORME: OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA

3. En el caso de autos, las Solicitantes conformarán un sistema colectivo de gestión de EyE denominado “GIRO”, el que, de acuerdo con la información disponible en el expediente, estará formado por 41 empresas de diversos giros. Señalan que, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 20 de la Ley REP, constituirán una corporación, la que tendrá como objeto exclusivo la gestión de la recolección, almacenamiento, transporte, tratamiento y/o valorización de EyE en todo el territorio nacional (Solicitud, folio 28, p. 12).

4. Al respecto, el D.S. N° 12 establece que los envases se dividen en dos categorías: domiciliarios y no domiciliarios (art. 4°). Define envases “domiciliarios” como *“aquellos envases que se generan normalmente en el domicilio de una persona natural”* (art. 2° N° 9), mientras que los “no domiciliarios” son *“aquellos envases que no constituyen envases domiciliarios”* (art. 2° N° 10). Estos tipos de residuos están sujetos a metas de recolección y valorización distintas, según se expone en las tablas 3 y 4 *infra*. En paralelo, la Ley REP define “consumidor industrial” como *“todo establecimiento industrial, de acuerdo a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, que genere residuos de un producto prioritario.”* (art. 3° N° 5). Atendidas las definiciones reseñadas, es razonable concluir que dichos establecimientos industriales, en contraposición a los domicilios de personas naturales, generan residuos no domiciliarios.

5. Si bien la Ley REP establece la obligación de todo consumidor de entregar el residuo de un producto prioritario al respectivo sistema de gestión (art. 34 inciso 1°), enseguida dispone que los consumidores industriales podrán valorizar por sí mismos o a través de gestores autorizados y registrados, los residuos de productos prioritarios que generen, en cuyo caso deberán informar al MMA (Ley REP, art. 34 inciso 2°, y D.S. N° 12, art. 24), ya sea directamente, o mediante la celebración de un convenio con un sistema de gestión, para que sea este quien informe en su nombre y representación. En este último caso, las toneladas de residuos valorizadas se imputarán al sistema de gestión respectivo (D.S. N° 12, art. 24).

6. De la regulación expuesta en los párrafos anteriores se desprende que existen dos alternativas respecto del rol de un SCG en el cumplimiento de las metas de recolección y valorización de residuos no domiciliarios. En efecto, puede: (i)

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

extenderse a la gestión y valorización de dichos residuos, en caso de que le sean entregados por los consumidores industriales para esos efectos; o (ii) limitarse a suscribir un convenio con los consumidores industriales para informar al MMA acerca de la valorización efectuada por aquellos, en cuyo caso tendrá una labor de monitoreo o *monitoring* de la gestión de residuos realizada por los consumidores industriales con quienes haya contratado. Dicha función de monitoreo es la que ha escogido el SCG GIRO para la gestión de residuos no domiciliarios, según se señala en su escrito que rola a folio 97.

7. En ese contexto, las Solicitantes requieren el informe previo de este Tribunal sobre la conformidad con las normas de libre competencia de las disposiciones pertinentes de los Estatutos, así como de las cuatro Bases de Licitación que utilizarán para la contratación de los servicios de: (i) recolección de residuos reciclables de envases y embalajes; (ii) operación de instalaciones de recolección y almacenamiento; (iii) pretratamiento de residuos reciclables de envases y embalajes; y (iv) venta y valorización de residuos de envases y embalajes.

8. En la parte expositiva se indicó el contenido de las reglas de los Estatutos, así como de las Bases de Licitación propuestas. Cabe hacer presente que este Informe se pronunciará sobre los Estatutos y Bases de Licitación acompañados a folio 97 de estos autos, dado que constituyen la versión final que recoge observaciones realizadas por distintos intervinientes durante el proceso.

9. Por otra parte, si bien las Solicitantes acompañaron una síntesis del plan de gestión que rola a folio 30, en el objeto de dicho documento se consigna que *“El presente documento tiene por objeto explicar los lineamientos generales y el contenido del plan de gestión que se desarrollará [...] Se debe tener presente que el plan de gestión debe ser presentado al Ministerio del Medio Ambiente para su aprobación, por lo que podrá ser ajustado por el Gransic para efectos de incluir y detallar aquellos contenidos específicos que este mismo ministerio defina mediante resolución, de conformidad a lo indicado en el artículo 13 del DS 12.”* (folio 30, p. 8). En ese entendido, esta magistratura concuerda con la observación de la Fiscalía a folio 71 en cuanto a que el plan de gestión sometido a conocimiento del Tribunal es un documento no definitivo y con alcance referencial, por lo que este Informe no se pronunciará en particular respecto de su conformidad con la libre competencia, sin perjuicio de referencias a su contenido en la medida que resulte pertinente. En cualquier caso, todo lo que aquí se resuelva respecto de los Estatutos y de las Bases

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Licitación, resulta aplicable al plan de gestión, en la medida que este reproduzca las reglas o criterios contenidos en ellos.

10. Sin perjuicio de lo expuesto en la primera parte de este Informe, a modo de síntesis, la última versión de los Estatutos acompañados en estos autos regula, entre otras, las siguientes materias: (i) su objeto; (ii) los requisitos para ser socio, ya sea fundador o de número; (iii) la pérdida de la calidad de socio; (iv) los organismos y encargados de la Corporación, esto es, la Asamblea General, el Directorio, el Consejo Consultivo, el Comité de Auditoría y de Compliance, y el Comité de Ética; (v) el patrimonio; y (vi) la modificación de los Estatutos, fusión y disolución de la Corporación. El análisis de estas materias y su conformidad con el D.L. N° 211 se realiza en la sección 6 *infra*.

11. A su turno, el contenido de las Bases de Licitación de los servicios señalados en el párrafo 7 *supra* dice relación, entre otros, con: (i) su estructura (bases administrativas, bases técnicas y anexos); (ii) los criterios para la presentación de ofertas; (iii) el estudio y evaluación de las ofertas; (iv) el criterio de adjudicación; (v) las garantías, seguros y multas; y (vi) el contrato a suscribir con ocasión de la licitación. El análisis de las Bases de Licitación se realiza en la sección 7 *infra*.

12. De este modo, la estructura que se utilizará para resolver la presente Solicitud es la siguiente: (i) la sección 3 describe el marco de análisis utilizado para la evaluación de los riesgos asociados a la Solicitud; (ii) la sección 4 identifica y caracteriza los mercados relevantes en los que incide la Solicitud; (iii) la sección 5 analiza las condiciones de competencia en los mercados relevantes; (iv) la sección 6 refiere a si en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de GIRO existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; (v) la sección 7 realiza el mismo ejercicio respecto de las Bases de Licitación; y (vi) por último, en la sección de condiciones se expone la conclusión del Tribunal.

3) MARCO DE ANÁLISIS

13. Según el artículo 2° letra e) de la Ley REP, “*el funcionamiento de los sistemas de gestión y la operación de los gestores en ningún caso podrá atentar contra la libre competencia*”. Luego, la misma ley –artículos 20 inciso cuarto, 24 inciso cuarto y 26 inciso primero y letra c)– considera que, atendidos los riesgos derivados de la asociación de Productores para la gestión colectiva de residuos, y de la contratación de su manejo con terceros, se requiere un informe previo de este Tribunal. Este informe debe centrarse en analizar que las reglas que se establecen para la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incorporación de nuevos asociados al SCG y su funcionamiento, así como las Bases de Licitación, no atenten contra la libre competencia.

14. En este orden de consideraciones, se debe tener presente que el marco normativo compuesto por la Ley REP y el D.S. N° 12 contiene fuertes incentivos para que los Productores cumplan con las metas de recolección y valorización de los productos prioritarios de forma colectiva y no individual, conformando, para estos efectos, un SCG o Gransic. Por lo tanto, es de esperar que tales incentivos repercutan, eventualmente, en la incorporación de nuevos asociados dentro de los SCG disponibles en el mercado, y en la conformación de otros sistemas destinados al mismo objetivo.

15. El D.S. N° 12 establece obligaciones asociadas a las metas de recolección y valorización que deben cumplir los SCG de 20 o más Productores (Gransic), como GIRO. En particular, su artículo 35 prescribe que los Gransic deberán instalar y operar, por medio de uno o más gestores, instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de envases en las comunas que tengan una población superior a la que se indica en la siguiente tabla, en los plazos que la misma señala:

Tabla N° 1

Plazo Cumplimiento	Población corregida
Primer año	Superior a 250.000
Segundo año	Superior a 100.000
Tercer año	Superior a 30.000
A contar del cuarto año	Superior a 15.000

Fuente: D.S. N° 12, art. 35.

16. Asimismo, el artículo 36 del referido Decreto Supremo establece que los Gransic deberán realizar la recolección selectiva de los residuos de envases desde los domicilios de los consumidores, abarcando un territorio que considere un porcentaje de las viviendas del país, el que irá aumentando en los plazos que se indican en la siguiente tabla:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 2

Plazo	Porcentaje de las viviendas del país
Primer año	10%
Segundo año	20%
Tercer año	30%
Cuarto año	40%
Quinto año	45%
Sexto año	50%
Séptimo año	55%
Octavo año	60%
Noveno año	65%
Décimo año	70%
Undécimo año	75%
A contar del duodécimo año	80%

Fuente: D.S. N° 12, art. 36.

17. En el Informe N° 26/2022 este Tribunal tuvo en consideración que el MMA, mediante oficio circular N° 1, de 13 de enero de 2022, señaló que, del análisis de ambos artículos, así como de otras disposiciones tanto de la Ley REP, como del D.S. N° 12, *“es posible desprender que las exigencias de cobertura [geográfica] deben ser cumplidas por el conjunto de los Gransic. En consecuencia, su cumplimiento debe determinarse en razón de las actividades realizadas por todos los Gransic que se encuentren operando en un momento dado (...)”*.

18. Asimismo, el mismo instrumento indica que no es posible entender que cada Gransic deba cumplir con las obligaciones de cobertura de manera individual, pues implicaría una cobertura muy elevada en un período acotado de tiempo, lo que sería contrario al principio de gradualismo recogido por la propia Ley REP.

19. Adicionalmente, se afirma que, para efectos de evaluar el cumplimiento de las obligaciones y exigencias estatuidas al conjunto de los Gransic, el MMA considerará la cantidad de envases introducidos al mercado por los Productores que lo conforman, como un indicador de la proporción en que debería aportar como mínimo cada uno de estos en el cumplimiento de la cobertura territorial conjunta.

20. La interpretación administrativa del MMA acerca de que estas obligaciones específicas de cobertura pueden ser cumplidas de forma conjunta por todos los Gransic y no individualmente por cada uno de ellos, debe tenerse en consideración al analizar aquellos riesgos asociados a los SCG en materia de competencia.

21. Por su estructura, los SCG constituyen, en principio, acuerdos de colaboración conjunta entre Productores, que pueden o no ser competidores. Estos acuerdos pueden ser una alternativa menos restrictiva para la competencia que una

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operación de concentración, porque no modifican la estructura de mercado en forma permanente. Sin embargo, igualmente pueden producir riesgos anticompetitivos, ya sea unilaterales como coordinados.

22. Los riesgos unilaterales dicen relación con la posibilidad de que un SCG monopolice el mercado de los sistemas de gestión o excluya a potenciales interesados en participar de este. Del mismo modo, puede restringir la competencia en los mercados conexos aguas abajo, esto es, aquellos en que inciden las licitaciones que llevará a cabo el respectivo SCG.

23. Por su parte, los riesgos coordinados se traducen en que los SCG pueden facilitar la coordinación entre sus asociados, particularmente mediante acuerdos de producción, considerando la información relativa a cantidad de productos y envases que se podría diseminar en su interior, o a través de acuerdos de precios o boicots a nuevos entrantes, así como del intercambio de información comercialmente sensible entre sus miembros, cuando estos actúan como competidores en un mercado conexo aguas arriba.

24. Por consiguiente, se debe resguardar, por un lado, que no se restrinja la competencia –actual o potencial– entre SCG, de modo que puedan desenvolverse como agentes económicos autónomos que compiten para obtener el menor costo en la gestión de sus residuos y, por otro, que los SCG no influyan negativamente en el desempeño competitivo de sus socios en los mercados conexos, particularmente en aquellos aguas arriba. Adicionalmente, se debe precaver que no se materialicen riesgos para la competencia en los mercados aguas abajo en que incidirán las licitaciones que lleven a cabo los SCG.

25. Por otra parte, los acuerdos de colaboración conjunta entre productores pueden asociarse con una serie de beneficios económicos –por ejemplo, al permitir el ahorro de costos a través del aprovechamiento de economías de escala– entregando la posibilidad de incrementar la eficiencia en los mercados. En consecuencia, las conclusiones y medidas que se establezcan en este informe deben velar, por una parte, porque los SCG puedan desenvolverse competitivamente en el mercado en que participan, mitigando los riesgos descritos; y, por otra, por la creación de los incentivos para conformar este tipo de sistemas y promover la competencia entre ellos.

26. Considerando los elementos de análisis expuestos, se procede a examinar los riesgos que pueden derivar de los SCG, dividiéndolos entre: (i) aquellos vinculados con el funcionamiento del sistema, y las reglas y procedimientos para la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incorporación de nuevos asociados; y (ii) aquellos que se relacionan con la licitación de los servicios de gestión de residuos.

Riesgos asociados al funcionamiento del sistema y a las reglas y procedimientos para la incorporación de asociados

27. Un primer elemento a tener en consideración es que los Productores que formen parte de un mismo SCG no necesariamente serán competidores, dadas las múltiples actividades económicas, diferentes entre sí, que pueden generar los mismos tipos de residuos considerados en el D.S. N° 12. Con todo, en el caso particular, los antecedentes aportados en autos muestran que algunos de los Productores que forman parte del SCG compiten en la comercialización y distribución de un mismo producto, a lo que se agrega que, en el futuro, pueden unirse al SCG otras compañías que se encuentren en la misma situación.

28. Como se explicó, al interior de los SCG podrían generarse instancias que faciliten, produzcan o incentiven los riesgos de coordinación, mediante la ejecución de prácticas como la coordinación de precios de venta o compra, la limitación de la producción, la asignación de zonas o cuotas de mercado, entre otras, las cuales reducen el bienestar social y afectan la libre competencia.

29. Otro riesgo es el derivado del traspaso de información estratégica entre competidores. Esta práctica posibilita que las empresas que participan de estos acuerdos tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores, disminuyendo la intensidad competitiva (Comisión Europea, 2011, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal).

30. Adicionalmente, en el ámbito de los riesgos coordinados, el marco de un acuerdo de colaboración entre competidores puede facilitar un boicot colectivo, por ejemplo, cuando solo algunos de los miembros del SCG intercambian información sensible. Esto puede significar una desventaja significativa para empresas que no participan de dicho intercambio si la información intercambiada es suficientemente estratégica para la competencia y, además, abarca una parte importante del mercado (Comisión Europea, 2011).

31. En cuanto a riesgos unilaterales, puede que los socios de un SCG excluyan a un Productor en particular que desee ingresar a dicho sistema, o bien, un SCG puede intentar excluir al resto de los sistemas colectivos de gestión que operen o deseen operar en el mercado.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

32. Sobre la primera situación, el artículo 20 inciso 4° de la Ley REP dispone que no puede excluirse a un Productor que desee ingresar como asociado, con el fin de dificultar su cumplimiento normativo o de aumentar sus costos en la gestión de sus residuos, por cuanto *“los estatutos [del SCG] deberán garantizar la incorporación de todo productor del respectivo producto prioritario, en función de criterios objetivos”*.

33. El segundo riesgo unilateral, esto es, la posibilidad de exclusión de otros sistemas colectivos de gestión que operen o deseen operar en el mercado, es particularmente relevante por tratarse de un mercado incipiente. Por ejemplo, el SCG podría incurrir en conductas estratégicas que impidan o dificulten la entrada de otros sistemas colectivos, o que entorpezcan el ejercicio de sus operaciones en el mercado.

34. Otro riesgo asociado al funcionamiento de estos sistemas dice relación con los derechos políticos de sus asociados contenidos en los Estatutos. Por ejemplo, un socio con facultades de control podría perjudicar a alguno de sus competidores parte del mismo SCG, o bien utilizarlo para su propio beneficio, prefiriendo una empresa relacionada en las licitaciones relativas a la gestión de los residuos. Por estos motivos, se analizará la estructura de los socios y los derechos políticos propuestos por las Solicitantes.

35. En definitiva, respecto de los riesgos asociados a las reglas y procedimientos para la incorporación de asociados y funcionamiento del sistema, el Tribunal debe resguardar que los SCG puedan desenvolverse como entes económicos autónomos que compiten en un mercado por adquirir asociados y, en particular, que: (i) tengan incentivos para conformarse, y los actores del mercado o Productores tengan incentivos para ingresar a dichos sistemas de gestión; (ii) permitan el cambio de Productores de un sistema a otro, de manera que se mantengan sus incentivos a competir y a ser más eficientes una vez establecidos en el mercado; (iii) actúen en beneficio de la totalidad de sus asociados y no de intereses particulares de algunos socios; y (iv) no incentiven o faciliten la coordinación, colusión o el traspaso de información sensible entre sus asociados.

Riesgos asociados a las bases de licitación para los servicios de gestión de residuos

36. Los acuerdos de colaboración conjunta que involucren a compradores de un mismo insumo pueden aumentar el poder de mercado desde la perspectiva de la demanda, de forma equivalente a como una concentración entre oferentes puede aumentar el poder de mercado desde la perspectiva de la oferta (FNE, 2022, Guía

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales). Por ello, el análisis de los eventuales riesgos para la libre competencia también debe resguardar que las licitaciones efectuadas por los SCG no generen riesgos unilaterales exclusorios o explotativos, ni riesgos coordinados.

37. Para evitar riesgos unilaterales exclusorios, las bases de licitación no deben incluir requisitos arbitrarios o que restrinjan la entrada o el desenvolvimiento competitivo de oferentes al proceso de licitación, o de otros sistemas colectivos.

38. Así, es necesario considerar la eventual influencia que pudieran tener ciertos socios sobre el SCG, de manera que las bases de licitación no incorporen criterios de evaluación que beneficien o favorezcan su adjudicación a entes relacionados con ellos. En este sentido, el artículo 20 inciso 4º de la Ley REP, señala que *“los estatutos deberán garantizar [...] la participación equitativa de productores, que aseguren acceso a la información y respeto a la libre competencia”*.

39. Por su parte, atendido que los socios de un SCG demandarán de manera conjunta los servicios de gestión de residuos, cabe analizar si tendrían una posición dominante en la compra de tales servicios.

40. Por otra parte, atendido el eventual poder de mercado que podrían tener el conjunto de empresas que participan del SCG, también se podrían generar riesgos explotativos en los mercados conexos aguas abajo, en que inciden las bases de licitación.

41. Finalmente, respecto de riesgos coordinados, el diseño de las bases de licitación debe propender a evitar la colusión entre oferentes (*“bid rigging”*) y contemplar mecanismos para enfrentarla.

42. Respecto de los riesgos asociados a las bases de licitación para los servicios de gestión de residuos, el Tribunal debe resguardar principalmente que: (i) no incorporen criterios de evaluación que beneficien o favorezcan la adjudicación a un actor o grupo de actores que se encuentre relacionado con algunos socios del SCG; (ii) no excluyan de manera injustificada a un proveedor que pueda prestar los servicios solicitados de manera competitiva; (iii) prevean que no se generen riesgos explotativos una vez que la licitación se encuentre adjudicada y funcionando; y (iv) su diseño evite la colusión por parte de los oferentes para hacer fracasar la licitación (*“bid rigging”*) y contemple mecanismos para enfrentarla.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

43. Siguiendo con el orden de la estructura señalada en el párrafo 12 de la parte considerativa de este informe, a continuación, se definen y analizan los mercados relevantes, los mercados conexos y las condiciones de competencia.

4) MERCADOS RELEVANTES

44. Tal como se señaló en el párrafo 21 de la parte expositiva, de acuerdo con las Solicitantes, es posible identificar tres mercados relevantes –todos limitados al territorio de Chile– en los que incidiría la operación de GIRO: (i) el de producción de EyE; (ii) el de la gestión colectiva de residuos; y (iii) el de manejo de residuos de EyE de carácter domiciliario. Con todo, avanzado el proceso, GIRO indicó que se abocará también a la gestión de residuos no domiciliarios. Sobre esta materia, correspondiente a los mercados relevantes en que incide la presente Solicitud, existe cierta controversia en estos autos, como se describe a continuación.

45. En cuanto al mercado relevante de producción de EyE, las Solicitantes señalan que, en principio, debiera incluir a empresas proveedoras y distribuidores de EyE, pero que, en este caso en particular, se encontraría más acotado dado que la Ley REP considera como Productores a quienes introducen en el mercado el bien de consumo envasado y/o embalado. Así, concluyen que el mercado de producción de EyE para efectos de la Ley REP está conformado por los Productores que introducen en el mercado nacional un bien de consumo envasado y/o embalado mediante al menos uno de los siguientes materiales: cartón para líquidos, metal, papel y cartón, plástico o vidrio.

46. La FNE no se refiere directamente al mercado relevante descrito por las Solicitantes, pero caracteriza las actividades principales a las que se dedican los socios de GIRO, que comprenden diversos segmentos de comercialización y distribución, entre ellos, los de productos alimenticios, bebestibles, y productos para el hogar, jardín y su mejoramiento (folio 71, p. 14). En este sentido, siguiendo lo indicado por las Solicitantes, se trata de actividades que utilizan EyE para introducir sus productos al mercado, mas no se refiere a la generación misma de EyE.

47. Un segundo mercado propuesto por las Solicitantes corresponde al de los sistemas de gestión colectiva de residuos de EyE, en el que participará GIRO. Las Solicitantes describen que con la Ley REP se creó este nuevo mercado en el cual participarán todos los sistemas de gestión colectivos del PP correspondiente, pudiendo ser de envases y embalajes domiciliarios o no domiciliarios. Agregan que, a la fecha de la Solicitud, no existían SCG en funcionamiento, pero que uno de EyE estaba siendo conocido por el Tribunal.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

48. A este respecto, el MMA señala que este segundo mercado relevante pareciera no tener sentido, a la luz de la normativa asociada a la responsabilidad extendida del productor. En particular, indica que, de una interpretación literal, podría entenderse que el producto o servicio transado en este caso sería el “sistema de gestión”. No obstante, un sistema de gestión no es un servicio o producto que se transe en un mercado, sino que un mecanismo instrumental establecido en la Ley REP para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor. Por ello, el MMA indica que una alternativa es interpretar que a lo que se refieren las Solicitantes es al mercado de “venta de servicios de cumplimiento de metas y obligaciones de productores de envases y embalajes”, donde los oferentes son los sistemas de gestión y los demandantes son los Productores. Sin embargo, señala que esto tampoco parece razonable, pues son los Productores quienes conforman los sistemas de gestión (folio 67, p. 2).

49. Finalmente, la FNE –en lo que se refiere a los sistemas de gestión– solo hace referencia al mercado relevante en que incide la Solicitud indicando que, en el momento incipiente en que se encuentra la implementación de la Ley REP, no resulta clara una definición de mercado relevante. No obstante, agrega que, con todo, sí es posible identificar que entre los Gransic es esperable que exista presión competitiva, ya que los productores podrían optar entre los distintos existentes en el mercado (folio 71, p. 50).

50. Por último, las Solicitantes exponen que existiría un mercado de manejo de residuos de EyE. Al respecto, señalan que la cadena de reciclaje está compuesta principalmente por cuatro etapas: la generación de residuos, la recolección, el pretratamiento y la valorización. Detallan que, conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley REP, los sistemas de gestión sólo podrán contratar con gestores autorizados y registrados. Para estos efectos, los gestores son definidos por la ley como una *“persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza cualquiera de las operaciones de manejo de residuos”* (art. 3, numeral 10), mientras que el “manejo de residuos” consiste en *“las acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento”* (art. 3, numeral 13).

51. Siguiendo la Sentencia N° 181/2022, cuando se analiza un caso de competencia se define, por regla general, el o los mercados relevantes, y luego los mercados conexos involucrados. Para delimitar el mercado relevante, se deben considerar posibles sustitutos que podrían ejercer presión competitiva sobre el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

agente económico correspondiente. En la presente Solicitud, el agente económico es el sistema colectivo de gestión GIRO.

52. Los mercados conexos corresponden a los que podrían verse afectados directa o indirectamente por los riesgos que surgen de la estructura y funcionamiento del SCG. A continuación, se define el mercado relevante y los mercados conexos aplicables al caso de autos.

53. Con la entrada en vigencia de la Ley REP, se creó un nuevo mercado en el cual participarán todos los sistemas de gestión colectivos del PP correspondiente, pudiendo ser de envases y embalajes domiciliarios y/o no domiciliario. Este nuevo mercado es el conformado por la gestión de residuos EyE para el cumplimiento de la Ley REP a través de los sistemas de gestión colectivos (en adelante e indistintamente como "mercado de los sistemas de gestión") y se entenderá como el mercado relevante para la solicitud de autos.

54. Aun cuando el sistema de gestión colectivo que se busca conformar por las Solicitantes considera tanto residuos domiciliarios como no domiciliarios, la gestión y metas a cumplir para ambos tipos de residuos difiere, como se desprende de las Tablas 3 y 4. En consecuencia, los SCG no competirán necesariamente en un mismo mercado.

55. Respecto de los residuos domiciliarios, en el D.S. N° 12 se establecieron las siguientes metas de recolección y valorización para los Productores:

Tabla N° 3: Metas de recolección y valorización de residuos domiciliarios

		Subcategoría				
		Cartón para líquidos	Metal	Papel y cartón	Plástico	Vidrio
Año	Primer año	5%	6%	5%	3%	11%
	Segundo año	8%	9%	9%	6%	15%
	Tercer año	11%	12%	14%	8%	19%
	Cuarto año	15%	15%	18%	11%	22%
	Quinto año	19%	17%	23%	14%	26%
	Sexto año	23%	21%	28%	17%	31%
	Séptimo año	27%	25%	34%	20%	37%
	Octavo año	31%	29%	39%	23%	42%
	Noveno año	36%	32%	45%	27%	47%
	Décimo año	40%	36%	50%	30%	52%
	Undécimo año	50%	45%	60%	37%	58%
A contar del duodécimo año	60%	55%	70%	45%	65%	

Fuente: D.S. N° 12, artículo 21.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En el caso de los residuos no domiciliarios, sobre los cuales incide la Solicitud, las metas se muestran a continuación:

Tabla N° 4: Metas de recolección y valorización de residuos no domiciliarios

		Subcategoría		
		Metal	Papel y cartón	Plástico
Año	Primer año	23%	48%	13%
	Segundo año	32%	54%	19%
	Tercer año	42%	60%	25%
	Cuarto año	51%	65%	32%
	Quinto año	61%	71%	38%
	Sexto año	64%	74%	42%
	Séptimo año	66%	78%	46%
	Octavo año	68%	81%	51%
	A contar del noveno año	70%	85%	55%

Fuente: D.S. N° 12, artículo 23.

56. Adicionalmente, este Tribunal considera que los SCG de 20 o más Productores son una solución distinta a los sistemas individuales y a los SCG de menos de 20 Productores. En efecto, atendida la normativa vigente, los sistemas colectivos de 20 o más productores (Gransic) pueden cumplir metas con cualquier residuo de EyE, mientras que los de menos de 20 Productores solo pueden hacerlo con residuos introducidos al mercado por ellos mismos. De esta forma, beneficios como las economías de escala, asociadas a la gestión de residuos de forma colectiva, y a la posibilidad de cumplir las metas de recolección con cualquier residuo de EyE, independientemente de quien lo introdujo al mercado, difieren en uno y otro caso. Así, al contrario de lo señalado por el MMA, este mercado relevante (SCG de 20 o más Productores) tiene sentido a la luz de la normativa. A ello se agrega que los sistemas de gestión colectivos podrán competir entre ellos, por ejemplo, para incorporar nuevos socios.

57. Finalmente, respecto de este mercado relevante, cabe hacer presente que – sin perjuicio de posibles diferencias que puedan existir entre los sistemas de gestión de residuos constituidos en Chile y los que operan en otros países– el informe OCDE (2016) “*Extended Producer Responsibility, Updated Guidance for Efficient Waste Management*” considera como un mercado relevante el de los sistemas para cumplir con obligaciones de la responsabilidad extendida del productor.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

58. Otro mercado relevante identificado por las Solicitantes es el de producción de EyE, conformado por Productores que introducen en el mercado nacional un bien de consumo envasado y/o embalado. Con todo, este Tribunal considera que los Productores que conformarán el sistema de gestión no compiten en introducir EyE al mercado, sino que algunos de ellos compiten en la comercialización de sus productos.

59. De esta manera, se trataría de mercados conexos aguas arriba del mercado de los sistemas de gestión. En estos mercados conexos participarían los socios de un sistema colectivo de gestión que se encuentran como vendedores de un mismo producto o servicio, o de productos o servicios sustitutos entre sí (por ejemplo, en el caso de GIRO, las empresas dedicadas al aprovisionamiento de leche y productos lácteos). Sin embargo, no siempre existe sustituibilidad entre los distintos mercados del producto en que participan los socios del sistema, esto es, no todos los socios del SCG compiten entre sí en los mercados aguas arriba donde comercializan sus productos.

60. Lo planteado es consistente con lo indicado en el informe OCDE (2016), en el cual se establece que un grupo de mercados que podría verse afectado por la implementación de sistemas de gestión de residuos son los de productos finales, por ejemplo, mercados de bienes de consumo dentro de los envases. Adicionalmente, ese informe coincide en que, dependiendo del flujo de residuos, una organización de responsabilidad del productor (*Producer Responsibility Organization*, o PRO) puede servir a proveedores de varios mercados de productos diferentes.

61. Atendida la participación de las Solicitantes –así como también de posibles nuevos socios– en diferentes rubros, y que sobre estos no se cuenta con antecedentes exhaustivos en estos autos, no se revisarán en profundidad las condiciones de competencia en ellos. No obstante, cabe tener en cuenta que, si bien no es posible identificar los mercados que pueden llegar a estar involucrados, es claro que una de las principales preocupaciones es que la instancia convoque a competidores, y a través de esa convocatoria, se limite la competencia. Por lo anterior, y sin la necesidad de precisar completamente el o los mercados que pudieran verse adversamente afectados por conductas anticompetitivas como las que se mencionaron en la sección 3 *supra*, es que este Tribunal debe prever tal posibilidad, independientemente de la identificación de los mismos.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

62. Finalmente, debe considerarse la relevancia de las Solicitantes en los mercados en que introducen EyE, y su participación en GIRO, al momento de evaluar las condiciones de competencia en el mercado de los sistemas colectivos de gestión, como se verá más adelante.

63. En lo que se refiere al manejo de residuos, este Tribunal concuerda con lo señalado por las Solicitantes en cuanto a que existen mercados en que inciden los servicios que serán licitados por el SCG. En estos participarán los gestores que compitan en los procesos de licitación.

64. Adicionalmente, en consideración a los antecedentes aportados en autos, y a que se llevarán a cabo distintos procesos de licitación para la gestión de residuos, este Tribunal estima que esos procesos de licitación corresponden a distintos mercados relevantes según el tipo de residuos y la etapa en que participan los distintos gestores. A modo de ejemplo, existiría un mercado para la licitación de gestión de residuos de EyE, específicamente para su recolección, otro para IRA, otro para el pretratamiento de los residuos y, finalmente, uno para su valorización. Esto es consistente con que las funciones que cumplen los oferentes de estos servicios de gestión de residuos son distintas, como también los conocimientos y las necesidades que satisfacen. Concuerda también el informe OCDE (2016), en el cual se distingue entre las etapas del manejo de residuos, particularmente respecto de las de recolección/clasificación de los residuos y las de recuperación/eliminación. De este modo, no existiría sustituibilidad entre los distintos servicios, sino que serían complementarios.

65. A partir de lo anterior, en este caso, es necesario definir los siguientes mercados conexos asociados al manejo de los residuos EyE: (i) el de recolección; (ii) el de recepción y almacenamiento; (iii) el de pretratamiento de residuos; y (iv) el de valoración de residuos (incluyendo procesos de recuperación, valorización y/o eliminación de los mismos). Cada uno de esos mercados se debiera segmentar de acuerdo con el material de los residuos, en caso de que los procesos descritos difieran. Así, por ejemplo, el mercado de valorización del vidrio es distinto al mercado de valorización de otros EyE.

66. En conclusión, la materia sometida al conocimiento del Tribunal en estos autos puede afectar la competencia en los siguientes grupos de mercados:

- **Mercado relevante de los sistemas de gestión:** mercado en el que participan los SCG de EyE conformados por empresas que deben cumplir con aquellas obligaciones impuestas por la Ley REP en materias de gestión de residuos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

domiciliarios y no domiciliarios. En particular, sistemas de gestión colectivos compuestos por 20 o más Productores (Gransic), cuyas metas de recolección pueden cumplirse con cualquier residuo perteneciente a la subcategoría respectiva. La extensión geográfica de este mercado será nacional, ya que los SCG pueden gestionar residuos de EyE provenientes de cualquier parte del país. Este mercado se tiene a la vista para analizar posibles riesgos asociados a las reglas de funcionamiento de GIRO y a la incorporación de nuevos miembros.

- **Mercados conexos aguas arriba en los que dos o más socios del mismo sistema colectivo de gestión se encuentran como vendedores de un mismo producto o servicio, o de productos o servicios que son sustitutos:** grupo de mercados que pueden verse afectados por la Solicitud, donde los socios de la Corporación participan como vendedores de un mismo producto o servicio, o de sustitutos entre sí. A este respecto, es necesario resguardar que el cumplimiento de la responsabilidad extendida del productor no limite el desenvolvimiento competitivo de los Productores en los mercados aguas arriba donde participan. Al igual que para el mercado anteriormente definido, estos mercados se tienen a la vista para analizar posibles riesgos asociados a las reglas de funcionamiento de GIRO y a la incorporación de nuevos miembros.

- **Mercados conexos aguas abajo relacionados al servicio de manejo de residuos:** mercados asociados con la compra o adquisición conjunta de servicios por parte de los socios de GIRO. En particular, se definen los mercados de: (i) recolección; (ii) recepción y almacenamiento; (iii) pretratamiento de residuos; y (iv) valoración de residuos (incluyendo procesos de recuperación, valorización y/o eliminación de los mismos). Por su parte, cada uno de estos mercados relevantes se segmenta de acuerdo con el material de los residuos, en caso de que los procesos descritos difieran. La extensión geográfica de estos mercados dependerá de las características de los servicios licitados. Estos mercados se tienen a la vista para analizar posibles riesgos asociados a las Bases de Licitación acompañadas en autos.

5) CONDICIONES DE COMPETENCIA

Relevancia de los actores que participarán de GIRO en la generación de residuos

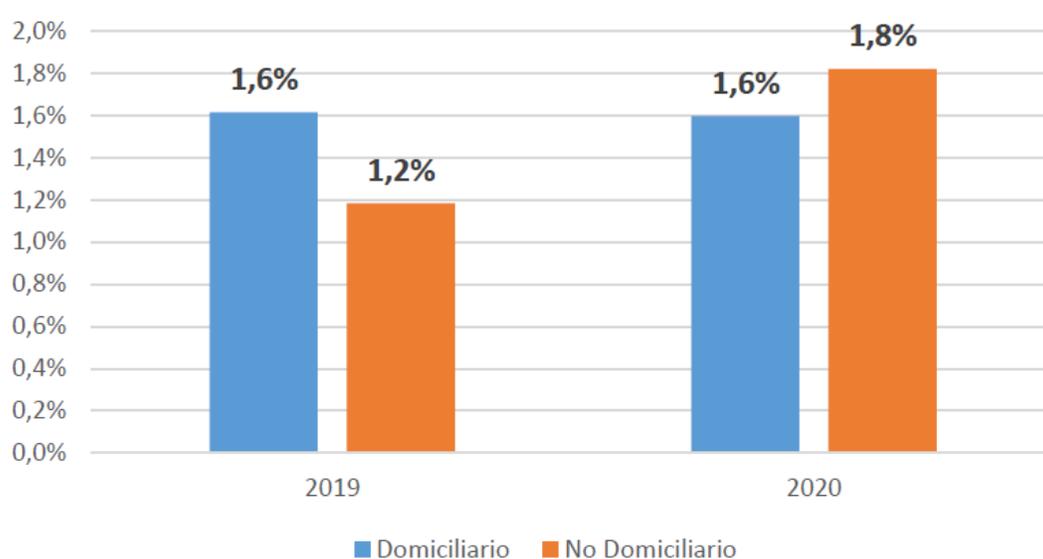
67. Siguiendo lo señalado en el Informe N° 26/2022, este Tribunal considera necesario analizar las participaciones de mercado en la introducción de EyE de quienes forman parte de GIRO, para efectos de considerar el poder de mercado y,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por consiguiente, de negociación, que este SCG tendrá en el mercado relevante de los sistemas de gestión, y además en los mercados conexos aguas abajo, correspondientes a los servicios que deberá contratar.

68. La FNE señala que la participación de las Solicitantes –considerando los participantes en el SCG al momento de la presentación de folio 120– en la generación de EyE puestos en el mercado, no supera un 2% del total estimado para los años 2018, 2019 y 2020, tanto en el caso de residuos domiciliarios como de no domiciliarios.

Figura N° 1: Participación de los Solicitantes en generación de EyE

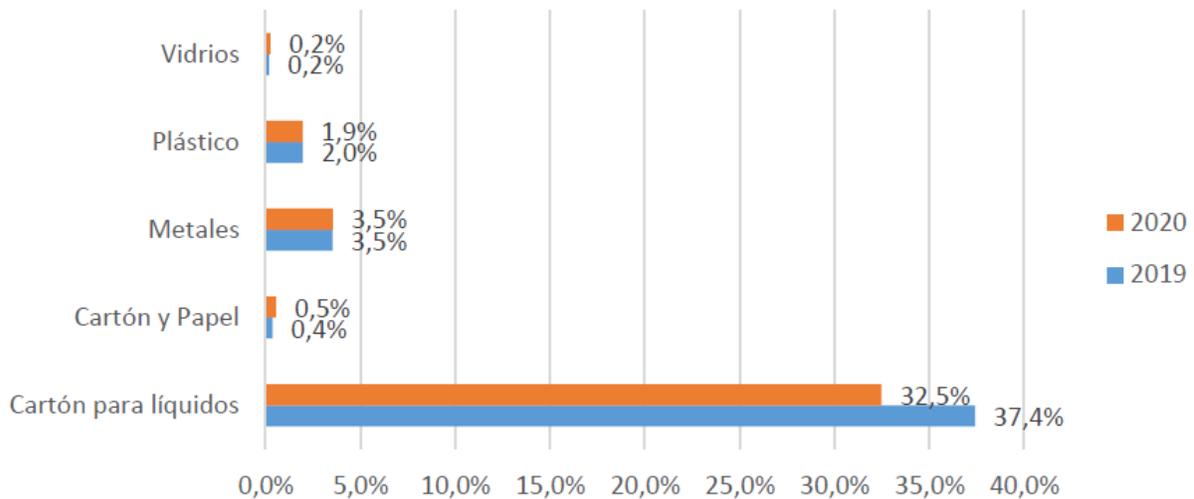


Fuente: Aporte de antecedentes FNE (folio 120, p. 8).

69. Desagregando las participaciones según tipo de material, la FNE señala que donde las Solicitantes presentan una mayor participación, para los residuos domiciliarios, es en envases de cartón para líquidos, donde alcanzan un 32,5% al año 2020. En los demás tipos de materiales, la participación de las Solicitantes sería inferior a un 4% del total. Las cifras anteriores se resumen en la Figura N° 2 a continuación.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

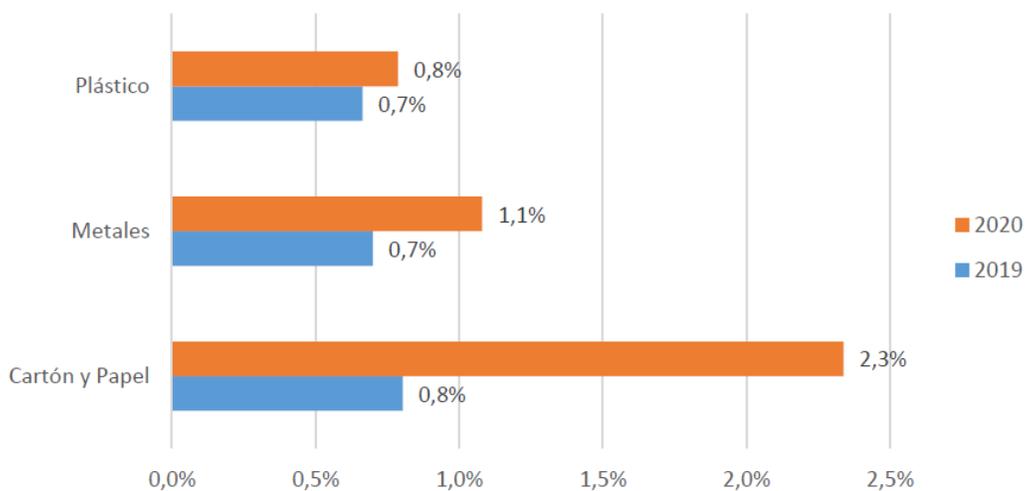
Figura N° 2: Participación de Solicitantes en generación de EyE por tipo de residuo (domiciliarios)



Fuente: Aporte de antecedentes FNE (folio 120, p. 9)

70. Por su parte, de acuerdo con los antecedentes presentados por la FNE, en el caso de residuos no domiciliarios la participación de las Solicitantes no supera el 3% en ningún material, como se desprende de la figura a continuación.

Figura N° 3: Participación de Solicitantes en generación de EyE por tipo de residuo (no domiciliarios)



Fuente: Aporte de antecedentes FNE (folio 120, p. 9).

71. A partir de los antecedentes anteriores se concluye que las Solicitantes tienen una participación reducida en la generación de residuos de EyE, tanto en el caso de residuos domiciliarios como no domiciliarios. Sin embargo, ante la posibilidad de que GIRO sume nuevos socios, esas participaciones no permiten establecer el potencial de la Corporación para incidir en la gestión futura de EyE no domiciliarios.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

72. Al respecto, a folio 97, las Solicitantes indicaron que se continuaba trabajando en la captación de nuevos asociados y que, a esa fecha, se habrían sumado 23 nuevos interesados a GIRO desde la presentación de la Solicitud. De esta forma, entre las Solicitantes que no califican como microempresas y los nuevos interesados, GIRO alcanzaba en ese momento un total de 41 futuros socios, excediendo sin lugar a dudas el umbral mínimo de socios para conformar un Gransic.

73. En consideración de lo anterior, este Tribunal concuerda con la Fiscalía en el sentido de que, a pesar de que al momento de la Solicitud GIRO tenía una participación reducida en la generación de residuos de EyE no domiciliarios, no es posible descartar en esta instancia que la Corporación puede llegar a tener suficiente poder de compra como para que se materialicen los riesgos unilaterales identificados en la sección 3 *supra*.

Competencia en los mercados de sistemas de gestión

74. Las Solicitantes señalan que, a la fecha de la Solicitud, no existían SCG de EyE en Chile, pero que dada la obligación que impone la Ley REP, debiesen comenzar a constituirse sistemas, sean de carácter individual o colectivo. Así, el mercado de los sistemas de gestión de EyE no tendría barreras de entrada, ya que cualquier Productor puede gestionar sus residuos de manera individual, o bien reunirse con otros Productores para formar un sistema colectivo, no habiendo mayores trabas desde el punto de vista al ingreso al mercado.

75. Como se ha señalado en secciones previas, la Ley REP establece fuertes incentivos para que los actores gestionen sus residuos de manera colectiva, siendo el más importante el que estos puedan cumplir con las metas mediante la recolección y valorización de EyE de cualquier productor. Así, es esperable que diversos actores se sumen también a los SCG que comiencen a operar. Sobre esta materia, el informe OCDE (2016), sobre competencia en el mercado de sistemas para cumplir con la responsabilidad extendida del productor, indica que diversas autoridades de competencia tienen la visión de que cualquier restricción al establecimiento de múltiples sistemas, o a la entrada de competidores, debe ser examinada críticamente durante la fase de diseño, y si se establece alguna restricción, debe eliminarse gradualmente lo antes posible.

76. El mismo informe identifica ciertas barreras de entrada para nuevos sistemas de gestión. Existirían barreras estructurales, como costos hundidos, economías de escala y efectos de red, relacionadas con diferencias en el tamaño de los sistemas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de gestión de incumbentes y entrantes, así como barreras estratégicas, ligadas principalmente a infraestructura que puede ser esencial y a contratos exclusivos de largo plazo con empresas encargadas de la gestión de residuos. Asimismo, la OCDE señala que los costos de cambio –derivados de una integración vertical con otros actores relevantes o la estructura de tarifas cobradas a los productores– pueden también erigirse como barreras de entrada.

77. Coincidiendo con el informe OCDE (2016), este Tribunal estima que podrían surgir ciertas barreras estructurales y estratégicas a la entrada de nuevos SCG al mercado. En particular, estas últimas podrían surgir con motivo de las reglas de funcionamiento del SCG. En este sentido, más adelante se hace referencia a aquellos puntos contenidos en los Estatutos de GIRO y en las Bases de Licitación que podrían dificultar la entrada de otros SCG y de nuevos socios a GIRO.

78. Finalmente, cabe tener presente que los SCG como GIRO podrán competir por la incorporación de nuevos socios, con el objetivo de aprovechar los beneficios de contar con una mayor cantidad de miembros como, por ejemplo, optar a mejores precios en los procesos de licitaciones para el manejo de los residuos.

Mercados Conexos Aguas Arriba

79. En los mercados conexos aguas arriba, el interés de este Tribunal recae en aquellos en que dos o más competidores se encuentran como vendedores de un mismo producto, o de productos que son sustitutos.

80. Al respecto, la FNE señala que dentro de los rubros comerciales en los que participan las Solicitantes, en algunos segmentos las participaciones conjuntas alcanzarían niveles altos. Un ejemplo sería el aprovisionamiento de leche y productos lácteos, dada la participación de los socios fundadores Colún y Quillayes-Surlat, cuya participación conjunta en el mercado de elaboración de leche líquida fue de 58% en 2021. En elaboración de productos lácteos, estas empresas de forma conjunta tienen una participación alta en varios productos: 55% en quesillos; 39% en quesos; 52% en crema; 49% en mantequilla; y 67% en suero en polvo. Adicionalmente, la FNE señala que, con posterioridad a la Solicitud, se incorporaron dos asociados que también participan en esos mercados, siendo todas esas empresas competidoras entre sí.

81. Atendidos los incentivos normativos para que los Productores cumplan con las metas de recolección y valorización de los PP de forma colectiva, es de esperar que GIRO agrupará a Productores que compiten aguas arriba en los mercados

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

donde comercializan sus productos envasados, y que dicha cantidad podría aumentar. En este sentido, resulta relevante que se establezcan mitigaciones suficientes con el objetivo de que esos riesgos no se materialicen.

Mercados Conexos Aguas Abajo

82. La Fiscalía señala que “[e]n un análisis ex ante como el del presente caso, se debe prestar especial atención a las características de cada uno de los mercados en los cuales impactarán estos procesos licitatorios: su nivel de concentración, las barreras a la entrada, así como la repetición de las licitaciones” (folio 71, p. 61).

83. Con todo, este Tribunal no estima necesario ahondar en las condiciones de competencia en los mercados conexos aguas abajo, relacionados al servicio de manejo de residuos. A pesar de que las condiciones de competencia sobre la oferta de servicios de manejo de residuos pueden afectar el poder de mercado que podría ejercer el sistema de gestión colectivo, las Bases de Licitación deben contar con mitigaciones suficientes para evitar el ejercicio de dicho poder de mercado –y, por lo tanto, de hechos, actos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia– en cualquier circunstancia. Adicionalmente, dado el carácter incipiente de la implementación de la responsabilidad extendida del productor, no se cuenta con antecedentes respecto de la evolución que existirá en los mercados donde participan los gestores de residuos.

6) ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE LAS REGLAS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS ASOCIADOS Y FUNCIONAMIENTO DEL SCG

84. A continuación, corresponde analizar los Estatutos y su conformidad con las normas de libre competencia de acuerdo con el estándar fijado por la Ley REP, esto es, determinar si en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de GIRO, existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, garantizando la incorporación de todo productor del respectivo producto prioritario, en función de criterios objetivos, y la participación equitativa de productores, que aseguren acceso a la información y respeto a la libre competencia (Ley REP, artículos 20 y 26 c).

85. En particular, de acuerdo con lo señalado en el párrafo 35 de la parte considerativa, el Tribunal estima que debe resguardarse que: (i) los SCG tengan incentivos para conformarse, y los actores del mercado o productores tengan incentivos para ingresar a dichos sistemas de gestión; (ii) los SCG permitan el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

intercambio de Productores de un sistema a otro, para mantener sus incentivos a competir y a ser más eficientes una vez establecidos en el mercado; (iii) los SCG actúen en beneficio de la totalidad de sus asociados, y no en base a los intereses selectos de algunos socios; y (iv) los SCG no incentiven ni faciliten la coordinación, colusión o el traspaso de información sensible entre sus asociados.

86. Teniendo presente lo señalado, del análisis de la Solicitud y de los aportes de antecedentes allegados a este proceso, es posible identificar las siguientes materias de los Estatutos de GIRO respecto de las cuales se requiere un pronunciamiento de este Tribunal: (i) las categorías de los socios y sus derechos políticos; (ii) la restricción de derechos políticos por grupo empresarial; (iii) la determinación de la cuota de incorporación, membresía y eco-contribución, en lo que se refiere a la forma de remuneración de los costos hundidos por las Solicitantes en la conformación de la Corporación; (iv) los riesgos de traspaso de información comercialmente sensible entre miembros de GIRO; y (v) modificación de los Estatutos y objeto de la Corporación.

(i) *Categorías de socios y derechos políticos*

87. Como se indica en la parte expositiva, la segunda versión de los Estatutos de GIRO distingue entre socios fundadores y socios de número.

88. Fundamentalmente, la diferencia entre ambas categorías radica en que los socios fundadores tienen derecho a participar en la Asamblea General de socios con derecho a voto, mientras que los socios de número participan sólo con derecho a voz, salvo respecto de las materias indicadas en los numerales i) a iv) del artículo décimo séptimo, y numerales iii) a v) del artículo décimo octavo de los Estatutos. Este listado de materias excluye a los socios de número, entre otras, de las decisiones sobre aprobación de los reglamentos, protocolos y códigos necesarios para el funcionamiento de la Corporación, aprobación del modelo tarifario y de garantías, reforma de los Estatutos, disolución o fusión de la Corporación, asociación con instituciones similares y actos y contratos relativos a bienes raíces.

89. Una segunda diferencia está dada por el monto de la cuota de incorporación, que es mayor en el caso de los socios fundadores.

90. Las Solicitantes justifican la distinción entre ambas categorías de socios, en el grado de injerencia que las distintas empresas desean y pueden tener en la administración del SCG. Señalan que el diseño del SCG debe entregar los incentivos correctos para que existan Productores que quieran sumarse a la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

iniciativa desde un principio o que estén dispuestos a involucrarse activamente en su funcionamiento. Así, la diferenciación de categorías de socios permitiría evitar que el tamaño y capacidad de pago se erijan como barrera para entrar al SCG. Agregan que permite evitar el *free riding*, lo cual sería relevante dado el gran esfuerzo económico que implica la creación y puesta en funcionamiento de un SCG.

91. En resumen, según las Solicitantes, existe una razón de eficiencia económica, comúnmente aceptada en sede de libre competencia, que justifica la existencia de múltiples categorías de socios que reconozcan costos y esfuerzos asumidos por los socios que concurren desde el primer momento a la iniciativa y que participan en la operación cotidiana del SCG.

92. En relación con el monto de la cuota de incorporación, las Solicitantes agregan que la mayor cuota de los socios fundadores también se funda en la mayor injerencia que tendrán en GIRO. Esto, según las Solicitantes, sería beneficioso, por cuanto el interés de los socios de número es poder cumplir eficientemente con la Ley REP mediante su incorporación a un SCG, para lo cual tendrán mayores incentivos si su cuota de incorporación es menor. Además, de incorporarse nuevos socios fundadores en el futuro, sus cuotas de incorporación –que serán equivalentes a las cuotas de los socios fundadores originales– significarán una reducción en el monto de la membresía de todos los socios para el año particular en que se incorporen.

93. Finalmente, las Solicitantes señalan que esta estructura de socios busca replicar los modelos corporativos exitosos observados en Europa, donde un número reducido de productores participa en la gestión del SCG, pero este sirve a un número de productores mucho mayor.

94. La FNE, por su parte, cuestiona las categorías de socios propuestas por las Solicitantes. De acuerdo con este organismo, no existen fundamentos o criterios objetivos para contemplar diferencias entre socios, en específico en materias como los montos que deben pagar a la Corporación y los derechos de voto. Añade que los mayores costos que ha implicado para los socios fundadores la puesta en funcionamiento del Gransic no justifican que la participación equitativa quede supeditada a la realización de un pago adicional que permita adquirir la calidad de socio fundador, y que cualquier costo de instalación de los socios fundadores debe ser imputado a las eco-contribuciones. Esto último, con mayor razón, dado que estos costos no serían relevantes, toda vez que no superarían los 150 millones de pesos.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

95. Respecto de los costos hundidos, la Tabla 5 a continuación detalla, según información aportada por la FNE a folio 120, los costos reportados por GIRO en que habrían incurrido las Solicitantes en relación con las actividades previas a la conformación del SCG.

Tabla N° 5: Costos en que se habría incurrido en relación con las actividades previas a la conformación de GIRO, hasta julio de 2021 (en millones de pesos)

ITEM	COSTO
Consultoría	[...]
Asesoría jurídica	[...]
Asesoría comunicacional	[...]
Asesoría prensa	[...]
Apoyo en diseño	[...]
TOTAL PROYECTO GIRO	[100 - 200]

Fuente: Elaboración propia en base a documento denominado "GIRO, Respuesta oficio 1010 (segunda entrega), Inv. 2691 FNE 4879-7272-1448 v.6" acompañado por la FNE a folio 120, cuya confidencialidad se otorgó a folio 130.

96. En la misma línea que la FNE, el MMA arguye que el establecimiento de ciertos derechos diferenciados entre los socios no parece encontrarse justificado, lo que, a su juicio, no garantiza una participación equitativa en los términos exigidos por la Ley REP. El Ministerio puntualiza que *"el derecho a voto no puede estar definido a partir de la realización de un pago, sino que debería ser proporcional a la magnitud de las obligaciones que el productor delega en el sistema de gestión"*.

97. Previo a ahondar en el análisis de competencia respecto de las categorías de socios y sus derechos políticos, en opinión de este Tribunal, los socios están en su derecho a mitigar prácticas de *free riding*, tanto en la conformación como en la gestión del sistema colectivo, para asegurar que quienes gestionan la Corporación sean empresas efectivamente interesadas en su funcionamiento, evitando comportamientos oportunistas. Adicionalmente, el SCG tiene incentivos para incrementar la cantidad de socios, pues así aumentan sus probabilidades de lograr un costo menor en las licitaciones para la gestión de residuos, y así volverse más

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

atractivo en comparación con sistemas competidores. Por ello, la presente decisión velará porque los mecanismos que disponga GIRO no vulneren el principio de libre competencia contemplado en la Ley REP.

98. En opinión de este Tribunal, optar por un esquema de membresía única como el propuesto por la FNE, esto es, igual para todos los socios con el mismo costo y derechos políticos, podría desincentivar a empresas de menor tamaño, o que producen menos residuos, a entrar al SCG, ya sea por costos económicos o de transacción.

99. Por otra parte, optar por un mecanismo de pago de cuota de incorporación y de derechos políticos proporcional a la cantidad de residuos que cada empresa genere, conlleva el riesgo de mayor concentración del poder en los socios que más usan el sistema, lo que puede generar abusos respecto de quienes menos lo usan.

100. Sin embargo, en cuanto al ejercicio de derechos políticos de carácter diferenciado, los Estatutos otorgan a los socios de número la posibilidad de ejercer su derecho a voto en la Asamblea General, respecto a diversas materias contenidas en los artículos i) a iv) del artículo decimoséptimo y iii) a v) del artículo decimoctavo.

101. De esta manera, establecer categorías de socios, con cuotas de incorporación de distinto valor y derechos políticos disímiles, como se propone en los Estatutos, otorga flexibilidad, y a su vez, permite que cada empresa se autoseleccione, lo que promueve el acceso de nuevos socios, y va en línea con el incentivo que otorga la Ley REP para cumplir con las metas allí establecidas mediante el ingreso a un SCG. A este respecto, la Ley REP señala que la participación de los Productores en el SCG deber ser equitativa, y no igualitaria. En opinión de este Tribunal, la existencia de distintas categorías de socios, sujetas a cuotas de incorporación diversas no supone una vulneración a la participación equitativa de los socios, en cuanto se reconozca a la categoría inferior un ámbito de injerencia en la administración del SCG que se corresponda al esfuerzo que haya realizado y su interés en participar de la administración.

102. Adicionalmente, los Estatutos de GIRO, en su artículo séptimo, disponen que quien quiera integrarse con posterioridad puede optar por entrar ya sea como socio fundador o como socio de número, pagando la cuota de incorporación correspondiente en cada caso, por lo que los socios fundadores originales no tienen una ventaja ni existen barreras para que otros Productores puedan participar en la administración del SCG, si así lo desean.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

103. Con todo, siguiendo lo establecido en el Informe N° 26/2022 de este Tribunal, se ordenará a GIRO explicitar en sus Estatutos la posibilidad de que un socio pueda cambiar de categoría si está al día con sus obligaciones y paga el diferencial de cuota de incorporación correspondiente.

104. En cuanto a los riesgos que podría conllevar la existencia de derechos políticos diferenciados, el principal es el de sabotaje al interior de la Corporación, es decir, que los socios con más derechos obtengan ventajas actuando en su exclusivo beneficio y en perjuicio de otros socios que sean sus competidores en los mercados aguas arriba. No obstante, la libertad de elección de categoría para quien desee ingresar a la Corporación y la posibilidad de cambiar de calidad de socio mitigan este riesgo. Otro riesgo asociado a la existencia de distintas categorías es que se beneficie en particular a alguna empresa integrada verticalmente con los socios con más derechos, y que una licitación se adjudique en condiciones discriminatorias. Sin embargo, las medidas en materia de gobierno corporativo y cumplimiento normativo, los deberes de abstención en caso de conflicto de interés, la existencia de requisitos para ser nombrado como director y la incorporación de un Comité de Auditoría y de Compliance, entre otros, permiten precaver dichos riesgos.

105. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, el establecimiento de diferentes categorías de socios establecidas en los Estatutos de GIRO no impide o restringe la libre competencia.

(ii) Restricción de los derechos políticos por grupo empresarial

106. Las reglas de GIRO permiten a las distintas razones sociales de empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial disponer de un voto por cada una de esas entidades.

107. Al respecto, la Fiscalía indica que el criterio adoptado en los Estatutos puede llevar a distorsiones en el funcionamiento del Gransic, siendo el concepto de grupo empresarial un mejor parámetro desde un punto de vista competitivo.

108. Sobre el particular, las Solicitantes describen que la Ley REP y el D.S. N° 12 tratan como Productor a las personas, naturales o jurídicas, que introduzcan EyE en el mercado nacional. Así, los derechos políticos de un Productor se derivan de su calidad de socio adquirida para cumplir con metas y cargas legales, y no de su pertenencia a un grupo empresarial. Agregan que los grupos empresariales tienen estructuras corporativas que pueden ser complejas, resultando difícil definir con claridad quienes forman parte de uno, y que los intereses y administración de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial no necesariamente estarán alineados, por lo que forzar a todas ellas a consensuar su derecho a voto puede desincentivar y hacer inviable su participación en un mismo SCG.

109. Como se señaló, la FNE es partidaria de que cada grupo empresarial pueda participar en las asambleas generales con un voto, independiente del número de empresas que conformen el respectivo grupo. El órgano estatal aduce que no solo debe considerarse la regulación contenida en la Ley REP y el D.S. N° 12, sino también el D.L. N° 211, que contempla diversas disposiciones que hacen referencia a la noción de grupo empresarial (v.g., artículos 3° inciso 2° letra d), 4° bis, 26 letra c), 47 y 48), en el entendido que los agentes económicos que tienen intereses comunes deben ser tratados como una unidad. Esto –siempre según la FNE– estaría respaldado por la jurisprudencia de este Tribunal, en particular, las Resoluciones N° 63/2021 y N° 66/2021.

110. A juicio de este Tribunal, los intereses de las empresas que conforman un grupo empresarial no son necesariamente homogéneos, especialmente en relación con los objetivos trazados por la Ley REP. Lo anterior se hace aún más patente al reconocer que entre Productores relacionados pueden existir empresas que sean productoras de distintos envases y embalajes y, por lo mismo, deban cumplir metas de recolección y valorización diversas, lo que muestra que dentro de un grupo empresarial pueden coexistir productores con intereses heterogéneos en lo relativo al nivel de participación en la gestión del sistema. Por este motivo, respecto de la forma de participación de cada grupo empresarial en las asambleas generales, se determinará que cada entidad miembro de un grupo empresarial mantendrá los derechos políticos que correspondan de acuerdo con la categoría de socio por la que opte, esto es, dispondrá de derecho a voto en forma independiente. Con todo, si el grupo empresarial desea participar en GIRO como una única entidad, podrá hacerlo mediante el mecanismo contemplado en el artículo 8° del D.S. N° 12.

111. Adicionalmente, este Tribunal considera que los riesgos identificados en la parte considerativa referidos a: (i) la posibilidad de que un socio con facultades de control pueda perjudicar a algún competidor que sea parte del mismo sistema colectivo de gestión; (ii) utilice el sistema para su propio beneficio; o (iii) beneficie a alguna empresa relacionada en las licitaciones relativas a la gestión de residuos, quedan suficientemente mitigados con resguardos tales como las medidas en materia de gobierno corporativo y cumplimiento normativo, los deberes de abstención en caso de conflicto de interés, la existencia de requisitos para ser

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

nombrado director y la incorporación de un Comité de Auditoría y de Compliance, que permiten precaver dichos riesgos. De este modo, resulta innecesario recurrir a medidas como la restricción de los derechos políticos de los miembros de un mismo grupo empresarial, aun cuando estos actúen en función de un interés común.

112. En efecto, la existencia de un interés común entre ellos, tal como presume el artículo 96 de la Ley N° 18.045, no implica necesariamente que deban ser considerados como una unidad para efectos del ejercicio de sus derechos políticos en el SCG. En ese sentido, si el legislador hubiese considerado necesaria una restricción de esas características como la FNE señala, esta habría quedado expresamente establecida en la Ley REP, del mismo modo que en el D.S. N° 12 se estableció de forma expresa que para la conformación de un Gransic se requiere la concurrencia de 20 o más Productores *no relacionados*.

113. En otras palabras, el hecho que el legislador nada haya dispuesto acerca de una eventual restricción de entrada al SCG de Productores relacionados entre sí, ni condicionantes respecto de sus derechos políticos como asociados del sistema no puede entenderse como una omisión. Ni la Ley REP ni el D.S. N° 12 fijan limitación alguna a la posibilidad que un productor relacionado que no concurre a la formación del SCG, pueda posteriormente ingresar como socio al mismo sistema de forma independiente.

(iii) Determinación de la cuota de incorporación, membresía y la eco-contribución: forma de remuneración de los costos hundidos

114. Como ya se analizó *supra*, las Solicitantes han indicado que los socios fundadores deberán pagar cuotas de incorporación más altas que los socios de número, por la mayor injerencia que los primeros tienen en la administración de GIRO, para así reconocer los distintos costos y esfuerzos asumidos por cada una de las categorías de socios. Los socios fundadores tendrían mayor capacidad e interés de involucrarse en el día a día del SCG y habrían incurrido en grandes costos financieros y de recursos. Tratándose de socios fundadores futuros, las Solicitantes afirman que estos pagarán una cuota equivalente a la de los socios fundadores originales, lo que evitaría el *free riding* y, además, supondría un impacto en el valor de la membresía que pagarían todos los socios, disminuyendo el monto a pagar por los socios existentes para ese año en particular.

115. La FNE cuestiona el cobro de cuotas de incorporación diferenciadas según categoría de socio y recomienda una cuota de incorporación que solo refleje el costo directo de los gastos administrativos que devengue la incorporación del nuevo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asociado, y que sea la eco-contribución la que incorpore el resto de los costos, incluidos los hundidos.

116. Atendido que la forma de remuneración de la Corporación considera distintos tipos de pagos, a continuación, nos referiremos a estos, a saber, a la cuota de incorporación, la membresía anual y la eco-contribución.

Determinación de la cuota de incorporación y membresía anual

117. Según las Solicitantes, al entrar al Gransic cada productor deberá pagar una cuota de incorporación que, a partir del segundo año de permanencia se denomina membresía (Solicitud, folio 28, p. 42). Esta tendría por objeto cubrir los gastos administrativos de la Corporación tales como remuneraciones, arrendamiento de oficinas, entre otros.

118. De acuerdo con la última versión de los Estatutos, la membresía anual se calcula “*considerando el tamaño del correspondiente Productor y los costos administrativos totales de la Corporación en función a la totalidad de los socios*” (Estatutos, artículo séptimo, iii). De acuerdo con el plan de gestión, en este cálculo también se considerará el tiempo que el socio lleva participando en el SCG (Plan de Gestión, 5.1.1).

119. Por su parte, los mismos Estatutos señalan que la cuota de incorporación de los socios fundadores “*será determinada de acuerdo con criterios objetivos de aplicación general, transparentes y previamente informados a aquellos Productores que deseen incorporarse a la Corporación, garantizando el pleno respeto a la normativa vigente sobre Libre Competencia*” (Estatutos, artículo séptimo, ii). Asimismo, se dispone que una vez pagada la cuota de incorporación, el nuevo socio fundador estará relevado de su obligación de pagar la membresía durante el primer año calendario. Para los socios de número, la cuota de incorporación será equivalente al valor de la membresía, la que se determinará al momento de ingreso del nuevo socio de número y, al igual que los socios fundadores, durante el primer año calendario, el nuevo socio de número estará relevado de su obligación de pagar la membresía. A su vez, el artículo segundo transitorio de los Estatutos dispone que el aporte efectuado previo a la constitución de la Corporación por quienes firmen el acta de constitución se imputará a la cuota de incorporación de socio fundador o de número, según corresponda. El monto de esa cuota de incorporación no está determinado aún o, al menos, no ha sido informado en autos.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

120. La FNE formula observaciones en esta materia. Plantea que la cuota de incorporación debería reflejar los costos directos de la revisión de la documentación y una vez incorporado el socio, todo costo, incluido los hundidos deberían reflejarse en las eco-contribuciones. La Fiscalía rechaza el argumento planteado por las Solicitantes consistente en que la consideración de aspectos administrativos pueda complejizar el cálculo de las eco-contribuciones y, además, no existiría una limitación regulatoria, económica o fáctica para que dichos costos administrativos sean incorporados como un factor en la determinación de las eco-contribuciones.

121. Por su parte, el MMA considera que la cuota de incorporación y la membresía podrían limitar el acceso a los Productores sin una justificación clara. Agrega que respecto de la cuota de incorporación solo se establecen criterios vagos y no resulta claro qué órgano será el responsable de la determinación final de su valor.

122. De estas reglas se desprende que la cuota de incorporación de los socios fundadores respondería a variables distintas a los meros costos administrativos del SCG y que su mayor valor respecto de la membresía supondría una especie de pago por el control de GIRO, que no estaría justificado en costos de administración del SCG o en los costos hundidos incurridos por los socios fundadores en la conformación del SCG. En efecto, las Solicitantes afirman que la cuota de incorporación de los socios fundadores es más alta por *“la mayor injerencia que los socios fundadores tienen en GIRO”* (idem) y por un reconocimiento de *“los costos y esfuerzos asumidos por los socios que concurren desde el primer momento a esta iniciativa y que participan en la operación cotidiana del SGC”* (ibíd., p. 17).

123. A lo anterior se agrega lo antes señalado en cuanto a que la cuota de incorporación de un socio fundador futuro tendría un impacto en el valor de la membresía que pagarían todos los socios, disminuyendo el monto a pagar por los socios existentes para ese año en particular en que se sume un nuevo socio fundador (folio 97, p. 19). Puede concluirse, así, que la cuota de incorporación de un socio fundador futuro corresponderá simplemente al pago de una suma idéntica de la pagada por los socios fundadores originales, que se descontará de los costos usuales de administración de GIRO, sin relación alguna con costos hundidos.

124. En opinión de este Tribunal, la revisión de la estructura de la gobernanza de la Corporación en relación con la libre competencia permite otorgar un cierto grado de libertad a las Solicitantes para que se organicen de la manera que estimen conveniente, sujeta a los límites establecidos por la Ley REP, esto es, garantizar la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incorporación de todo Productor de un producto prioritario, en función de criterios objetivos, y la participación equitativa de Productores, con respeto a la libre competencia. Adicionalmente, debe considerarse que se trata de un mercado incipiente, donde los SCG que se organicen deberán competir por atraer socios.

125. Con todo, el valor de la cuota de incorporación podría impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, en caso de que su monto significara una barrera de entrada o un impedimento a la movilidad de los socios respecto de las categorías establecidas en los Estatutos. Por lo mismo, no puede ser determinada simplemente sobre la base de criterios generales o abstractos, como se establece hoy en los Estatutos, sino que debe fundamentarse en un análisis de costos y riesgos, para asegurar que se hayan utilizado criterios objetivos y no discriminatorios, en lugar de la mera disposición a pagar del postulante a ingresar al SCG. Este análisis y datos deben ser conocidos por los postulantes con antelación a su incorporación. Asimismo, debe señalarse explícitamente el órgano que quedará a cargo de la determinación de la cuota de incorporación de los socios fundadores, ya sea el Directorio o la Asamblea General.

126. Por su parte, la membresía anual, deberá determinarse en forma proporcional a la cantidad de envases introducidos en el mercado por cada productor.

127. Las distintas cuotas de incorporación y las membresías deberán ser informadas anualmente a sus asociados y a quienes quieran ingresar a GIRO.

Modelo tarifario y Eco-contribuciones

128. En materia de modelo tarifario, las Solicitantes indican que este será puesto en conocimiento de los asociados al menos un mes antes de que entre en funcionamiento GIRO, y que se seguirán los procesos indicados en los Estatutos para su aprobación. Sin perjuicio de lo anterior, las Solicitantes estiman que no es necesario establecer en los Estatutos este plazo, ya que solamente sería aplicable a la primera presentación del modelo tarifario.

129. Respecto a la determinación del modelo, las Solicitantes hacen presente que seguir la sugerencia de la FNE de establecer un panel técnico conlleva altos costos y que podría complejizar actualizaciones y modificaciones simples por la necesidad de contratar y remunerar a individuos escasos y difíciles de identificar. No obstante, hacen presente que el modelo tarifario está siendo elaborado por un consultor externo, que será el operador del SCG, pero que una vez que la Corporación se

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

encuentre operativa, y corresponda actualizarlo, el directorio podrá contar con las asesorías que estime pertinentes.

130. En relación con esta materia, este Tribunal considera que la elaboración de un modelo tarifario inicial por un tercero contratado por los socios de GIRO no supone una afectación a la libre competencia, en cuanto ese desarrollo se conforme a parámetros objetivos y conocidos por todos los socios. Adicionalmente, al haberse acogido la recomendación de la FNE de elevar el quórum de aprobación en el directorio del modelo tarifario a un 75%, ella necesariamente requerirá la concurrencia de al menos uno de los directores nombrados por los socios de número.

131. Sin perjuicio de lo anterior, se ordenará que los Estatutos contemplen expresamente en una norma transitoria, que el primer modelo tarifario sea puesto en conocimiento de los asociados en el plazo ofrecido por las Solicitantes, esto es, un mes antes de que entre en funcionamiento el SCG, y que este deberá ser aprobado en la forma establecida en los mismos Estatutos, esto es, por un 75% del Directorio de la Corporación, y luego por dos tercios de los socios fundadores reunidos en Asamblea General.

132. Respecto del valor de las eco-contribuciones, el artículo 20 del D.S. N° 12 dispone que *“los productores que integren un sistema colectivo de gestión deberán financiar dicho sistema en forma proporcional a la cantidad de envases introducidos al mercado por cada productor”*.

133. Las Solicitantes indican que, a diferencia de lo propuesto por la FNE, la cuota de incorporación o la membresía obedecen a la necesidad de cubrir gastos administrativos, mientras que la eco-contribución está asociada al costo real de la gestión de los residuos de EyE y será calculada tomando en consideración solo aspectos operativos de GIRO. Agregan que atendido lo dispuesto en el referido artículo 20, se debe considerar el costo que tiene dar cumplimiento a las metas de recolección y valorización de los respectivos EyE, y considerar ciertos criterios de ecodiseño, lo que no sería un proceso sencillo.

134. Como se desprende del citado artículo 20 del D.S. N° 12, la normativa regula cómo deben distribuirse los costos de la corporación, de modo que resguarda posibles abusos en esta materia por parte de los miembros que introducen mayor cantidad de residuos EyE respecto de quienes introducen una proporción menor.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

135. En opinión de este Tribunal, las eco-contribuciones, esto es, las tarifas a pagar por el costo de gestión por parte de los Productores de EyE a GIRO, debieran reflejar el costo de cada unidad de medida de EyE que entra al sistema. En este entendido, el modelo tarifario que se contempla en los Estatutos para determinar dicho valor deberá entregar una única eco-contribución a pagar por unidad de EyE, la cual podrá ser diferente según el material de que se trata (cartones, vidrio, u otro tipo de envases y embalajes de aquellos establecidos en el artículo 5° del DS N° 12); pero igual para todos quienes produzcan el mismo tipo de EyE.

136. Adicionalmente, este Tribunal ordenará que, si GIRO actúa solo como sistema de monitoreo para el caso de residuos no domiciliarios, la eco-contribución correspondiente debiera reflejar únicamente los costos de esa actividad, excluyendo todo costo que se vincule a los residuos domiciliarios.

137. Finalmente, se ordenará que se incorpore en los Estatutos un mecanismo simplificado de resolución de controversias técnicas entre los socios del SCG respecto de la aplicación del modelo tarifario y de garantías, el cual deberá estar a cargo de un panel de a lo menos tres miembros que cumplan con requisitos de idoneidad, independencia y probidad. Este mecanismo operará sin perjuicio del derecho de los socios a recurrir al procedimiento arbitral contemplado en el artículo quincuagésimo de los Estatutos.

(iv) Riesgos de traspaso de información entre los miembros de GIRO

138. La FNE señala que la participación de competidores dentro de GIRO puede suscitar riesgos coordinados en los segmentos en que los socios ejercen sus principales actividades económicas.

139. En efecto, siguiendo lo señalado en la sección 3 *supra*, los acuerdos de colaboración conjunta entre productores pueden afectar los niveles de competencia en los mercados donde participan, ya que facilitan la coordinación entre los agentes. En el presente caso, por ejemplo, podrían existir riesgos de traspaso de información entre dos o más socios que participen de los mismos mercados aguas arriba, lo que facilitaría la materialización de prácticas colusorias como la fijación de precios o de cuotas de mercado, afectando así a los consumidores de dichos mercados. Asimismo, el traspaso de información estratégica posibilita que surjan efectos anticompetitivos cuando hace posible que las empresas que participan de estos acuerdos tengan conocimiento de estrategias de mercado de sus competidores.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

140. En términos de los riesgos de traspaso de información aplicados al contexto de la responsabilidad extendida del productor, el informe OCDE citado *supra* sostiene que la formación y funcionamiento de los sistemas de gestión pueden tener efectos indirectos que perjudiquen la competencia en los mercados donde los productores que participan de esos sistemas de gestión ofrecen sus productos. En particular, indica que los productores pueden utilizar los sistemas de gestión ya sea como cobertura para reuniones colusorias o utilizando un exceso de tarifas para aumentar el precio de los productos.

141. En esta materia, la Fiscalía realizó una serie de recomendaciones con el objetivo de mitigar los riesgos de intercambio de información entre los socios de GIRO, algunas de las cuales fueron acogidas por las Solicitantes.

142. A pesar de lo anterior, este Tribunal estima necesario que se incorporen otras recomendaciones de la Fiscalía que no fueron acogidas por las Solicitantes, a saber: (i) debe existir un deber explícito de no intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente fuera de las asambleas generales de GIRO y sus organismos formales; (ii) debe suscribirse un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que se reciba; debiendo reportarse a las autoridades públicas que corresponda la infracción a dicho acuerdo, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de GIRO; y (iii) el manejo de la información relevante debe externalizarse en los términos de la Guía sobre Asociaciones Gremiales de la FNE, o bien, llevarse a cabo por el Contralor o por el Comité de Auditoría y de Compliance. A este respecto, el agente externo, el Contralor o el Comité de Auditoría y de Compliance agrupará y anonimizará la información que deba ser entregada a las demás entidades y organismos de GIRO, como el Directorio, la Gerencia General y las Asambleas, y además, deberá informar en forma previa, a través de correos electrónicos individuales, a cada socio que aportó información, una versión preliminar de la información que se entregará, a fin de que efectúe sus observaciones, de existir, dentro de un plazo razonable.

(v) *Modificación de los Estatutos y del objeto de la Corporación*

143. El MMA ha planteado que las Solicitantes deben precisar el objeto de la Corporación, describiendo más detalladamente en los Estatutos lo relacionado a la gestión de residuos de envases no domiciliarios, estableciendo que esta actividad se desarrollará mediante el modelo *monitoring* y la celebración de convenios con consumidores industriales.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

144. A este respecto, este Tribunal ordenará que los Estatutos expliciten que el SCG podrá suscribir convenios con consumidores industriales para la gestión de residuos no domiciliarios, en los términos establecidos en la Ley REP.

145. Por último, en lo referido a residuos no domiciliarios, se ordenará que, en caso de que la Corporación decida gestionar directamente los residuos de sus asociados, ya sea por abandono, ya sea como complemento del sistema de *monitoring*, el SCG deberá someter las respectivas bases de licitación necesarias para la gestión de esos residuos al conocimiento del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley REP.

7) ANÁLISIS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

146. En lo que sigue, se analizará si las Bases de Licitación acompañadas en estos autos, en su segunda versión, contienen cláusulas que pueden impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

147. En particular, de acuerdo con lo señalado en la sección 3 de este Informe, el Tribunal debe resguardar que las licitaciones efectuadas por el SCG no incorporen criterios que estén alineados con objetivos distintos a lograr el menor costo por los productos o servicios que son licitados. En particular, las Bases de Licitación: (i) no pueden incorporar criterios de evaluación que beneficien o favorezcan la adjudicación a un actor, o grupo de actores en particular, relacionado con uno o más socios del SCG; (ii) no pueden excluir de manera injustificada a un proveedor que pueda prestar los servicios solicitados de manera competitiva; (iii) deben precaver que no se generen riesgos explotativos, una vez que la licitación se encuentre adjudicada y el servicio operando; y (iv) deben evitar el riesgo de colusión en licitaciones.

148. Las Solicitantes recogieron diversas aprensiones de los aportantes de antecedentes, en especial las de la FNE. En efecto, las Bases sometidas a conocimiento de este Tribunal adoptan licitaciones en dos etapas. En la primera, se evalúa el cumplimiento de una nota mínima de la oferta técnica para, luego, en una segunda etapa, ponderar las ofertas económicas de los oferentes que hayan superado la primera. Finalmente, se adjudica la licitación a aquel oferente con la mejor oferta económica.

149. Sin perjuicio de lo anterior, aún hay materias cuestionadas desde el punto de vista de la libre competencia, en conjunto con otros puntos que, a juicio del Tribunal, son necesarios de abordar. Estos corresponden a: (i) la participación de consorcios

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o *joint ventures*; (ii) los requisitos de experiencia de los oferentes; (iii) la participación de empresas relacionadas con los socios; (iv) los convenios del SCG con municipalidades o asociaciones de estas; (v) el régimen de garantías y seguros; (vi) el plazo para presentar ofertas; (vii) la modificación de las Bases; (viii) la exigencia de capital propio superior al 15% de la oferta económica; (ix) el rechazo de ofertas de empresas cuya gestión en contratos previos no haya sido calificada como satisfactoria; (x) el procedimiento y requisitos para el nombramiento del Comité de Evaluación; (xi) la duración de contratos; y (xii) el mecanismo de desempate.

(i) Participación de consorcios o joint ventures

150. En línea con lo señalado en el Informe N° 26/2022 de este Tribunal, y con el objetivo de disminuir barreras a la entrada y promover la competencia, se solicitará a GIRO que incorpore explícitamente en sus Bases de Licitación la posibilidad de que potenciales oferentes puedan presentarse conjuntamente bajo la figura del consorcio. Para esto, los oferentes deberán acreditar la existencia del respectivo acuerdo de colaboración y, para el caso de adjudicarse la licitación, obligarse a constituirse como una sociedad de objeto único para la ejecución del contrato en un plazo determinado, el cual deberá quedar establecido en las respectivas Bases.

(ii) Requisitos de experiencia

151. En su último aporte de antecedentes la FNE señala que, a pesar de que las Solicitantes adoptaron el modelo sugerido de dos etapas, las especificaciones del criterio técnico de experiencia del oferente en un determinado servicio podrían generar barreras a la entrada innecesarias que solamente beneficiarían a actuales incumbentes, disminuyendo la presión competitiva en los procesos de licitación. En este sentido, indica que en el Informe N° 26/2022 se dispuso la eliminación del requisito de experiencia en las bases de licitación de instalaciones de recepción y almacenamiento; y que este Tribunal ha considerado que la experiencia que se debe exigir debe ser la considerada “relevante”, la cual no necesariamente corresponde al rubro del servicio licitado (Sentencia N° 77/2008).

152. Las distintas Bases de Licitación acompañadas en autos contemplan, dentro de los antecedentes técnicos que deben incluir los oferentes, una declaración simple de experiencia en el servicio licitado, que opera como requisito de admisibilidad. A modo de ejemplo, las Bases del servicio de operación de IRAs contemplan una declaración simple de “*experiencia en IRAs y/o experiencia, desde el punto de vista logístico, de operar una red de vehículos y tener personas para recolección y transporte*”, y servicios ejecutados y en ejecución.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

153. En este caso, el Tribunal solicitará eliminar el requisito de experiencia señalado en las distintas Bases de Licitación, pues no existen antecedentes en autos que den cuenta de las razones por las cuales este requisito podría ser necesario. Atendida la falta de justificación para requerir experiencia, otorgarle mayor puntaje a esta, podría dar ventajas a quienes hoy tienen la infraestructura necesaria y prestan el servicio y con ello afectar el proceso competitivo.

(iii) Participación de empresas relacionadas a los socios

154. Las Bases de Licitación y los Estatutos sometidos a conocimiento del Tribunal incorporan medidas que permiten mitigar los riesgos de participación de empresas relacionadas a los socios de GIRO en las licitaciones. En este sentido, las Bases de Licitación establecen que *“quienes integren el Comité de Evaluación Independiente deberán declarar que no tienen conflictos de interés, presentando una declaración de conflictos de interés y asimismo una declaración de intereses a la Corporación al inicio del proceso de Licitación. Con todo, deberán declarar la existencia de un conflicto de interés respecto de uno o más procesos de licitación y/o los gestores correspondientes tan pronto tomen conocimiento del mismo, debiendo, en cualquier caso abstenerse de cualquier evaluación, decisión o pronunciamiento durante el proceso de Licitación respecto de la cual tengan o puedan tener un conflicto de interés.”*

155. Por su parte, los Estatutos señalan que *“en el caso que un socio se encuentre verticalmente integrado con empresas del rubro de gestión de residuos, se prohíbe a dicho socio participar en la votación, debiendo abstenerse de la misma, respecto de aquellas materias en que se discutan o decidan temas relativos al gestor relacionado”*, regla que se replica tanto para los socios fundadores, como los socios de número.

156. Sin perjuicio de lo anterior, de la misma forma que en el Informe N° 26/2022, se ordenará que los Estatutos agreguen que los socios que, por estar integrados verticalmente directamente o a través de una compañía relacionada, así como los directores y altos ejecutivos que puedan enfrentar conflictos de interés reales, deberán abstenerse de participar en cualesquiera decisiones en que tengan interés, debiendo constar ello por escrito.

157. En caso de que en las licitaciones participen empresas relacionadas a uno o más de los socios del SCG, se exigirá que, de adjudicarse un contrato, la adjudicataria deberá conformarse como una empresa independiente con patrimonio propio.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) Convenios con municipalidades

158. En su aporte de antecedentes, la Fiscalía se refiere a ciertas opacidades que existirían respecto de los convenios con que pueden suscribir los Gransic con municipalidades o asociaciones de municipalidades. Por su parte, refiriéndose a lo contemplado en la regulación y lo contemplado en documentos de GIRO, indica que es evidente que sobre estos procedimientos y convenios no existe ninguna regulación que vele por posibles riesgos de libre competencia.

159. Esta falta de regulación, según la FNE, no sólo se da respecto a la determinación del Gransic con el que se celebrarán los convenios, sino también sobre su contenido, pudiendo incorporarse en estos convenios cláusulas que generen considerables efectos exclusorios. Agrega que, incluso en el escenario de que el convenio no contenga disposiciones exclusorias, el MMA ha manifestado que podría rechazar un plan de gestión que incluya recolección respecto de zonas ya cubiertas por un Gransic.

160. Bajo ese contexto, la FNE señala que el único resguardo en términos de competencia es el ejercicio de la potestad preventiva de este Tribunal, de conformidad al artículo 18 N° 7, en relación a los artículos 2° y 5°, todos del D.L. N° 211, en términos de adoptar las medidas que considere pertinentes para el resguardo de la libre competencia de los mercados. Al respecto, sostiene que es posible establecer medidas para mitigar los riesgos en esta materia, los que se detallaron en el párrafo 129 de la parte expositiva.

161. Por su parte, a folio 124, Msur sostiene que la Ley REP y su reglamento regulan expresamente la relación entre un sistema de gestión y una municipalidad o asociaciones de municipalidades, excluyéndolas de los procesos licitatorios que el sistema debe llevar a cabo.

162. El planteamiento de la FNE es plausible, porque la falta de reglas en esta materia podría dar lugar a la introducción de cláusulas de exclusividad, al cobro de precios mayores por servicios similares o a tratos preferentes respecto de los municipios, en desmedro de los gestores de residuos, todo lo cual podría afectar la competencia y competencia en procesos de licitación convocados por los SCG.

163. Para mitigar estos riesgos, y considerando lo señalado por Msur, GIRO deberá incorporar en sus Estatutos, o en el plan de gestión, las siguientes sugerencias de la Fiscalía respecto de las reglas de funcionamiento con las municipalidades o las asociaciones de municipalidades, en los siguientes términos:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (i) La prohibición de pactar exclusividades –tanto explícitas como de facto– en los convenios que suscriba con municipios o asociaciones de estas.
- (ii) La obligación de prever un plazo máximo de vigencia en los eventuales convenios con las municipalidades o asociaciones de municipalidades que no exceda los tiempos máximos de duración que tendrá para contratar con gestores, según el tipo de servicio que preste la municipalidad o asociación de estas de acuerdo con el respectivo convenio.
- (iii) La facultad de determinar cuál o cuáles servicios desea contratar vía convenio con las municipalidades o asociaciones de municipalidades, sólo en la medida que éstos le faciliten la implementación de la Ley REP, sin que esté obligada a contratar uno, varios o la totalidad de aquellos que se ofrezcan por estas.
- (iv) Los convenios deberán contemplar mecanismos efectivos de auditorías respecto de los cobros que efectúen las municipalidades o asociaciones de municipalidades por los servicios que éstas presten, para asegurar la debida transparencia en el mercado.

(v) *Régimen de garantías y seguros*

164. Las Solicitantes han indicado que no es posible al momento de la presentación de folio 97– determinar los montos de las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento, ni tampoco del seguro de responsabilidad civil. GIRO añade que el único valor que podría definirse actualmente es el de la garantía de seriedad de la oferta, pero atendida la incertidumbre nacional e internacional, sumada a la intención de contar con Bases de Licitación que puedan utilizarse en los próximos años, se consideró que no era prudente predeterminedar estos valores o rangos. Sin embargo, afirma que en cada proceso concreto se incluirá un monto específico o una tabla con rangos escalonados según el tamaño del oferente.

165. Respecto al monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato y del seguro de responsabilidad civil que, dado que aún no se tiene un detalle de los procesos de licitación, no les es posible entregar un valor estimado, pero reitera que ambos estarán determinados o serán determinables en base a criterios objetivos al momento de iniciarse cada proceso licitatorio, permitiendo a los gestores incorporar dichos antecedentes en su evaluación y oferta.

166. La FNE cuestiona la posición de las Solicitantes, en consideración a que las Bases de Licitación deben contener toda la información útil para que los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participantes puedan efectuar ofertas informadas. Señala que las excusas para no informar el monto de la garantía de fiel cumplimiento y el valor al cual se extenderá el seguro de responsabilidad civil no resultan razonables, toda vez que, tampoco GIRO ha incluido los parámetros objetivos para alcanzar esos montos, a pesar de que se podría deducir que alguno de esos factores es de su conocimiento al haber sido indicados en escrito de folio 97. Finalmente, afirma que no señalar el valor de la garantía de seriedad de la oferta resulta antojadiza porque se trata de un monto que según la misma SCG GIRO “podría definirse en estos momentos”.

167. Para el correcto análisis de las Bases de Licitación desde el punto de vista de la libre competencia, es necesario contar con información relativa los montos de las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento, así como del seguro de responsabilidad civil. En abstracto, la libre competencia exige que esas garantías, así como el monto del seguro, no sean excesivas, esto es, que el monto al cual ascienden no supere lo necesario para cubrir el riesgo de que se trata en uno y otro caso, y de esa forma no disuadan innecesariamente la participación de interesados en la licitación, que pudieran verse excluidos por no contar con el respaldo financiero requerido.

168. Ante la falta de antecedentes en autos, y asumiendo que se trata de un mercado incipiente sujeto a ciertos grados de incertidumbre, no se privará a GIRO de la obtención de un informe favorable de este Tribunal, pero se ordenará que, con una razonable antelación a cualquier acción destinada a la realización de las licitaciones requeridas, GIRO deberá poner en conocimiento de la FNE los montos y valores fijados por estos conceptos, o los criterios bajo los cuales serán definidos.

(vi) Plazos para presentar ofertas en los procesos de licitación

169. La FNE ha recomendado que las Bases de Licitación establezcan un tiempo suficiente entre el llamado a licitación y la presentación de ofertas, el cual podría variar entre las distintas Bases de Licitación en atención a la complejidad específica en la prestación de los servicios involucrados, a efectos de evitar que posibles interesados puedan quedar fuera por no alcanzar a elaborar su oferta.

170. Las Solicitantes señalaron que acogían la solicitud de la FNE en el sentido de agregar un plazo mínimo para la presentación de las ofertas, sin embargo, este hito se encuentra en blanco en las Bases de Licitación sometidas al conocimiento de este Tribunal.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

171. Por lo mismo, y en concordancia con lo planteado con la Fiscalía, se ordenará que el plazo mínimo para presentar ofertas sea de al menos 30 días corridos desde la entrega de las respuestas a las preguntas efectuadas por los potenciales interesados.

(vii) *Modificación de las Bases de Licitación*

172. En cuanto a la modificación de las Bases de Licitación, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 24 de la Ley REP, esta magistratura considera que existe una obligación legal de someter a conocimiento de este Tribunal cualquier modificación a las Bases que pueda incidir en aquellos criterios dispuestos en el presente Informe.

173. Sin perjuicio de ello, para mayor claridad, se establece el deber de GIRO de contar con un informe favorable del Tribunal previo a la implementación de cualquier reforma a las Bases de Licitación, que declare que no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

(viii) *Exigencia de capital propio superior al 15% de la oferta económica*

174. El MMA expuso que dentro de los requisitos que deben cumplir los oferentes se incluye contar con un capital propio tributario superior al 15% de su oferta económica con IVA incluido, lo que a su parecer constituye una barrera a la entrada, y no se justifica, puesto que los riesgos ya se encuentran cubiertos por las garantías y seguros contemplados en las Bases de Licitación.

175. Esta magistratura coincide con lo señalado por el MMA y, por tanto, ordenará eliminar dicho requisito, ya que es innecesario y podría constituir una barrera a la entrada, teniendo además en consideración la existencia de garantías.

(ix) *Rechazo de ofertas de empresas cuya gestión en contratos previos no haya sido calificada como satisfactoria*

176. Las Bases de Licitación contemplan que podrán no ser aceptados como oferentes o integrantes, aquellas personas cuya gestión en contratos anteriores no haya sido calificada como satisfactoria por el convocante, que por ejemplo hayan implicado aplicación de multas por atraso hasta el límite establecido para cada concepto, cobro de boletas de garantía, terminación anticipada parcial o total del Contrato y otros incumplimientos graves.

177. Al respecto, el MMA estima que este es un mecanismo que genera barreras innecesarias a la entrada de competidores, y que –en los términos señalados en las Bases– es en extremo indeterminado y arbitrario.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

178. Este Tribunal concuerda con el MMA en cuanto a que dicho requisito puede erigirse como una barrera de entrada, pues no contempla de manera explícita los factores que determinan que la gestión en contratos anteriores sea catalogada como “no satisfactoria”. No obstante, parece razonable que, con el interés de adjudicar la licitación a gestores que hayan llevado ejecutado de forma correcta el servicio licitado, el SCG considere su desempeño en contratos previos.

179. A partir de lo anterior, este Tribunal ordenará a GIRO que las Bases de Licitación contengan un listado taxativo, y no ejemplar, de casos en que la ejecución de contratos previos sea considerada como no satisfactoria.

(x) Procedimiento y requisitos para el nombramiento del Comité de Evaluación

180. El MMA sugiere establecer un procedimiento y requisitos objetivos para el nombramiento de los integrantes del Comité de Evaluación. Plantea que se establecen diversos procedimientos mediante los cuales se elegirá a los integrantes del Comité de Evaluación, *“según se estime más apropiado para el mejor desarrollo del proceso y la magnitud de la Licitación por el Convocante, sin perjuicio de lo cual la elección de sus integrantes, según corresponda a cada caso, será determinada por el Directorio de la Corporación.”* A su parecer, esto implica que el procedimiento no es objetivo ni conocido con anterioridad a la evaluación, dependiendo de un juicio subjetivo.

181. Al respecto, este Tribunal no acogerá la sugerencia del MMA, atendido que se considera suficiente el resguardo consistente en reglas de abstención para los integrantes de este Comité en caso de conflictos de interés, reseñadas en el párrafo 154 de la parte considerativa.

(xi) Duración de contratos

182. Respecto a la suscripción de los contratos, el MMA indica que, en cuanto a la duración de los mismos, se sugiere establecer un plazo fijo o un rango más acotado, que permita a los oferentes ponderar si están en condiciones de cumplir adecuadamente en el plazo establecido.

183. Las Solicitantes señalan que, dado el estado del proceso y avance de la puesta en marcha del SCG y la situación de la industria, no sería posible determinar en este momento un plazo de vigencia para los contratos de manera genérica. Por ello, sostienen que se dejó abierto con el fin de poder evaluar las condiciones de mercado al momento de cada licitación, reafirmando que, en todo caso, tal plazo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estará definido y determinado al momento de iniciar cada proceso. Finalmente, agregan que para establecer tales plazos se considerarán las reglas establecidas por la normativa de la Ley REP, por ejemplo, la duración máxima de cinco años en el caso de recolección.

184. En lo que se refiere a este tema, el Tribunal considera que la duración de contratos puede ser más extensa producto de factores como la necesidad de recuperar la inversión para proveer un servicio, permitiendo que todos quienes estén interesados puedan participar de la licitación, y no sólo quienes cuenten con la infraestructura de antemano. No obstante, por otro lado, un contrato de duración más acotada puede disminuir el incentivo a adoptar estrategias de exclusión por parte de quienes se adjudiquen el contrato respecto de sus rivales y, además, disminuye la incertidumbre que genera la volatilidad del valor de insumos o materiales necesarios para ejecutar un servicio.

185. Sin perjuicio de lo anterior, atendido que los factores que pueden incidir en la determinación del plazo de un contrato son variados y la existencia de límites en la legislación, no se ordenará una duración específica, sin perjuicio de ordenar que GIRO informe a la FNE los plazos que defina, con una antelación razonable al llamado a la respectiva licitación.

(xii) Mecanismo de desempate

186. Las Bases de Licitación establecen que el o los oferentes a los que se le adjudique un contrato, según corresponda a cada caso, serán aquellos que, habiendo cumplido con todos los requisitos exigidos, hayan obtenido los mejores resultados luego del método de evaluación y calificación descritos contemplado en las Bases. No obstante, las mismas no abordan cómo se solucionará un posible empate entre oferentes.

187. Por este motivo, este Tribunal solicitará que quede establecido el mecanismo de desempate en las Bases de Licitación. Dicho mecanismo puede consistir en mejorar la oferta económica, considerar puntajes técnicos u otro que el sistema de gestión quiera adoptar, siempre que esta sea objetiva, no discriminatoria y esté adecuadamente justificada.

III) CONDICIONES

Las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de GIRO, así como las Bases de Licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros sometidas al conocimiento del Tribunal, en su

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

versión ofrecida a folio 97, no impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, siempre que incorporen las siguientes modificaciones:

A. Respetto de las reglas para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de GIRO

1. Se debe incorporar a los Estatutos explícitamente la posibilidad de que los socios puedan cambiar de categoría sin más requisitos que (i) estar al día con sus obligaciones y (ii) pagar el diferencial de la cuota de incorporación correspondiente.
2. La determinación de la cuota de incorporación deberá estar fundamentada en un análisis de costos y riesgos, para asegurar que esta se fije en base a criterios objetivos y no discriminatorios, el que deberá ser conocido por los postulantes con antelación a su incorporación a GIRO. Además, deberá señalarse explícitamente el órgano a cargo de la determinación de la cuota de los socios fundadores, ya sea el Directorio o la Asamblea General.
3. La membresía deberá calcularse en forma proporcional a la cantidad de envases introducidos en el mercado por cada productor.
4. Las distintas cuotas de incorporación y las membresías deberán ser informadas anualmente a los asociados de GIRO y a quienes quieran ingresar a la Corporación.
5. Los Estatutos deberán contemplar expresamente en una norma transitoria que el primer modelo tarifario será puesto en conocimiento de los asociados un mes antes de que el sistema colectivo de gestión entre en funcionamiento. Este deberá ser aprobado por un 75% del Directorio de la Corporación y, luego, por dos tercios de los socios fundadores reunidos en Asamblea General.
6. Las tarifas asociadas al costo de gestión a pagar por parte de los socios a GIRO debieran reflejar el costo de cada unidad de medida de EyE que entra al sistema. En este entendido, el modelo tarifario que se define en los Estatutos para determinar dicho valor deberá establecer una única eco-contribución a pagar por unidad de medida de EyE, la cual podrá ser diferente según si se trata de cartones, vidrio, u otro tipo de envases y embalajes; pero igual para todos quienes produzcan el mismo tipo.
7. En la medida en que GIRO actúe solo como sistema de monitoreo respecto de residuos no domiciliarios, la eco-contribución correspondiente deberá reflejar

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

únicamente los costos de dicha actividad, excluyendo todo costo vinculado a los residuos domiciliarios.

8. Se deberá incorporar en los Estatutos un mecanismo simplificado de solución de controversias técnicas respecto del modelo tarifario y de garantías entre los socios del sistema de gestión colectiva, el cual deberá estar a cargo de un panel de a lo menos tres miembros, que cumplan con requisitos de idoneidad, independencia y probidad. Este mecanismo operará sin perjuicio del derecho de los socios a recurrir al procedimiento arbitral contemplado en los Estatutos.
9. Se deberán adoptar los siguientes resguardos respecto a la protección de información:
 - (i) debe existir un deber explícito de no intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente fuera de las Asambleas Generales de GIRO y sus organismos formales;
 - (ii) debe suscribirse un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que se reciba; debiendo reportarse a las autoridades públicas que corresponda la infracción, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de GIRO;
 - (iii) el manejo de la información relevante debe externalizarse en los términos de la Guía sobre Asociaciones Gremiales de la FNE, o bien, llevarse a cabo por el Contralor o por el Comité de Auditoría y Compliance. A este respecto, el agente externo, el Contralor o el Comité de Auditoría y Compliance agrupará y anonimizará la información que deba ser entregada a las demás entidades y organismos de GIRO, como el Directorio, la Gerencia General y las Asambleas, y además, deberá informar en forma previa, a través de correos electrónicos individuales, a cada socio que aportó información, una versión preliminar de la información que se entregará, a fin de que efectúe sus observaciones, de existir, dentro de un plazo razonable.
10. Se deberá explicitar en los Estatutos que el sistema de gestión colectiva podrá suscribir convenios con consumidores industriales para la gestión de residuos no domiciliarios, en los términos establecidos en la Ley REP.
11. En caso de que la Corporación decida gestionar directamente los residuos no domiciliarios de sus asociados, deberá someter las respectivas bases de licitación al conocimiento del Tribunal.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

12. Los socios que por estar integrados verticalmente directamente o a través de una compañía relacionada, puedan enfrentar conflictos de interés, deberán abstenerse de participar en decisiones en que tengan tales conflictos, debiendo constar ello por escrito.

B. Respeto de las Bases de Licitación

1. Establecer la posibilidad de participación de consorcios o *joint ventures*. Para ese efecto, los oferentes que quieran formar un consorcio deberán acreditar el respectivo contrato de colaboración y constituirse como una sociedad cuyo objeto sea la ejecución del contrato en un plazo determinado si es que finalmente les es adjudicado el servicio. El plazo de constitución de la sociedad deberá quedar establecido en las respectivas Bases.
2. Eliminar el requisito de experiencia contenido en las distintas Bases de Licitación.
3. En caso de que se adjudique la licitación una empresa relacionada a alguno de los miembros de GIRO, deberá conformarse como una empresa independiente con patrimonio propio.
4. Respeto de los convenios con municipalidades o asociaciones de estas, deberá incorporar las siguientes directrices:
 - (i) La prohibición de pactar exclusividades –tanto explícitas como de facto– en los convenios que suscriba con municipios o asociaciones de municipalidades.
 - (ii) La obligación de prever un plazo máximo de vigencia en los eventuales convenios con las municipalidades o asociaciones de municipalidades que no exceda los tiempos máximos de duración que tendrá para contratar con gestores, según el tipo de servicio que preste la municipalidad o asociación de éstas de acuerdo al respectivo convenio.
 - (iii) La facultad de determinar cuál o cuáles servicios desea contratar vía convenio con las municipalidades o asociaciones de municipalidades, sólo en la medida que éstos le faciliten la implementación de la Ley REP, sin que esté obligada a contratar uno, varios o la totalidad de aquellos que se ofrezcan por éstas.
 - (iv) Los convenios deberán contemplar mecanismos efectivos de auditorías respecto de los cobros que efectúen las municipalidades o asociaciones

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de municipalidades por los servicios que éstas presten, para asegurar la debida transparencia en el mercado.

5. Se deberá poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica los montos y valores de las garantías y del seguro de responsabilidad civil, o los criterios bajo los cuales serán definidos, con una razonable antelación a cualquier acción destinada a la realización de las licitaciones.
6. El plazo mínimo para presentar ofertas deberá ser de al menos 30 días corridos desde la entrega de las respuestas a las preguntas efectuadas por potenciales interesados.
7. Previo a la implementación de cualquier reforma a las Bases de Licitación, se deberá contar con un informe favorable del Tribunal que declare que en ellas no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.
8. Se deberá eliminar el requisito de contar con un capital propio tributario superior al 15% de la oferta económica con IVA incluido.
9. Respecto al rechazo de ofertas de empresas cuya gestión en contratos previos no haya sido calificada como satisfactoria, deberá establecerse un listado taxativo y no ejemplar de los casos que constituyan tal circunstancia.
10. GIRO deberá informar los plazos de duración de los contratos a la Fiscalía Nacional Económica, con una antelación razonable al llamado de la respectiva licitación.
11. Deberá establecerse un mecanismo de desempate objetivo, no discriminatorio y justificado.

Se previene que el Ministro Sr. Nicolás Rojas Covarrubias concurre a la aprobación de los Estatutos en la forma acordada, salvo en lo relativo a los derechos políticos por grupo empresarial, donde estuvo por restringir tales derechos políticos de los asociados a GIRO que pertenezcan a un mismo grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, de modo que estos tuvieran derecho, en conjunto, a un solo voto en la asamblea general de la Corporación, por las siguientes razones.

1. En particular, la referida norma señala que la pertenencia a un grupo empresarial supone “vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos”.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. En este sentido, los miembros de un grupo representan un único interés, de modo que deben entenderse, para efectos de su calificación en sede de libre competencia, como una única unidad económica. En consecuencia, aun cuando se trate de personas jurídicas que puedan tener actividades económicas, estructuras de costos y obligaciones diversas bajo la normativa de responsabilidad extendida del productor, es presumible que en su actuación en materia de administración del SCG, actúen en consideración del interés del grupo empresarial considerado en su conjunto, sin que existan elementos suficientes para estimar que actuarán en forma independiente o con autonomía respecto de los demás miembros del grupo.

Se previene que la Ministra Sra. María de la Luz Domper concurre a la aprobación de los Estatutos en la forma acordada, sin embargo, estuvo por suprimir la membresía. Su opinión se funda en que, de existir gastos administrativos, tal como lo establece la ley, estos debiesen ser cubiertos por la eco-contribución, la cual considera la cantidad de envases y embalajes introducidos por cada productor. De esta manera la eco-contribución o ecotarifa debiera cubrir tanto los costos fijos como los costos variables por unidad que implica la gestión del sistema. Aceptar la membresía como una cuota anual a pagar a SCG por los gastos administrativos del sistema podría convertirse en el futuro en una estrategia para dificultar la entrada a este SCG respecto de otros por parte de quienes ya son miembros de él.

Notifíquese personalmente o por cédula a las Solicitantes y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico. Atendida la alerta sanitaria y lo dispuesto en el artículo décimo séptimo transitorio de la Ley N° 21.394, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que las Solicitantes y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados.

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

No obstante haber concurrido al acuerdo, no firma la Ministra Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, por encontrarse con licencia médica.

Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 507-22.

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



DC546B11-49A4-4638-A5A1-CBED257C60F7

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.