

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

INFORME N° 29/2022

Santiago, cinco de diciembre de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 504-21

SOLICITANTES: Automotores Gildemeister SpA, Fortaleza S.A.,
Derco Chile Repuestos SpA y Derco SpA.

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 para el funcionamiento del Sistema Colectivo de Gestión (SGN).

CONTENIDO

I)	PARTE EXPOSITIVA	2
	A. INTERVINIENTES	2
	B. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS SOLICITANTES.....	2
	C. RESOLUCION QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO	16
	D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES.....	17
	E. AUDIENCIA PÚBLICA	28
II)	PARTE CONSIDERATIVA	28
	A. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME Y ESTÁNDAR DE REVISIÓN ...	29
	B. MERCADOS RELEVANTES.....	30
	C. RIESGOS A LA COMPETENCIA.....	38
	D. ANÁLISIS DE LAS REGLAS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS ASOCIADOS Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA	44
	E. ANÁLISIS DE LAS BASES DE LICITACIÓN	57
III)	CONDICIONES.....	64

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

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

A.1. Solicitantes

1. Automotores Gildemeister SpA, Fortaleza S.A., Derco Chile Repuestos SpA y Derco SpA. (“Solicitantes”).

A.2. Entidades que aportaron antecedentes y formularon observaciones dentro de plazo en este expediente

2. 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 10, prorrogado a folio 21, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos (la “Solicitud”) las siguientes entidades:

- Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”);
- Ministerio del Medio Ambiente (“MMA”);
- Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”); y,
- Caren SpA (“Caren”).

B. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE

B.1. Objeto de la solicitud y marco normativo aplicable

3. A folio 9, el 3 de diciembre de 2021, las Solicitantes presentaron una solicitud de informe respecto de las bases de licitación de recolección, bases de licitación de valorización, las disposiciones pertinentes de los estatutos y el plan de gestión, para que en dicho informe se determine si estas cumplen con las exigencias de la Ley N° 20.920 que Establece el Marco para la Gestión de residuos, la responsabilidad extendida del producto y fomento al reciclaje (“Ley REP”).

3.1 Señalan que dentro de los productos prioritarios definidos por la Ley REP se encuentran los neumáticos, objeto de la presente solicitud. Indican que la Ley REP autoriza a los productores de neumáticos sujetos a la responsabilidad extendida del productor (“Productores”) a cumplir con la obligación de manejar sus residuos mediante un sistema colectivo de gestión (“SCG”), que debe ser autorizado por el Ministerio del Medioambiente.

3.2 En razón de dicha autorización, exponen que han iniciado gestiones para constituir una corporación de derecho privado denominada Sistema de Gestión de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Neumáticos Usados y Fuera de Uso (“SGN” o “Sistema”) para Categoría A –aquellos neumáticos que tengan un aro inferior a 57 pulgadas, con excepción de los que tengan un aro igual a 45, 49 y 51 pulgadas conforme lo dispuesto en el artículo 4, numeral 1 del Decreto Supremo N° 8 de 2021 del Ministerio del Medio Ambiente (“D.S. N° 8”)– cuyo objetivo será la gestión de recolección, acopio, clasificación, selección, valorización y eliminación, nacional y/o internacional, de todo tipo de neumáticos usados y/o fuera de uso.

3.3 Indican que la Ley REP autoriza a cada SCG para contratar los servicios necesarios para el manejo de residuos de gestores particulares, los que deben ser contratados por medio de licitaciones abiertas. Además, la ley referida dispone que la reunión de productores puede originar eventuales riesgos a la libre competencia, por lo que para solicitar la autorización del MMA, los SCG requieren un informe previo de este Tribunal de acuerdo con los artículos 24 y 26 de dicho cuerpo legal.

3.4 Las Solicitantes señalan que el D.S. N° 8 se refiere a la recolección y valorización de neumáticos usados y fuera de uso, y los define. El referido decreto fomentaría la actuación conjunta para el cumplimiento de metas de recolección y valorización, puesto que los sistemas individuales solo pueden cumplirlas con los neumáticos que han introducido al mercado, mientras que los sistemas colectivos pueden dar cumplimiento a sus metas con los residuos de los neumáticos que otro productor haya introducido en el mercado.

B.2. Breve descripción del SGN

3.5 Luego, las Solicitantes describen al SGN, indicando que se encuentra en proceso de constitución, y será una corporación de derecho privado, que no distribuirá utilidades y que será responsable del cumplimiento de las obligaciones y metas de gestión de residuos de las Solicitantes. Su única finalidad será la gestión de residuos de neumáticos usados y/o fuera de uso de las Solicitantes, en su calidad de producto prioritario.

3.6 Para cumplir con esa labor, el SGN operaría como intermediario entre productores asociados –quienes no mantendrían relaciones entre sí– y gestores autorizados, con quienes se licita la contratación de la gestión y manejo de residuos.

3.7 Respecto a la estructura y funcionamiento interno, las Solicitantes indican que el SGN estará conformado por socios activos y permanentes, que componen su Asamblea General. Para efectos de su dirección, contempla un Directorio compuesto por tres directores independientes. Además, el SGN contará con una Gerencia General; un Comité de Auditoría y *Compliance*, una Gerencia de Auditoría y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Compliance; una Comisión de Ética; un Comité de Licitaciones; un Panel Técnico; y una Comisión Arbitral.

B.3. Mercados relevantes involucrados

B.3.1. Mercado de producción e importación de neumáticos

3.8 Las Solicitantes se refieren al mercado de producción e importación de neumáticos en Chile, en el que participan individualmente, junto a todas las empresas dedicadas a la producción e importación de neumáticos (fabricantes e importadoras), y sus distribuidores, además de empresas que utilizan los neumáticos para introducir sus productos al mercado (empresas dedicadas a venta, distribución e importación de vehículos).

3.9 Señalan que el productor e importador introducen al mercado nacional neumáticos fabricados de caucho, natural o sintético, y otros aditivos, para su posterior instalación en llantas de ruedas vehiculares. Resaltan que en los últimos años el parque automotor y de neumáticos ha crecido sostenidamente y que la operación del SGN no presentaría problemas para el desarrollo de los mercados, en cuanto los estatutos garantizan la incorporación de todo productor del producto prioritario afectado, en función de criterios objetivos, así como la participación equitativa de productores, asegurando acceso a la información y respeto a la libre competencia.

B.3.2. Mercado de sistemas de gestión de residuos de neumáticos Categoría A

3.10 En segundo lugar, mencionan el mercado de sistemas de gestión de residuos de neumáticos Categoría A en Chile. Destacan que este mercado relevante y el que se describe *infra* se limita a los neumáticos Categoría A, por cuanto en él participará el SGN; los neumáticos Categoría B no serán objeto de la actividad del SGN.

3.11 Exponen que, a la fecha de presentación de la Solicitud, no existen sistemas de gestión colectivos de neumáticos en el país, pero atendida la obligación legal impuesta por la Ley REP, en los próximos meses deberían constituirse. En el primer año, los productores de Categoría A deberán recolectar al menos el 50% de los neumáticos introducidos por ellos al mercado nacional. Las metas no diferencian entre neumáticos introducidos por productores, sea de importación de vehículos nuevos o en forma de neumáticos de reposición.

3.12 En el caso de los importadores, el cálculo de la base para la meta se gatilla por la introducción de vehículos al mercado, y no sobre un cálculo de su vida útil, lo que dificultaría el cumplimiento del esquema de metas del D.S. N° 8, ya que deberían recolectar una gran cantidad de neumáticos del mercado de reposición.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B.3.3. Mercado de manejo de residuos de neumáticos Categoría A usados y/o fuera de uso

3.13 En tercer lugar, se encuentra el mercado del manejo de residuos de neumáticos Categoría A usados y/o fuera de uso, en el que participan los gestores con quienes SGN contratará el manejo de residuos: transportistas que recolectan, y quienes se encargan de las distintas fases de su tratamiento.

3.14 Las Solicitantes plantean que deben hacerse dos distinciones relevantes. La primera, entre: (i) neumáticos Categoría A, (ii) neumáticos Categoría B, (iii) neumáticos de bicicletas y sillas de ruedas o similares, y (iv) neumáticos macizos. Solo los dos primeros están obligados al cumplimiento de metas de acuerdo con el D.S. N° 8.

3.15 La segunda distinción atiende a la función de cada gestor en el proceso de gestión de residuos: (i) los gestores de transporte, que requieren un permiso de traslado otorgado por la Seremi de Salud, que serán contratados por el SGN mediante la licitación del servicio; y (ii) los gestores de valorización. Los residuos recolectados serán transportados a una planta de valorización para proceso mecánico, coprocesamiento o conversión térmica, la que será adjudicada por el SGN en un proceso de licitación especializado para valorizadores.

3.16 Indican que la Categoría B concentra gran parte de la oferta y capacidad de los gestores valorizadores para la línea baja de esta categoría, por lo que solo podrán poner a disposición de sistemas de gestión el remanente y la capacidad ociosa disponible, limitando la oferta. Esto además demuestra que entre productores de neumáticos de cualquier categoría existe rivalidad competitiva por el acceso a los gestores de valorización.

3.17 Las Solicitantes describen a los principales actores gestores, todos los cuales tienen relación directa con la operación de SGN. Atendido que ello podría conllevar eventuales riesgos de abusos de posición dominante o imposición de restricciones verticales, estos habrían sido identificados y mitigados por el SGN.

B.4. Versiones de los estatutos y bases de licitación sometidos a conocimiento del Tribunal

3.18 A la época de la solicitud de informe, se acompañaron los siguientes documentos: (i) Estatutos Corporación de Derecho Privado Sistema de Gestión de Neumáticos Usados y Neumáticos Fuera de Uso (“Estatutos”); (ii) Bases de Licitación - Servicio de recolección (retiro, transporte y descarga) de neumáticos usados (NU) y neumáticos fuera de uso (NFU) para el cumplimiento de metas del sistema de gestión colectivo de neumáticos usados y fuera de uso (“Bases de Recolección”); (iii) Bases

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Licitación - Compra o cobro por recibir neumáticos enteros usados (NU) y neumáticos enteros fuera de uso (NFU) con el fin de valorizarlos para el cumplimiento de metas del sistema de gestión colectivo de neumáticos usados y fuera de uso (“Bases de Valorización”, y en conjunto con las Bases de Recolección, las “Bases”); y, (iv) Contexto Plan de Gestión Sistema de Gestión de Neumáticos Usados y Neumáticos Fuera de Uso (“Plan de Gestión”).

3.19 Luego, a folio 51, las Solicitantes acompañaron versiones modificadas de los Estatutos y de las Bases singularizadas en los puntos (ii) y (iii) precedentes, en las que recogieron algunas de las observaciones efectuadas en el proceso por la Fiscalía y el MMA.

3.20 En consideración a que este informe se pronuncia sobre estas versiones modificadas de los documentos antes señalados, la exposición que se inicia a continuación referirá al contenido de la última versión de los Estatutos, Bases y Plan de Gestión.

B.4.1. Reglas de incorporación y funcionamiento del SGN contenidas en los Estatutos

3.21 *Objeto.* El SGN se constituye como una corporación de derecho privado, sin fines de lucro (la “Corporación”), tendrá duración indefinida y su fin exclusivo será la gestión de recolección, acopio, clasificación, selección, valorización y eliminación, nacional y/o internacional, de todo tipo de neumáticos usados y/o fuera de uso, conforme a la Ley REP, sus eventuales modificaciones y sus decretos. La Corporación sólo podrá realizar actividades económicas que se relacionen con su fin y los ingresos que perciba de esas actividades, sólo podrán destinarse para las finalidades de la Corporación o para incrementar su patrimonio.

3.22 *Socios de la Corporación.* Solo podrán ser socios las empresas de venta, distribución e importación de todo tipo de vehículos; los productores e importadores de neumáticos y cualquier otra empresa del sector de neumáticos obligada al cumplimiento de la Ley REP.

3.23 Los Estatutos contemplan los requisitos para adquirir la calidad de socio: (i) tener la calidad de sujeto obligado a la responsabilidad extendida del productor en materia de neumáticos, según la Ley REP y sus decretos respectivos; (ii) pagar el aporte o cuota de incorporación correspondiente a la categoría respectiva –permanente o activo–; (iii) pagar la tarifa por el costo de gestión; y, (iv) constituir y pagar la garantía legal para el cumplimiento de las metas de recolección y valorización de la Corporación.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.24 Los Estatutos contemplan la existencia de dos categorías de socios: (i) socios permanentes; y (ii) socios activos.

3.25 Adquirirán la categoría de socio permanente quienes suscriban el acta de constitución de la Corporación y aquellos que, con posterioridad a la constitución de la Corporación, cumplan con los requisitos establecidos para adquirir la calidad de socio permanente.

3.26 Los derechos de los socios permanentes se consagran en el artículo séptimo de los Estatutos, y consisten en: (i) participar en las reuniones de la Asamblea General de socios con derecho a voz y a voto; (ii) elegir al Directorio de la Corporación en la forma prevista en los Estatutos; (iii) presentar cualquier iniciativa, proyecto o proposición de estudio relacionado con el objeto y funcionamiento de la Corporación al Directorio; (iv) solicitar la convocatoria a junta de Asamblea General ordinaria o extraordinaria, para lo cual se requerirá que lo soliciten al Presidente del Directorio por escrito, a lo menos un 25% de los socios permanentes indicando el objeto específico de la reunión; (v) tener acceso a la memoria, el balance, las actas, los informes de los auditores externos y registro de socios de la Corporación; (vi) ser informado de las tarifas, ejecución de presupuesto, el modelo tarifario y demás transacciones financieras ejecutadas por la Corporación; (vii) ser informado por el Gerente General o por quién este determine, de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación; y, (viii) ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias en su contra y a ser informado de las medidas disciplinarias adoptadas y de su fundamento.

3.27 Por su parte, los derechos de los socios activos se encuentran en el artículo noveno de los Estatutos, y consisten en: (i) participar en las reuniones de la Asamblea General de socios sólo con derecho a voz, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en los Estatutos. El artículo décimo séptimo señala que los socios activos que en conjunto con otros socios activos representen un 15% del total del volumen de metas de la Corporación, tendrán derecho a un voto en las Asambleas Generales, el que deberá ejercerse a través de un representante común; (ii) presentar cualquier iniciativa, proyecto o proposición de estudio relacionado con el objeto y funcionamiento de la Corporación al Directorio; (iii) solicitar la convocatoria a junta de Asamblea General ordinaria. Para tal efecto se requerirá lo soliciten al Presidente del Directorio por escrito, a lo menos un 25% de los socios activos indicando el objeto específico de la reunión; (iv) tener acceso a la memoria, el balance, las actas, los informes de los auditores externos y registro de socios de la Corporación; (v) ser informado de las tarifas y el modelo tarifario; (vi) ser informado por el Gerente General o por quién este determine, de todo lo relacionado con la marcha de la Corporación;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(vii) ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias en su contra, a ser informado de las medidas disciplinarias adoptadas y de su fundamento.

3.28 Asimismo, en los artículos octavo y décimo se regulan los deberes de cada tipo de socio, entre ellos: (i) celebrar con la Corporación el convenio o contrato para el cumplimiento de las metas y obligaciones respecto de los neumáticos introducidos en el mercado nacional; (ii) cumplir oportunamente con las obligaciones pecuniarias para con la Corporación; (iii) entregar periódicamente información sobre las distintas obligaciones que le impone la Ley REP; (iv) acatar los acuerdos de la Asamblea General de socios y del Directorio adoptados en conformidad a la ley y a los Estatutos; (v) asistir a las reuniones a que fueron convocados de acuerdo con los Estatutos; (vi) respetar los procedimientos y límites de acceso a la información previstos en los Estatutos; (vii) cumplir con la normativa interna de la Corporación; y, (viii) actuar de acuerdo con los intereses de la Corporación resguardando su prestigio y cumplir con las normas de conducta que exija el Código de Ética, el Protocolo de Libre Competencia e intercambio de información y cualquier otro reglamento que se dicte, así como la legislación vigente en materias tales como: libre competencia, medio ambiente, responsabilidad penal de la persona jurídica entre otras.

3.29 Por otro lado, se regula el procedimiento para adquirir la calidad de socio. En primer lugar, el interesado deberá presentar una solicitud en los periodos establecidos por acuerdo del Directorio, comprometiéndose a una serie de obligaciones. En segundo lugar, el Directorio se pronunciará sobre la solicitud en un plazo que no podrá exceder en ningún caso los 60 días corridos desde su presentación. La negativa de admisión deberá ser fundada y no podrá negarse el ingreso a la Corporación de 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.

3.30 La calidad de socio, permanente o activo se adquirirá por la aceptación del Directorio. El socio solo podrá exigir la prestación de los servicios de la Corporación una vez haya transcurrido el plazo estipulado en la normativa interna de la Corporación, de conformidad con las disposiciones de la Ley N° 20.920 y al Plan de Gestión aprobado por la autoridad correspondiente.

3.31 La calidad de socio se perderá por las siguientes causales: (i) disolución de la persona jurídica o pérdida de la calidad de obligado al cumplimiento de la Ley REP; (ii) por renuncia, dando aviso por medio de carta al Directorio, la cual se hará efectiva una vez que la carta sea revisada en sesión extraordinaria del Directorio y se verifique por este el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del renunciante. El Directorio tendrá un plazo para pronunciarse no superior a 30 días desde la solicitud. En caso

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de no pronunciarse en dicho plazo, se entenderá que opera una regla de silencio positivo sobre la solicitud de renuncia; (iii) por expulsión de la Corporación; (iv) incumplimiento de obligaciones adquiridas en el acuerdo que regula el proceso de revisión periódico en las Listas de la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC por su sigla en inglés -*Office of Foreign Assets Control*-).

3.32 Se contemplan también medidas disciplinarias, entre ellas, la suspensión, durante la cual el socio no podrá hacer uso de ninguno de sus derechos, salvo que la Comisión de Ética determine derechos específicos que podrá seguir ejerciendo.

B.4.2. Organismos de la corporación

3.33 *Asamblea General.* Es el órgano colectivo principal de la Corporación e integra al conjunto de sus socios. Sus acuerdos obligan a todos los socios presentes y ausentes. Existirán Asambleas Generales ordinarias y extraordinarias. Las primeras se llevarán a cabo dos veces al año, o cuando lo solicite al menos un 25% de los socios permanentes o al menos un 25% de los socios activos, y les corresponde: (i) aprobar la memoria, el balance y los estados financieros presentados por el Directorio; (ii) designar al Directorio de la Corporación; (iii) aprobar el nombramiento del Auditor Externo a proposición del Directorio; (iv) aprobar el nombramiento de los integrantes de la Comisión de Ética, Panel Técnico y de la Comisión Arbitral a proposición del Directorio; (v) aprobar los reglamentos, protocolos y códigos a proposición del Directorio; (vi) aprobar, a proposición del Directorio, la cuota de incorporación para socio permanente; (vii) aprobar, a proposición del Directorio, la cuota de incorporación para socio activo, cuya proporción no podrá ser superior al 10% del total de la cuota de incorporación que paga un socio permanente, así como todos los costos en que incurre la Corporación para la incorporación de un nuevo socio activo; (viii) aprobar el modelo tarifario para el financiamiento de la Corporación; (ix) aprobar, a proposición del Directorio, el plan y presupuesto dirigido al cumplimiento de los objetivos de la Corporación; y (x) aprobar la disolución de la Corporación.

3.34 Además, podrá tratarse cualquier asunto relacionado con el objeto, funcionamiento e interés de la Corporación, salvo que corresponda a la Asamblea Extraordinaria.

3.35 Por otro lado, la Asamblea General extraordinaria se reunirá por convocatoria del Directorio o a petición de al menos 25% de los socios permanentes, y las materias que tratará y resolverá son: (i) de la reforma de los Estatutos de la Corporación; (ii) de la disolución de la Corporación o de la fusión con otra corporación; (iii) de las reclamaciones en contra de los directores, o de los miembros de la Comisión de Ética para hacer efectiva la responsabilidad que les corresponda; (iv) de la apelación y de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la reintegración de un socio ante la medida disciplinaria expulsión adoptada por la Comisión de Ética; (v) de la compra, venta, hipoteca, permuta, cesión y transferencia de bienes raíces, de la constitución de servidumbres y prohibiciones de gravar y enajenar, del arrendamiento de inmuebles; y (vi) del establecimiento de los umbrales de endeudamiento que puede asumir la Corporación, los que no podrán superar un nivel mayor a tres veces su patrimonio.

3.36 Para cumplir con la regulación en materia de libre competencia en relación a intercambios de información entre socios, se contemplan reglas a seguir en las Asambleas, tanto generales como extraordinarias: (i) la agenda 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; (ii) la agenda solamente podrá modificarse previa revisión por parte del asesor especialista y deberá ser enviada por correo electrónico a los asistentes antes de su celebración; (iii) la Asamblea General deberá limitarse a discutir y analizar los temas indicados en la agenda y los participantes deberán abstenerse de discutir cualquier otro tema no contenido en la agenda; (iv) en caso de haber material complementario a ser analizado, discutido o entregado a los participantes, este deberá ser revisado previamente por un asesor especializado; y, (v) no se podrá intercambiar información sensible o antecedentes comerciales estratégicos, ni ningún otro antecedente relacionado con las decisiones de negocios de la Corporación fuera de las Asambleas Generales de la Corporación y sus organismos formales.

3.37 Respecto a la representación de los socios dentro de la Asamblea, los Estatutos señalan que se podrá actuar representado por un tercero, y que se procurará evitar que la representación del socio sea desempeñada por una persona que ejerza cargos de carácter comercial que estén directamente relacionados con la comercialización o ventas dentro de la compañía socia, pero en caso de que fuese necesario por causa de gobernanza y estructura interna de la compañía socia, el representante deberá asistir acompañado por el asesor legal de la compañía. Una vez aprobados los poderes por el Secretario del Directorio, el asistente deberá suscribir un acuerdo de confidencialidad previo al ingreso a la sala o al sitio *web* donde se celebre la Asamblea.

3.38 De los acuerdos adoptados y de la discusión de la Asamblea General se dejará constancia en un libro especial de actas.

3.39 *Directorio.* Es el órgano encargado de administrar la Corporación, compuesto por tres miembros. Los directores durarán dos años en el ejercicio de su cargo y podrán ser reelegidos por un máximo de dos períodos consecutivos. Los directores

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejercerán su cargo de manera remunerada de conformidad con la Ley REP, monto que será aprobado por la Asamblea General ordinaria.

3.40 El Directorio contará con un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. El primero será asimismo el presidente de la Corporación y la representará judicial y extrajudicialmente.

3.41 Los Estatutos señalan como requisito para ser director: (i) ser persona natural de acuerdo con la definición del Código Civil; (ii) no ejercer ni haber ejercido en los últimos seis meses previos a la fecha de la elección, el cargo de director, ni ser empleado, ni tener vínculo laboral alguno con las empresas asociadas a la Corporación o sus relacionadas; (iii) no ejercer ni haber ejercido en los últimos seis meses previos a la fecha de la elección, el cargo de director ni ser empleado, ni tener vínculo laboral alguno con las empresas gestoras de los servicios que la Corporación deba licitar; y, (iv) no haber sido condenado a pena aflictiva.

3.42 Los Estatutos regulan los deberes y atribuciones del Directorio, entre los cuales se encuentra dirigir la Corporación, elaborar los reglamentos, Código de Ética, Protocolo de Libre Competencia e intercambio de información necesarios para la Corporación y someterlos a la aprobación de la Asamblea General, proponer a la Asamblea General el Auditor Externo, designar al Gerente General, Gerente de Auditoría y otros cargos que le reporten directamente

3.43 *Gerencia de Auditoría y Compliance.* Se contempla la existencia de una Gerencia de Auditoría y *Compliance* que, entre otras funciones, deberá reportar periódica y directamente al Directorio, la que estará encargada de diseñar y administrar un sistema integral y transversal de *compliance*, considerando los riesgos relevantes para la Corporación, entre otros, respecto a libre competencia.

3.44 La Gerencia de Auditoría y *Compliance* estará a cargo de la investigación de hechos que puedan ser constitutivos de infracciones que puedan implicar la aplicación de medidas disciplinarias.

3.45 *Comisión de ética.* Estará encargada de aplicar medidas disciplinarias, previa investigación de los hechos por la Gerencia de Auditoría y *Compliance*.

B.4.3. Patrimonio

3.46 Estará formado por los bienes que forman el patrimonio inicial de la Corporación, que son los aportes y cuotas efectuadas por los socios permanentes y socios activos. Formarán también parte del patrimonio, las cuotas de incorporación determinadas con arreglo a los Estatutos, las donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte que se le hicieren, las ventas de sus activos, y las erogaciones y subvenciones que obtenga de personas naturales o jurídicas, de las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

municipalidades o del Estado y demás bienes que adquiriera a cualquier título. Los ingresos percibidos, beneficios o excedentes de la Corporación, no podrán por motivo alguno distribuirse a sus socios, debiendo emplearse en el cumplimiento de sus fines estatutarios.

3.47 Si se acordare la disolución de la Corporación, su patrimonio, luego de pagadas todas sus obligaciones, sólo puede distribuirse entre sus socios a prorrata de sus respectivas cuotas, las que serán calculadas porcentualmente en función del tamaño de la meta individual que cada socio representa en la Corporación para el último año calendario, al momento de la disolución.

B.4.4. Cláusula arbitral

3.48 Cualquier dificultad o controversia que se produzca entre la Corporación y socios o entre ellos respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución de los Estatutos, que no consista en una discrepancia técnica sobre la aplicación del modelo tarifario y de garantías y cualquier materia de competencia de algún organismo interno designado para ello, será sometida a mediación. Si la mediación no prospera, la dificultad o controversia se resolverá mediante arbitraje.

B.4.5. Resguardos respecto a la información comercial sensible

3.49 La información comercial sensible que los socios entreguen a la Corporación en cumplimiento de sus obligaciones para con esta, y que sea necesaria para poder cumplir con los fines del sistema de gestión colectivo, tendrá siempre el carácter de confidencial. En cualquier caso, se procurará que dicha información sea la necesaria y suficiente para que las Asambleas Generales, el Directorio y cualquier otro organismo que lo requiera, adopte las decisiones propias de sus facultades y funciones.

3.50 Los socios no podrán acceder de ningún modo o tomar conocimiento de esta información de una manera que pueda afectar la libre competencia, ni intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente en instancias informales o no definidas formalmente por la Corporación. En cualquier caso, la entrega de información deberá ser canalizada hacia los organismos internos de la Corporación a través de los mecanismos que el Directorio apruebe para el debido resguardo y confidencialidad, debiendo procurar su seguridad y registro por escrito.

3.51 Los Socios, el Directorio, la Alta Dirección y el resto del personal que forma parte de la estructura de funcionamiento de la Corporación están obligados a guardar absoluta confidencialidad en el ejercicio de sus funciones y no podrán revelar al resto

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de los socios información confidencial recabada para la consecución de los fines de la Corporación y el cumplimiento de obligaciones legales.

B.5. Bases de licitación

B.5.1. Estructura y descripción de las Bases

3.52 Ambas bases tienen la misma estructura: (i) bases administrativas, (ii) bases técnicas y (iii) anexos.

3.53 *Proceso de evaluación de ofertas.* El estudio, calificación y evaluación de la Oferta Técnica y Oferta Económica será realizado en privado por una Comisión Evaluadora designada por el Directorio del SGN, que estará integrada por al menos cinco personas, tres pertenecientes a sus gerencias, el Gerente General y un representante del Directorio. Cada miembro deberá hacer una declaración de intereses y tendrá un deber de abstención en caso de conflicto de intereses.

3.54 *Método de evaluación de las ofertas.* Para las Bases de Valorización, la Propuesta Económica ponderará un 70% y la Propuesta Técnica un 30%. La Oferta Técnica tendrá un máximo de 10 puntos en base a la tecnología utilizada y la capacidad de abastecimiento. Respecto a la Oferta Económica, se ordenarán las propuestas económicas desde los mayores valores ofrecidos por la compra de Neumáticos Fuera de Uso ("NFU") entero hasta los mayores valores de cobro por los servicios de tratamiento. El oferente con la mejor propuesta económica tendrá un máximo de 10 puntos, y la puntuación del resto de oferentes tendrá el valor resultante del puntaje asignado al oferente anterior menos el puntaje asignado al oferente anterior dividido por la cantidad de oferentes sin asignar puntaje aún multiplicado por uno más la variación porcentual que resulte de la diferencia entre la oferta económica de un oferente y quien esté inmediatamente sobre él, con una cota inferior de 0.

3.55 Para las Bases de Recolección la Oferta Económica ponderará el 100% de la evaluación final. La determinación del criterio de evaluación económica será ordenando de menor precio por kilo a mayor precio por kilo por zona. El mejor precio por kilo quedará en primer lugar para la eventual asignación.

3.56 Dado que el criterio de evaluación es preponderantemente económico, se solicitarán ofertas económicas con dos decimales para bajar la probabilidad de empate. Si el empate persiste se resolverá ante notario un mecanismo aleatorio que garantice iguales probabilidades para cada oferente que haya empatado.

3.57 *Adjudicación.* Se adjudicará el servicio a uno o más oferentes, en forma total o parcial en el caso de las Bases de Valorización o según las zonas licitadas por región en el caso de las Bases de Recolección, conforme a los resultados obtenidos de acuerdo con los criterios de evaluación y sus ponderaciones.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.58 En el caso de las Bases de Valorización, la adjudicación se realizará ordenadamente de manera descendente hasta copar las capacidades de valorización requerida para el cumplimiento de las metas. En el caso que algún oferente adjudicado decida no celebrar el contrato de adjudicación, el proceso de adjudicación considerará las ofertas que le sigan en orden de prelación descendente a dicho oferente.

3.59 Se podrá declarar desierta la licitación cuando no se presenten ofertas, no se presenten al menos dos ofertas admisibles o, todas las ofertas presentadas no cumplan con las exigencias técnicas y económicas requeridas para la correcta ejecución del servicio, en ambos casos por resolución fundada.

3.60 *Garantías y multas.* Se contemplan dos garantías. En primer lugar, la garantía de seriedad de la oferta deberá ser presentada junto a la propuesta económica, y su valor será de \$1.000.000 (un millón de pesos), en las Bases de Valorización, y de \$5.000.000 (cinco millones de pesos), en las Bases de Recolección, con una duración de 120 días a contar de la fecha de presentación de la oferta en ambos casos. Esta garantía será ejecutable en caso de que el oferente adjudicatario no cumpla con una o más de las obligaciones establecidas en las Bases de Recolección o de Valorización, o se niegue o excuse de firmar el contrato y/o convenio definitivo. Asimismo, se establece que las garantías se devolverán dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha que se den a conocer las respuestas de la adjudicación del proceso.

3.61 En segundo lugar, se exige una garantía de fiel cumplimiento del contrato, la que se podrá realizar o cobrar en los casos establecidos en la propuesta de bases. El monto de la garantía corresponderá al 1% del monto total del contrato adjudicado para las Bases de Valorización, y al 5% del monto total del contrato adjudicado para las Bases de Recolección.

3.62 Además, para las Bases de Recolección, se exigirá que el adjudicatario entregue una póliza de seguro de responsabilidad civil para asegurar el pago por los eventuales daños y perjuicios producidos a terceros. El monto del seguro no podrá ser menor a 2.000 UF (dos mil Unidades de Fomento), la que deberá comenzar a regir el día en que comience la operación del contrato adjudicado y se deberá mantener hasta 180 días posteriores a la fecha de término del contrato.

3.63 En cuanto a multas, el modelo de contrato acompañado en la propuesta de Bases indica que en caso de mal cumplimiento del servicio por las causales que allí se indica, facultarán al SGN a cobrar multas, las que irán de 5 a 20 UTM (cinco a veinte Unidades Tributarias Mensuales) para las Bases de Recolección, y de 1 a 6 UTM (una a seis Unidades Tributarias Mensuales) para las Bases de Valorización.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.64 *Plazo del contrato.* La vigencia del contrato tendrá una duración de cinco años de conformidad con los servicios que se licitan en función de las presentes Bases, sin perjuicio que una nueva licitación pueda llamarse a partir de seis meses antes de terminar el período del contrato vigente. Las partes podrán poner término anticipado al contrato si, de común acuerdo, estipularen las condiciones necesarias para darlo por terminado permitiendo una adecuada transición temporal y logística en la ejecución de los servicios que se adjudican y que se dejarán de ofrecer.

3.65 *Cláusula arbitral.* Cualquier dificultad o controversia entre los contratantes será sometida al conocimiento de un árbitro arbitrador conforme al reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

3.66 *Término del contrato.* Se estipula que se podrá poner término anticipado al contrato, sin derecho a indemnización de ninguna especie a favor del adjudicatario, acción o reclamo de su parte, en los casos que allí se indican.

3.67 Se establece un procedimiento para la aplicación de las causales de término anticipado de contrato. Este se iniciará con una notificación del incumplimiento al adjudicado por vía correo electrónico quien, dentro de 10 días hábiles desde recibida la notificación podrá realizar descargos a través de los medios electrónicos dispuestos para tales efectos. El SGN tendrá un plazo no superior a 30 días hábiles para emitir una resolución fundada con antecedentes objetivos que recoja los descargos del adjudicado, justificando la decisión de continuar o poner término al contrato por las causales que se indican previamente. De todas las resoluciones que emanen de este procedimiento se dejará constancia por escrito y se llevará un registro formal para los fines que corresponda.

B.5.2. Conclusiones de las Solicitantes

3.68 Señalan que las Bases de Licitación han sido diseñadas para precaver la imposición o establecimiento de barreras a la entrada, siendo la única exigencia prevista que los interesados firmen un acuerdo de confidencialidad.

3.69 Respecto de criterios de adjudicación y contratación, manifiestan que el objetivo del SGN es perseguir que la licitación y sus resultados apunten a eficiencia económica y técnica, por lo que se adjudicará a quien ofrezca mejores condiciones en dichos ítems, en base a criterios previamente definidos, públicos y transparentes. También, las Bases contemplan plazos para entregar la decisión, con la indicación de que cualquier cambio será informado oportuna y adecuadamente a todos los participantes.

3.70 En cuanto a las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados del SGN, indican que la Ley REP no establece reglas específicas, sino que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se persigue que estas garanticen el respeto a las normas para la defensa de la libre competencia, por lo que las Solicitantes proponen revisar las reglas en cuestión a la luz de los criterios elaborados por la Fiscalía para la afiliación a las asociaciones gremiales.

3.71 Describen que existirán dos categorías de socios: permanentes y activos, por lo que los productores podrán optar por la que mejor se adecúe a sus características. Ambas categorías tienen los mismos requisitos. Sostienen que en materia tarifaria el SGN contempla un modelo objetivo, no discriminatorio y transparente.

3.72 Exponen que las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos socios al SGN han sido cuidadosamente diseñadas para prevenir la imposición de barreras o impedimentos artificiales a la entrada de nuevos participantes, y que son sostenibles en el tiempo, uniformes y de general aplicación.

3.73 Por otro lado, señalan que los Estatutos regulan las causales por las cuales se perderá la calidad de socio, con criterios públicos, transparentes y sin espacio para arbitrariedades. Asimismo, se regulan las medidas disciplinarias que pueden imponerse a los socios, entre ellas, las causales de expulsión.

3.74 Prosiguen indicando que los Estatutos del SGN fomentan la competencia y evitan riesgos de conductas coordinadas, por medio de reglas y procedimientos de comportamiento. En particular, existen medidas de gobierno corporativo y *compliance* para mitigar riesgos y evitar que se materialicen conductas contrarias a la libre competencia.

3.75 En el mismo sentido, se contemplan medidas para evitar intercambios de información comercial sensible. Atendidas las exigencias de la Ley REP sobre cumplimiento de metas, el SGN deberá recolectar y administrar información sobre materias sensibles como las estadísticas o proyecciones de producción de sus distintos socios, la que podría ser compartida o utilizada por éstos, provocando acuerdos horizontales o practicas concertadas, o disminuir la intensidad competitiva al permitir la ejecución de conductas paralelas. En consecuencia, se adoptarán medidas que detallan en la Solicitud.

3.76 En definitiva, solicitan al Tribunal emitir un informe indicando que en las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; y, que en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SGN, no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

C. RESOLUCION QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4. El 15 de diciembre de 2021, a folio 10, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L. N° 211, cuyo objeto es determinar si: (i) las bases de licitación para la contratación del servicio de recolección y valorización de neumáticos usados y fuera de uso; y (ii) las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del Sistema de Gestión de Neumáticos Usados y Fuera de Uso o SGN, pueden impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. En la resolución se ordenó, además, oficiar a la FNE, al Ministerio del Medio Ambiente y a la Superintendencia del Medio Ambiente, a fin de que estos, así como otros que tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

5. A folio 22, la Superintendencia del Medio Ambiente respondió el oficio enviado por este Tribunal y señaló que no le corresponde plantear observaciones sobre la legalidad de las Bases de Licitación que han dado origen a este expediente, ni respecto de si estas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, en atención a que ello escapa del ámbito de intervención que la Ley N° 20.920 ha dispuesto dentro de sus competencias.

5.1 A folio 24, el Ministerio del Medio Ambiente respondió el oficio enviado por este Tribunal, haciendo observaciones generales y comentarios específicos a los Estatutos y las Bases.

5.2 Respecto a las observaciones generales, en primer lugar, se refiere a lo planteado por las Solicitantes respecto de las dificultades que enfrentarían los importadores de vehículos para el cumplimiento de las metas. Precisa que la forma en que se calculan las metas, esto es, considerando la cantidad de productos prioritarios introducidos en el mercado, y no los residuos generados, aplica para todos los productores de neumáticos, y no solo para importadores de vehículos. La razón de lo anterior es que los productores tienen el control sobre el tipo y cantidad de productos introducidos al mercado, mientras que la generación de residuos depende de los generadores (entendiendo por generadores, la definición prevista en el artículo 3 N° 9 de la Ley REP, "*poseedor de un producto, sustancia u objeto que lo desecha o tiene la obligación de desecharlo de acuerdo a la normativa vigente*").

5.3 Prosigue señalando que lo indicado por las Solicitantes respecto a la dificultad particular para los importadores de vehículos en el cumplimiento de metas establecidas en el D.S. N° 8 es incorrecto, ya que se encuentran en la misma posición que los importadores de neumáticos para efectos de los esfuerzos que deben desplegar para cumplir con las metas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.4 Respecto de la importación de neumáticos, describe que existen por regla general tres actores: (i) importadores (productores); (ii) distribuidores; y (iii) comercializadores. Son los comercializadores quienes realizan el cambio de neumáticos de los consumidores finales, por lo que los productores de neumáticos de reposición deberán recolectar neumáticos fuera de uso desde los lugares donde se encuentran, debiendo coordinarse con otros actores para acceder a ellos y cumplir sus metas, al igual que los importadores de vehículos. Por lo demás, destaca que los importadores de vehículos siempre estarán en igualdad de condiciones a través de los SCG, pues por medio de estos los productores darán cumplimiento a sus obligaciones en el marco de la Ley REP.

5.5 En cuanto a la definición de mercado relevante, el MMA realiza ciertas aclaraciones sobre el funcionamiento de los sistemas de gestión, cuestionando la claridad del mercado propuesto por las Solicitantes. Indica que dichos sistemas no son 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. En definitiva, hacen presente que el concepto de mercado de los sistemas de gestión de los residuos de neumáticos Categoría A usados y/o fuera de uso parece no tener sentido a la luz la normativa asociada a la referida responsabilidad y a los sistemas de gestión.

5.6 Por otro lado, respecto de información comercial sensible señala que, si bien el SGN contará con información sensible, no se le exige recabar proyecciones de producción de sus asociados. Para determinar el cumplimiento de las metas en un año dado, el sistema de gestión sólo requiere información pasada de los productores que lo conforman, pero no futura, como lo serían las proyecciones de producción de los productores que lo conforman. Con todo, de ser necesario para planificar su operación futura, solo requeriría una estimación agregada de los neumáticos que sus asociados conjuntamente introducirían al mercado.

5.7 Luego, se refiere a los Estatutos, y señala que de acuerdo con el artículo 20 de la Ley REP, los sistemas colectivos de gestión estarán integrados únicamente por productores, salvo que el respectivo Decreto Supremo permita integración de otros. En concordancia con lo anterior, el D.S. N° 8 indica que estarán integrados exclusivamente por productores. Así, estima que los Estatutos deberían señalar lo anterior, ya que la redacción actual puede confundir a los distintos actores que se relacionen en el marco de la responsabilidad extendida del productor. En este sentido, señala que quien tiene la calidad de productores, en términos generales, el que enajena por primera vez el producto prioritario en el mercado nacional, independiente

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de si se realiza directamente al consumidor, lo que de todos modos no es relevante para la responsabilidad extendida del productor.

5.8 Adicionalmente, destaca que el ingreso al SGN no debiese restringirse a la forma en que los productores introducen neumáticos al mercado –adosados a vehículos– no pudiendo dejar fuera a los productores en base a si el neumático se encuentra adosado a una máquina, vehículo o si se importa individualmente.

5.9 En un segundo orden de ideas, respecto a las exigencias para postular, señala que no resulta claro en base a qué criterio se decidió exigir la acreditación de que no se trate de una persona o entidad que figure en la lista de la OFAC de Nacionales Especialmente Designados y Personas Bloqueadas, considerando que no es requerida por la Ley REP ni por el D.S N° 8, por lo que estima que las exigencias podrían considerarse como una barrera a la entrada a nuevos productores, debiendo ser revisadas por este Tribunal.

5.10 En tercer lugar, en cuanto al pago de cuotas de incorporación, indica que la falta de claridad respecto de la justificación de dicha cuota para socios activos y permanentes, así como la arbitrariedad respecto a la determinación de su valor, deben ser revisadas por el Tribunal, ya que no cumplirían con el estándar establecido en la Ley N° 20.920.

5.11 En cuarto lugar, respecto a la obligación de los socios de celebrar con la Corporación el convenio o contrato para el manejo de residuos de conformidad con las disposiciones legales vigentes, señala que si bien no es del todo claro en qué consiste dicha obligación, puede desprenderse que se busca obligar a los asociados a que gestionen los residuos de neumáticos que generen, a través del SGN.

5.12 En este aspecto, recalca que no debe confundirse la introducción de productos prioritarios al mercado con su generación, ya que solo el primer elemento es relevante para el cumplimiento de metas a través del sistema de gestión. En virtud del D.S. N° 8, las metas se relacionan con la cantidad de neumáticos introducidos por los productores que integran el sistema, y no se encuentran en función de los residuos que éstos generan, por lo que no existe razón para que sean gestionados por el SGN. Estas obligaciones no deben confundirse con las que tengan los productores como “consumidores industriales”, en conformidad con el artículo 3 N° 5 de la Ley N° 20.920. De esta forma, sostiene que los Estatutos no pueden establecer obligaciones a sus asociados que impliquen limitar las facultades que la propia Ley otorga a los consumidores industriales de entregar los residuos de productos prioritarios que generen a un sistema de gestión, o bien, valorizarlos por sí mismos o a través de gestores autorizados y registrados.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.13 En quinto lugar, sobre la participación equitativa de los productores asociados, se refiere a las diferencias entre los derechos políticos de los socios permanentes y los de los socios activos. El MMA sostiene que la única diferencia para adquirir la calidad de socio permanente o activo es el pago de una cuota de incorporación diferente. En consecuencia, opina que el derecho a voto debería ser proporcional a la magnitud de las obligaciones que el productor delega en el sistema de gestión.

5.14 Luego, realiza observaciones a las Bases, advirtiendo inconsistencias y errores de referencia que dificultan su comprensión. En cuanto al fondo, estima que existen una serie de exigencias que podrían afectar la libre competencia, desincentivar la presentación de ofertas, afectar la transparencia del proceso y configurar eventuales riesgos de conductas discriminatorias y arbitrariedades hacia oferentes.

5.15 Respecto de la etapa de preparación y presentación de ofertas, el MMA identifica requisitos que son potencialmente innecesarios para esta instancia, lo que podría desincentivar la presentación de propuestas, entre otros elementos que describe en su presentación, frente a los cuales realiza diversas propuestas, como propender a una mayor transparencia en la etapa de consultas, aclaraciones y respuestas, y en lo posible, usar sistemas de licitación electrónicos.

5.16 Sobre las garantías y seguro requerido, señala que es relevante que sus montos y vigencias sean adecuados, y del menor valor posible para cumplir su función.

5.17 Posteriormente, el MMA se refiere a la etapa de evaluación y adjudicación de las ofertas, indicando que existen mecanismos de evaluación que podrían no ser los más adecuados. Señala que las Bases de Recolección privilegian el uso de ciertas tecnologías sobre el desempeño y requisitos funcionales de sus oferentes, lo que tendría el potencial de limitar la participación o evitar la adjudicación de competidores que, utilizando una tecnología distinta, logran el mismo desempeño o cumplen la misma función.

5.18 En cuanto a la evaluación técnica y económica, se refiere al punto anterior, y entre otros aspectos, cuestiona la pertinencia de asignar un puntaje a la oferta técnica y ponderar esta con la económica –como proponen las Solicitantes– o si es deseable fijar un estándar mínimo para las características técnicas de la evaluación que todo oferente debe cumplir y adjudicar la licitación al oferente que, cumpliendo dichas especificaciones, ofrece el mejor precio. El MMA indica que la segunda alternativa es preferible, ya que genera más competencia entre oferentes. Continúa refiriéndose a propuestas de mejora en la evaluación de ofertas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.19 Luego, sobre la etapa de suscripción del contrato, cuestiona la necesidad de que la garantía de fiel cumplimiento de contrato esté aparejada a la existencia de juicios o demandas pendientes contra el SGN y realiza otras sugerencias.

5.20 Respecto de la etapa de ejecución del contrato, estima que se establecen exigencias excesivas para el adjudicado, que implicarían asumir un riesgo alto, y desincentivarían el interés por participar en la licitación, como la aplicación de mutas sin un procedimiento aparejado que permita al proveedor presentar descargos.

6. A folio 33, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica. Su presentación comienza haciendo un resumen de los antecedentes de la Solicitud, describiendo el marco de la Ley REP y el D.S. N° 8.

6.1 La Fiscalía señala que un sistema de gestión colectivo es un acuerdo de colaboración o *joint venture* entre empresas competidoras en distintos mercados que, además, tienen una actividad comercial en el rubro de gestión de residuos, por lo que las interacciones que se den con motivo de estos sistemas, que no tengan resguardos que eviten conductas contrarias a la libre competencia, el daño puede producirse en múltiples mercados e industrias, así como afectar a consumidores finales.

6.2 Indica que en un acuerdo de colaboración como el de SGN se facilitan las condiciones de detección y castigo que requiere una coordinación entre competidores, dada su duración indefinida en el tiempo, la posibilidad de transferencia de información estratégica y el contacto recurrente entre representantes de empresas competidoras. Por lo tanto, la FNE propone que debe hacerse un examen acucioso de los distintos aspectos que deben considerarse en el funcionamiento de SGN, en materias tales como la toma de decisiones, el manejo de los conflictos de interés y la independencia de los órganos de administración y de gestión del sistema.

6.3 Por su parte, respecto del análisis de las Bases, propone que debe centrarse en: (i) la existencia de resguardos para evitar conductas de colusión en licitaciones o *bid rigging*; (ii) fomentar la transparencia para impedir materialización de conflictos de interés; y (iii) examinar las exigencias técnicas, los criterios de evaluación y las condiciones comerciales establecidas en las Bases y los contratos, así como la certeza jurídica que da el proceso a los oferentes.

6.4 Luego, la FNE describe al SGN y sus actores. Señala que las Solicitantes pertenecen a dos grupos empresariales: Gildemeister y Derco, que desarrollan actividades centradas en la industria automotriz, existiendo un traslape en la comercialización de vehículos livianos y medianos nuevos, los que a su vez se

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

segmentan en: (i) vehículos de pasajeros; (ii) *Sports Utility Vehicles* (“SUV”); (iii) camionetas; y (iv) vehículos comerciales.

6.5 El grupo Derco representa las marcas Mazda, Renault, Suzuki, Haval, Great Wall, JAC y Changan, mientras que el grupo Gildemeister representa las marcas Hyundai, Mahindra, Brilliance, Baic, Sinotruk y Yutong. Conjuntamente concentrarían: (i) el 41,2% de las ventas de vehículos de pasajeros; (ii) el 24,9% de las ventas de SUV (con predominio de Derco, que alcanza un 19,5%); (iii) el 22,7% de las ventas de vehículos comerciales (con predominio de Derco, que alcanza un 19,5%); y (iv) el 22,1% de las ventas de camionetas.

6.6 La FNE señala que ambos grupos empresariales participan en la gestión de Neumáticos Usados (“NU”) y/o NFU a través de la empresa Ecovalor, dedicada a la gestión de retiro, transporte y disposición final de residuos automotrices.

6.7 Respecto a la participación de las Solicitantes en el total de neumáticos Categoría A, indica que no sería elevado, alcanzando un [0%-10%] en 2018. La mayor participación se da en los neumáticos ensamblados en vehículos, con participaciones superiores al [20%-30%] en 2020, mientras que en neumáticos para reposición no superan el [0%-10%] entre 2018 y 2020. Sin perjuicio de ello, ante la posibilidad de acceso de nuevos socios, las participaciones calculadas podrían subestimar el potencial de SGN en la gestión futura de NU y/o NFU.

6.8 Las Solicitantes no habrían ingresado neumáticos Categoría B en el mercado.

6.9 Luego, la FNE realiza un análisis de competencia de las reglas de acceso y funcionamiento del SGN contenidas en los Estatutos. Así, describe las categorías de socio, los requisitos y formas de ingreso al SGN y las causales de pérdida de la calidad de socio.

6.10 Posteriormente, expone la estructura orgánica del SGN: (i) Asamblea General; (ii) Directorio, que podrá formar comités, debiendo siempre nombrarse uno de Auditoría y *Compliance*; (iii) Comité de Licitaciones, es independiente y su fin es la evaluación y adjudicación de licitaciones, conformado por al menos tres integrantes; (iv) Alta Dirección, compuesta por una Gerencia General, a cargo de la administración de la Corporación y una Gerencia de Auditoría y *Compliance*, que debe diseñar y administrar un sistema de *compliance* que incluye materias de libre competencia; (v) Comisión de Ética, a cargo de la aplicación de medidas disciplinarias y conformada por tres socios; (vi) Panel Técnico, encargado de proponer a la Asamblea General el modelo tarifario y de garantías para la gestión de residuos y (vii) Comisión Arbitral, que tiene a su cargo la resolución de cualquier discrepancia técnica, económica o jurídica sobre la aplicación del modelo tarifario y de garantías

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejecutado por la Corporación. Los Estatutos no regulan la naturaleza del arbitraje, quorum de decisión o régimen de recursos aplicable, solo que su funcionamiento será regulado por un reglamento aprobado por la Asamblea.

6.11 La FNE expone los aspectos que identifica como insuficientemente tratados a la luz de los parámetros exigidos por la Ley REP.

6.12 En primer lugar, respecto al acceso abierto, resalta que no se prevé expresamente el plazo en el que un nuevo socio puede comenzar a exigir la prestación de servicios por parte de la Corporación, y que, si bien se cumple con el estándar definido en su Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia, recomienda contemplar un plazo máximo para el inicio de la prestación de dichos servicios.

6.13 Sobre el pago de cuotas adicionales a las ecotasas, considera necesario que al momento de ingresar a SGN, los productores sólo paguen un valor que refleje el costo directo de los gastos administrativos de revisión de sus antecedentes y que, luego, todos los gastos de operación, directos e indirectos, incluidos los costos hundidos, sean remunerados a través de las ecotasas. Las ecotasas de los socios permanentes podrían ser un poco menores que las de socios activos, de forma tal que las inversiones iniciales, costos hundidos y riesgos asociados a la constitución de SGN, se distribuyan de forma proporcional entre todos los socios, actuales y futuros, al menos por el tiempo necesario para que los socios originales recuperen dichos montos. Así, se evitan subsidios a los socios entrantes, que son competidores de los originales.

6.14 Luego, la FNE se pronuncia sobre las medidas disciplinarias y causales de expulsión de SGN.

6.15 Sobre la renuncia a SGN, plantea que su estructura podría erigirse como una barrera a la salida, y recomienda que la verificación que realiza el Directorio sea solo sobre las facultades del renunciante para llevar a cabo la renuncia.

6.16 En segundo lugar, se refiere a aspectos relativos a la participación equitativa de los socios. En lo concerniente a la distinción entre socios permanentes y activos, propone suprimirla, puesto que considera innecesario e injustificado privar de derechos políticos a una categoría de socio por el solo hecho de no haber concurrido al acto de fundación del sistema colectivo, postulando el diseño de ecotasas referido *supra*.

6.17 Luego, se refiere a representantes de los socios ante SGN, señalando que estos no deben ser ejecutivos relevantes de los socios en materias comerciales,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

deben encontrarse previamente designados y registrados en la Gerencia de Auditoría y *Compliance*, y debe prohibirse la delegación entre socios de SGN.

6.18 En tercer lugar, analiza el principio general de libre competencia, en el siguiente orden: (i) estructura del SGN (ii); determinación de modelo tarifario; (iii) riesgos de intercambio de información; (iv) solución de conflictos; (v) *compliance*; y (vi) modificación de Estatutos.

6.19 Respecto de la estructura del Sistema, señala que los requisitos para ser director son insuficientes y propone ampliar el régimen de causales de inhabilidad. Asimismo, postula que quienes desempeñen cargos de Gerente General y Gerente de Auditoría deben estar sujetos a requisitos de independencia, inhabilidades e incompatibilidades análogas a las que aplican a los directores.

6.20 La FNE indica que los Estatutos no contemplan limitaciones sobre integración vertical, y opina que no sería necesaria una prohibición absoluta para los socios de que participen las empresas relacionadas o que participen como gestores y que, a la vez, sean socios del SGN, pero estos sí deberían estar sujetos a un deber de abstención en los procesos de toma de decisión que afecten o puedan afectar sus intereses en el rubro de la gestión, o los de sus empresas relacionadas, debiendo constar tales abstenciones por escrito.

6.21 Sobre el rol del Comité de Licitaciones, señala que todos los miembros, o al menos la mayoría, deberían ser independientes.

6.22 En cuanto a los riesgos de intercambio de información entre competidores, considera que la información a la que pueda acceder el SGN debiera ser la mínima necesaria para la óptima realización de sus operaciones. Así, la FNE propone parámetros en el manejo de información comercialmente sensible, como: (i) darla a conocer solo de modo agregado y previa constancia escrita sobre su correcta recepción; (ii) darla a conocer solo a socios que previamente hayan suscrito acuerdos de confidencialidad; y (iii) encargarse su tratamiento y preparación a terceros o bien radicarlo exclusivamente a la Gerencia de Auditoría y *Compliance*, quienes deberán cumplir con los protocolos fijados para el tratamiento de esta información.

6.23 Sobre la determinación del modelo tarifario, se refiere al rol del Panel Técnico del SGN, su composición y forma de funcionamiento. Luego, revisa la Comisión Arbitral, proponiendo que se fijen las reglas de su procedimiento y sugiere un arbitraje mixto; y respecto del método de solución de conflictos, propone que se amplíe su objeto.

6.24 En cuanto al Programa de Cumplimiento y Gerencia de Auditoría y *Compliance*, sugiere que se incorporen ciertos elementos a nivel estatutario.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.25 Posteriormente, la FNE se refiere a las auditorías externas, indicando que además del auditor externo contemplado en la normativa medioambiental, debería incorporarse un experto en materias de competencia.

6.26 Además, plantea la necesidad de incorporar en los Estatutos mecanismos que eviten que las Asambleas sean una instancia facilitadora de conductas anticompetitivas entre socios, tales como los contemplados en la Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Asimismo, recomienda la presencia de un experto en materias de libre competencia.

6.27 Respecto a la modificación de los Estatutos, recomienda ordenar explícitamente en éstos el deber de contar con un informe favorable del Tribunal, cuando implique una modificación de las reglas de acceso y funcionamiento de SGN, en los términos de la Ley REP.

6.28 En un segundo capítulo, la FNE analiza las bases de licitación a la luz de la libre competencia, señalando que dicho análisis debe comprender la evaluación de: (i) riesgos unilaterales; (ii) riesgos coordinados; y (iii) eficiencia asignativa e intensidad competitiva.

6.29 En primer lugar, revisa las Bases de Licitación de Recolección, y describe el servicio licitado. Las empresas recolectoras deberán comprar y mantener acopios, instalarlos, implementar un servicio de retiro y trasladar los NU y/o NFU al centro de destino.

6.30 La FNE señala que el servicio de recolección de neumáticos presenta un importante grado de simplicidad tanto en el equipamiento requerido, como en la logística para su recolección, en comparación a la recolección de otros residuos. A nivel geográfico, el servicio de transporte de bienes se extiende a nivel nacional y presentaría altos grados de competencia. Así, indica que existirían al menos 18 gestores autorizados, desde la Región de Tarapacá hasta la Región de los Lagos.

6.31 En conclusión, la prestación del servicio de recolección de NU y/o NFU presentaría bajas barreras a la entrada, requiriéndose principalmente de camiones tolva o *ampliroll*, y con una necesidad de labores logísticas de una dificultad baja, dado que la recolección de NU y/o NFU estará determinada por los puntos de generación, mientras que el destino estará determinado por los centros de acopio previamente individualizados por cada oferente o por los centros de valorización adjudicados en la licitación de valorización, debiendo estar ellos determinados previo a la licitación.

6.32 Posteriormente, se refiere a los principales contenidos de las Bases, describiendo los componentes de la oferta económica y técnica.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.33 Luego, describe el régimen de garantías, la duración del contrato y sus causales de término.

6.34 En segundo lugar, analiza las Bases de Licitación de Valorización, que tienen por objeto adjudicar la compra o cobro de NU y/o NFU enteros con el fin de que el adjudicado los valore efectivamente. El SGN realizará la recolección de NU y/o NFU desde los diferentes puntos de generación, con el objetivo de asegurar su valorización mediante reciclaje mecánico, coprocesamiento, conversión térmica, pirólisis u otro método de valorización. El adjudicado deberá recibir la carga de forma continua, pesarla, pagar o cobrar por dicho material e implementar un sistema de trazabilidad.

6.35 Las Bases establecen obligaciones de los adjudicatarios, niveles mínimos de calidad, entre otros.

6.36 Luego, expone los aspectos principales de la industria y las operaciones de valorización que contempla el D.S. N° 8 para el cumplimiento de metas: (i) recauchaje; (ii) reciclaje material; (iii) coprocesamiento; y (iv) valorización energética.

6.37 Señala que existen dos tipos de actores en el plano nacional: valorizadores, quienes realizan procesos industriales para la recuperación y reutilización de residuos, y, por otro lado, intermediarios de materias primas, quienes operarían como un eslabón previo a la valorización final, en el que compañías acopian residuos en sus instalaciones, para luego transferirlos a valorizadores ubicados en territorio nacional o en el extranjero.

6.38 Luego, se refiere a la capacidad instalada de valorización, y el supuesto déficit alegado por las Solicitantes. La FNE sostiene que existe una capacidad instalada para valorizar 73.158 toneladas anuales de NU y/o NFU, de las cuales 23.805 corresponden a capacidad de valorizar NU, con lo que lo restante corresponde a NFU; los Procesos Priorizados (reciclaje material o recauchaje) por el D.S. N° 8, con los cuales se debe cumplir al menos el 60% de las metas, suman una capacidad instalada de 43.968 toneladas al año, y la capacidad proyectada para los próximos dos años es de 103.850 toneladas, de las cuales 25.390 toneladas al año corresponden a NU y 78.460 a NFU, mientras que 55.460 toneladas al año corresponden a Procesos Priorizados y 48.390 a otros procesos. Las capacidades antes indicadas se reparten entre 16 empresas. El índice Herfindahl Hirschman (IHH) actual alcanzaría los 1.306 puntos, y se reduciría hasta los 1.000 puntos en un horizonte de dos años.

6.39 De acuerdo a la información recabada por la FNE, existiría suficiente capacidad instalada para la valorización de NU y/o NFU en los primeros años de implementación de la Ley REP, considerando la capacidad actual y la capacidad proyectada a dos años. Si dicha capacidad se mantuviera constante, existiría un

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

déficit para el total a valorizar a partir del año 2028, mientras que la capacidad según los métodos prioritarios de valorización, presentarían déficit a partir del 2026. Hace presente que las metas pueden cumplirse vía exportaciones, y por tanto los intermediarios ejercerían cierta presión competitiva sobre los valorizadores.

6.40 Por tanto, opina que existen diversos actores que cuentan con capacidad instalada y proyectada para cumplir las metas durante los primeros años de implementación de la Ley REP.

6.41 Luego, describe que existiría un amplio rango de costos y tiempos de ingresos para los distintos tipos de procesos de valorización.

6.42 Posteriormente, se refiere a los principales contenidos de las Bases: parámetros de evaluación, régimen de garantías, duración del contrato y causales de término, para luego analizar los riesgos para la competencia.

6.43 En opinión de la Fiscalía, el potencial poder de mercado del SGN en la gestión de NU y/o NFU se vería morigerado por la existencia de otro sistema de gestión de NU y/o NFU que ha presentado solicitud de informe favorable a este Tribunal y que presenta 28 socios, los que presumiblemente tendrían mayores metas de gestión en el futuro.

6.44 Asimismo, exponen las cláusulas que pueden desalentar la participación de empresas interesadas, ya sea por erigir barreras artificiales a la entrada o por introducir un componente de incertidumbre al negocio.

6.45 La FNE considera que no puede efectuar un análisis cabal y completo de las Bases sin contar con los contratos tipo.

6.46 Por otro lado, postula la necesidad de adoptar un modelo de dos etapas en que se establezca una evaluación secuencial donde, en primera instancia, se evalúe el cumplimiento de un mínimo técnico o nota mínima por parte de los oferentes para, posteriormente, evaluar las ofertas económicas y adjudicar la licitación respectiva a la más conveniente en este último punto.

6.47 También destaca que debe eliminarse la cláusula que permite declarar desierta la licitación por no resultar conveniente a los intereses de SGN toda vez que, si los participantes cumplen con las exigencias de las bases y efectúan ofertas de acuerdo con los requerimientos establecidos para la evaluación técnica y económica, deberá proceder la adjudicación a aquel que haya obtenido un mayor puntaje.

7. A folio 35, Caren SpA aporta antecedentes, indicando que es una empresa dedicada a la importación, venta mayorista y menudeo de neumáticos, repuestos y accesorios automotrices enfocada a la industria del transporte. Previamente sus

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operaciones eran realizadas por su matriz, Acant Servicios Integrales S.A., por lo que cuenta con más de 40 años de experiencia en el mercado.

7.1 Caren también participa como importador de neumáticos en las categorías de camiones y buses, automóviles y camionetas, y en una menor proporción del mercado de neumáticos industriales de menor tamaño (inferiores a aro 57”).

7.2 Señala que ha identificado que el mercado es atomizado, altamente competitivo y sin barreras a la entrada, existiendo una libre importación de neumáticos por cuando no existen aranceles o cuotas de importación, ni requerimientos técnicos para los productos que ingresan al país. Indica que, según bases de datos del Servicio Nacional de Aduanas, existen alrededor de 350 empresas que participan en el mercado, y que las líderes en la importación de neumáticos de automóviles y camionetas, al igual que las de neumáticos de camiones, no superan el 12% y 16% (aproximadamente) de participación de mercado, respectivamente.

7.3 Sostiene que, en su calidad de productor de productos prioritarios, y como eventual miembro del SGN le interesa que este garantice un libre acceso, y que las bases de licitación propicien estructuras costo-eficientes que permitan intensa competencia entre gestores de residuos.

8. A folio 51, el 23 de mayo de 2022, las Solicitantes acompañaron nuevas versiones de los Estatutos del Sistema de Gestión de Neumáticos Usados y Fuera de Uso y de las Bases de Licitación con sus contratos anexos, que recogerían parcialmente las observaciones realizadas por el MMA y la FNE.

9. A folio 54, la FNE aportó nuevos antecedentes respecto a los documentos acompañados a folio 51, indicando que subsistían cuestiones que debían ser modificadas en los Estatutos.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

10. A folio 40, consta la citación a la audiencia pública para el 29 de junio de 2022, a las 9:30 horas. El 23 de mayo de 2022, se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta a folio 46, mientras que la publicación en el sitio web del Tribunal se realizó el 7 de abril del mismo año.

11. En la audiencia pública, la que se realizó mediante videoconferencia, atendida la emergencia sanitaria imperante en el país, intervinieron los apoderados de las Solicitantes, del Ministerio del Medio Ambiente y de la Fiscalía Nacional Económica, según consta en el certificado de folio 69.

II) PARTE CONSIDERATIVA

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME Y ESTÁNDAR DE REVISIÓN

1. De conformidad al artículo 5° del D.S. N° 8, la responsabilidad extendida del productor se aplica a los productores que introduzcan neumáticos en el mercado nacional, con independencia de si estos forman parte integrante de un vehículo o maquinaria de cualquier tipo, o si han sido introducidos de forma aislada, para reposición.

2. En este contexto, las Solicitantes han requerido 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 aspectos: (a) que declare que en las bases de licitación para la contratación del servicio de manejo de residuos no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; y (b) que en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGN no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

3. Un primer aspecto que debe despejarse es el alcance de la revisión que debe efectuar este Tribunal en relación con las propuestas de Estatutos y de Bases de licitación que han sido sometidas a su conocimiento por las Solicitantes.

4. A este respecto, debe considerarse que varias disposiciones de la Ley REP hacen referencia a la protección de la libre competencia en adición a la exigencia de contar con el antedicho informe. Así, la libre competencia se establece como uno de los principios que inspiran la ley, en particular respecto del funcionamiento de los sistemas de gestión y la operación de los gestores (artículo 2°, letra e); puede ser utilizada para restringir la aplicación, ya sea de un sistema individual, ya sea de uno colectivo (artículo 19); y, se dispone que los estatutos de los sistemas colectivos deben garantizar su respeto (artículo 20).

5. Los sistemas colectivos de gestión suponen una colaboración entre empresas que pueden ser competidoras en distintos mercados, lo que implica riesgos para la competencia en función de la interacción que se da entre los socios con motivo de la conformación y funcionamiento de esos sistemas, y de la información comercialmente sensible que puede ser objeto de intercambio. Precisamente estos riesgos son los que han llevado al legislador a requerir la participación de este Tribunal en relación con las reglas y procedimientos de incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de los sistemas colectivos, y con las bases de licitación para la contratación del servicio de manejo de residuos.

6. Con todo, la Ley REP no impone una forma determinada de conformación o actuación a los sistemas colectivos de gestión, ni establece un modelo único para las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitaciones a que deben llamar, sino que asegura un alto grado de autonomía para los socios. La Ley REP sólo exige que no se impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, de modo que es posible que surjan un sinnúmero de estructuras corporativas o reglas de licitación, respecto de las cuales debe analizarse su conformidad con la libre competencia. En otras palabras, la revisión que debe hacer este Tribunal, así como sus recomendaciones, no apuntan a la determinación de reglas óptimas desde una perspectiva de competencia o de eficiencia para ser incluidas en los estatutos o en las bases de licitación, sino a un objetivo más modesto, cual es el evitar que se concreten los riesgos que pueden surgir en este tipo de sistemas. Al haberse optado por un modelo regulatorio en que distintos sistemas colectivos compiten por atraer socios, es esa autonomía de los socios para regular sus interacciones, con el límite de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, la que permite que los distintos sistemas prosperen o decaigan en función de sus méritos, al mismo tiempo que surja un mercado secundario de proveedores de servicios de manejo de residuos.

B. MERCADOS RELEVANTES

7. En lo que concierne al mercado relevante, su determinación se encuentra fundada en delimitar el estudio de actuales o eventuales conductas que inciden sobre un conjunto de bienes o servicios (dimensión del producto), dentro de un territorio acotado (dimensión geográfica), respecto de los cuales sea posible que un agente económico ejerza poder de mercado o afecte el proceso competitivo de los respectivos partícipes, a saber, compradores y/o proveedores.

8. Por tanto, solo en cuanto se determinen los mercados que podrían verse afectados ante la conformación de un sistema de gestión colectiva, será posible para este Tribunal determinar los resguardos necesarios para proteger la libre competencia.

9. A tal efecto, son tres los mercados relevantes en los que recae este Informe, a saber: (i) el o los mercados donde dos o más socios del sistema de gestión colectiva se encuentran como vendedores de un mismo producto o servicio, o eventuales sustitutos (“mercados aguas arriba”); (ii) el mercado de los servicios de gestión de residuos de manera colectiva para el cumplimiento de la Ley REP, el cual se encuentra compuesto por estos mismos sistemas (“mercado de los sistemas”); y (iii) el o los mercados en donde inciden las licitaciones del sistema de gestión colectiva (“mercados aguas abajo”). Cada uno de ellos se explica a continuación.

B.1. Mercados donde dos o más socios se encuentran como vendedores de un mismo producto o servicio, o de sustitutos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. En primer lugar, es necesario recordar que la constitución del SGN busca alcanzar las eficiencias que puedan resultar de la contratación conjunta de varios agentes económicos que requieren un mismo servicio, en este caso, la gestión de sus residuos. En ese sentido, los sistemas de gestión colectiva pueden actuar de manera similar a un acuerdo de cooperación horizontal (véase, pp. 44-49, Comisión Europea, 2011. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Comunicación de la Comisión. *Diario Oficial de la Unión Europea*).

11. Así, la relevancia de estos acuerdos horizontales no recae únicamente en los bienes o servicios que se desean adquirir conjuntamente, sino que también, en los mercados en que sus integrantes, que, para estos efectos, son los asociados al sistema de gestión colectiva, puedan encontrarse como vendedores de un mismo producto o servicio, o de eventuales sustitutos, si ese fuere el caso. Ello, ya que su participación en el SGN puede influir en su desenvolvimiento competitivo en otros mercados.

12. Para efectos de determinar estos mercados, las Solicitantes se refirieron a las estadísticas de la Cámara de la Industria del Neumático en Chile A.G., las cuales muestran un crecimiento sostenido del parque automotor y de neumáticos en los últimos años. Específicamente, indicaron que para 2020 se importaron aproximadamente 3.076.000 neumáticos de automóviles y camionetas, y que durante los dos primeros trimestres de 2021 dicho monto ascendió a 3.333.000 neumáticos aproximadamente (folio 9, pp. 13-14).

13. Por su parte, la Fiscalía indicó que el 100% de los vehículos nuevos vendidos en Chile son importados (folio 33, p. 20), e identificó que las Solicitantes –compuestas por dos grupos empresariales– se traslaparían en cuatro actividades económicas; ellas son: (i) la comercialización de vehículos automotores nuevos y usados tanto a nivel mayorista como minorista; (ii) la comercialización de partes y repuestos de vehículos; (iii) la prestación de servicios postventa para vehículos; y (iv) la gestión de residuos automotrices, respecto a su retiro, transporte y disposición final (folio 33, pp. 20-24).

14. En cuanto a la primera actividad económica (comercialización de vehículos automotores), la FNE indicó que la compraventa de vehículos usados estaría más atomizada que la de los nuevos, puesto que éstos no dependen de importaciones y en el mercado también participan como oferentes los usuarios finales de estos productos. Agregó que Derco no superaría un 5%, sin especificar las unidades ni el espacio temporal en que dicho porcentaje fue obtenido, y que, con independencia de Gildemeister, no alcanzarían ambas una participación conjunta considerablemente

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distinta de la individual (folio 33, p. 23). En relación con los vehículos nuevos, señaló que las Solicitantes comercializan importantes marcas dentro de la industria automotriz. En ese sentido, en 2021, las Solicitantes alcanzaron un 28,9% del total de unidades de vehículos vendidos en el país (considerando los vehículos SUV, de pasajeros, comerciales y camionetas). Si se consideran las unidades vendidas por categoría de vehículos, el porcentaje anterior asciende a un 41,2% en el caso de vehículos de pasajeros, con un 24,9% para vehículos SUV (esto es, a grandes rasgos, con tres o cinco puertas y con apariencia de vehículo todoterreno), y aproximadamente a un 22% de forma individual para comerciales y camionetas (folio 33, pp. 22-23).

15. Respecto a la segunda actividad económica (comercialización de partes y repuestos), la FNE indicó que no observó mayores participaciones conjuntas, con Derco alcanzando una participación entre el rango de 5% a 15%, sin haber especificado el espacio temporal de dichos porcentajes ni las unidades bajo las cuales fueron obtenidos (folio 33, p. 23). Asimismo, señaló que las Solicitantes, en el período que se extiende desde 2018 a 2021, nunca superaron un 10% del total de neumáticos de reposición de Categoría A puestos en el mercado (folio 33, p. 25).

16. Sobre la tercera actividad económica (prestación de servicios postventa), la Fiscalía indicó que para estos servicios la competencia se daría principalmente a nivel *intra-marca* –ello es, al interior de cada marca o red concesionaria– existiendo presión competitiva por parte de talleres mecánicos independientes (folio 33, p. 23).

17. Finalmente, respecto de la gestión de residuos automotrices, la FNE esgrimió que las Solicitantes participan de esta actividad por medio de la empresa Ecovalor S.A., creada en 2012 con el objeto de adelantarse a la promulgación de la Ley REP (folio 33, p. 23). Sin embargo, este Tribunal hace presente que Ecovalor S.A. no figura dentro de la información sobre gestores autorizados para recolectar residuos de neumáticos, entregado por el MMA a la Fiscalía en su investigación (folio 33, pp. 68-69).

18. A juicio de la Fiscalía, la participación conjunta que alcanzan las Solicitantes en la comercialización de automóviles y la integración vertical que presentan con eventuales proveedores de los servicios de gestión de residuos son especialmente relevantes para el análisis que debe realizar este Tribunal (folio 33, p. 24). Por otro lado, cabe indicar que en el aporte del MMA (folio 24) no constan antecedentes que ayudaren a cristalizar la delimitación de estos mercados.

19. Atendido que en estos autos no se cuenta con antecedentes exhaustivos respecto de las condiciones de competencia en cada uno de los rubros anteriores, no es posible identificar a cabalidad los mercados relevantes en los cuales las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Solicitantes compiten. No obstante, una de las principales preocupaciones en este proceso es si la instancia convoca a competidores y, a través de esa convocatoria, se puede limitar la competencia. Así, para efectos de evaluar la necesidad de adoptar resguardos resulta suficiente confirmar la existencia de mercados en donde dos o más socios se encuentren o traslapen, con el fin de prever la posibilidad de conductas anticompetitivas, más allá de la identificación particular de los mismos. Al respecto, la investigación de la FNE muestra que las Solicitantes se encuentran en la venta de vehículos nuevos y la gestión de residuos automotrices.

20. Más aun, si se considera que a la fecha de este Informe no se encuentra en operación ningún sistema de gestión vinculado a neumáticos, es probable que, en la competencia por la incorporación de nuevos socios, se presenten nuevos o mayores traslapes en otros mercados y que, en los mercados que comparten, la relevancia de sus socios sea mayor a la que actualmente es observable. Prueba de ello es que, como mostró la FNE, de 2018 a 2020 entre un 66% y 72% de las toneladas de neumáticos puestos en el mercado no se encuentran –de momento– vinculadas a ninguno de los eventuales sistemas de gestión colectiva que han solicitado un informe ante esta sede (folio 33, p. 26). Por consiguiente, y en atención a los incentivos que dispone la Ley REP para el cumplimiento colectivo de las metas por sobre su cumplimiento individual, es probable que gran parte de dicho porcentaje termine distribuyéndose entre los primeros sistemas que resulten disponibles.

21. En conclusión, atendida la información aportada en estos autos y el análisis previo, los resguardos del Tribunal tendrán presente los siguientes rubros comerciales: (i) la comercialización de vehículos automotores nuevos; y (ii) la gestión de residuos automotrices. Ello, sin perjuicio que las medidas plasmadas en este Informe deben poder adecuarse a los eventuales mercados adicionales que pudieran resultar relevantes ante la incorporación de nuevos socios por parte del SGN, o ante la evolución o crecimiento de sus actuales asociados.

B.2. Mercado de sistemas de gestión colectiva

22. Los sistemas de gestión colectiva se desempeñarán dentro del mercado como agentes económicos dotados de cierta autonomía con la cual competirán, por un lado, por la incorporación de nuevos asociados y, por otro lado, por obtener el menor costo para la gestión de sus residuos. En esa misma línea, mientras más socios incorpore un sistema, mayor será la compra conjunta que licitará para la gestión de sus residuos y, en consecuencia, mayor será la probabilidad de aprovechar las economías de escala del mercado (logrando así un menor costo para la gestión de sus residuos).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

23. De este modo, para identificar los riesgos a la libre competencia que guiarán el análisis de este Tribunal, es necesario: (i) determinar el mercado relevante en el que incidirá el SGN, y (ii) evaluar su relevancia dentro de dicho mercado relevante (véase, OCDE, 2016. *Extended Producer Responsibility: Updated Guidance for Efficient Waste Management*. OECD Publishing, numeral 4.3.1, pp. 124-136). En particular, la presente subsección analizará la relación de estos sistemas con los productores, dejando para la siguiente la contratación conjunta de ellos a licitar y, por tanto, su relación con los proveedores de los servicios de gestión de residuos.

24. Siguiendo este orden de ideas, en primer lugar, la dimensión del producto en este mercado puede delimitarse a la asociación que ofrecen estos sistemas para que los productores puedan acceder al servicio de gestión colectiva de sus residuos (en este caso particular, de neumáticos) y dar así cumplimiento a la Ley REP. En efecto, así también lo enuncian las Solicitantes al decir que “*el SGN opera como intermediario entre sus productores asociados y los gestores autorizados con quienes se licita la contratación de la gestión y manejo de los residuos*” (folio 9, p. 10). De igual forma, como se verá, este producto estará provisto de un precio o tarifa y –de forma análoga a otros mercados– cada productor (consumidor) deberá evaluarlo junto con las eventuales reglas y procedimientos de incorporación que adopten los sistemas colectivos (proveedores) para determinar, finalmente, de cuál de ellos adquirirlo.

25. En lo que concierne a la dimensión geográfica de este mercado, cabe señalar que aquella se limita al territorio nacional, puesto que, por una parte, los artículos 5° y 6° de los Estatutos (folio 6, pp. 1-2) dan cuenta que no existen requisitos geográficos para adquirir la categoría de socio –ya sea permanente o activo– más allá de los propios que sean provistos por la Ley REP (además de los artículos 4° y 5° inciso primero del D.S. N° 8) los cuales condicionan la calificación de Productor al mercado nacional. Por otra parte, en atención a la información aportada por las Solicitantes, tampoco se observa que el Plan de Gestión o los Estatutos establezcan diferencias conforme a las distintas zonas geográficas de nuestro país, a propósito de las tarifas del servicio o de los requisitos para ser incorporado como socio del SGN.

26. En conclusión, el mercado relevante está constituido por la asociación y entrega del servicio de gestión de residuos de neumáticos (dimensión del producto) para el cumplimiento colectivo de la Ley REP; a lo largo de todo el territorio nacional (dimensión geográfica). En dicho mercado, los sistemas colectivos de gestión (proveedores) compiten por la incorporación de asociados (consumidores) a través del ofrecimiento del servicio de gestión de residuos de neumáticos (producto) a menores precios y/o mejores condiciones.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

27. En segundo lugar, corresponde determinar la relevancia del SGN dentro del mercado relevante definido. Al respecto, en la Solicitud no se acompañaron estadísticas que permitieran evaluar los residuos de neumáticos que generarían ni tampoco las condiciones de competencia respectivas. No obstante, las Solicitantes resaltaron que existen otras dos iniciativas para la creación de sistemas de gestión colectiva, una de ellas creada al alero de Chile Neumáticos A.G. y la otra anunciada por la Asociación Nacional Automotriz de Chile A.G. (folio 9, p. 15).

28. Por su parte, la Fiscalía estimó que la participación de las Solicitantes dentro del número de neumáticos Categoría A puestos en Chile –tanto de reposición como ensamblados a vehículos automotores– de 2018 a 2021, no superaría el 10% del mercado (véase Tabla N° 5 y Gráfico N° 3, folio 33, pp. 25-26). Asimismo, mostró que dicha participación asciende a un valor entre 20% y 30% si se considerasen únicamente neumáticos ensamblados; sin embargo, en base a las mismas estadísticas, aproximadamente un 80% de los neumáticos del mercado son de reposición (folio 33, p. 25), siendo por ello los más relevantes.

29. En el mismo sentido, la Fiscalía indicó que el número de neumáticos que no se encuentran subsumidos en ningún sistema de gestión colectiva en actual revisión en esta sede sería del orden de aproximadamente dos de cada tres que fueron introducidos en el mercado, entre 2018 y 2020 (folio 33, p. 26).

30. Adicionalmente, ninguna de las aportantes de estos autos se refirió concretamente a la existencia de barreras a la entrada en este mercado relevante, sin perjuicio de confirmar la existencia de costos hundidos propios de la conformación inicial de los sistemas colectivos de gestión (folio 33, pp. 43-44, y folio 60, p. 11).

31. Por consiguiente, si bien las estadísticas enunciadas dan cuenta que el SGN –con sus integrantes actuales– no posee una participación significativa respecto al número de neumáticos Categoría A introducidos en nuestro país, debe considerarse que su participación podría acrecentarse ante: la incorporación de nuevos socios, toda vez que el mercado presenta una gran cantidad de neumáticos sin vínculo con alguna de las propuestas actuales y, por ello, de Productores que todavía no se encuentran asociados a ningún sistema; y los mismos incentivos que dispone la Ley REP para su cumplimiento colectivo por sobre individual. Del mismo modo, pese a que las Solicitantes y el resto de las aportantes no identificaron barreras a la entrada en este mercado relevante, a juicio de este Tribunal resulta difícil afirmar o descartar la aparición de ellas atendido la etapa prematura en que se halla este mercado. En ese sentido, debe considerarse para el análisis, a lo menos, los costos hundidos o inversiones iniciales que debieren realizar ciertos agentes económicos para el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

impulso de estos sistemas de gestión colectiva, junto con el tiempo e incertidumbre asociado a la conformación de ellos.

B.3. Mercados en que inciden las bases de licitación

32. En tercer lugar, como se expuso anteriormente, los sistemas de gestión colectiva poseen como fin la contratación conjunta de los servicios de gestión de residuos por parte de varios Productores, de modo de aprovechar las economías de escala del mercado. Por ello, es imperativo para este Tribunal determinar el o los mercados que se verán afectados por dicha contratación. En ese sentido, el artículo 24 inciso segundo de la Ley REP indica que, para efectuar aquella contratación conjunta, *“los sistemas colectivos de gestión deberán realizar una licitación abierta, esto es, un procedimiento concursal, mediante el cual el respectivo sistema de gestión realiza un llamado público a través de su sitio electrónico, convocando a los interesados”*. En este caso particular, las Solicitantes proyectan dos llamados a licitación, de modo que, por una parte, están (i) las bases de licitación para el servicio de recolección de NFU de Categoría A, o Bases de Recolección (folio 48); y, por otra, (ii) las bases de licitación para el servicio de valorización de NFU, también de Categoría A, o Bases de Valorización (folio 49).

33. Por consiguiente, en lo que sigue de esta subsección, se procede a: (i) determinar el o los mercados relevantes en los que inciden cada una de las Bases; y luego, (ii) evaluar la relevancia del SGN como demandante, en ese mercado relevante.

34. De esta forma, siguiendo el marco analítico de este Tribunal en decisiones recientes (*v.gr.*, resoluciones N° 71/2022, párrafo 16; N° 72/2022, párrafos 14 y 15; y N° 73/2022, párrafo 7), puesto que en este caso el SGN actuará como un agente económico que demanda bienes o servicios por medio de una licitación, el mercado relevante del producto debe entenderse como *“aquel en el que inciden los bienes y servicios licitados”* (Sentencia N° 168/2019, c. 10°-11°; y Sentencia N° 114/2011, c. 27°-30°).

35. En lo que respecta al servicio a licitar dentro de las Bases de Recolección, aquel abarca las actividades de retiro, transporte y descarga de residuos, junto con la compra, mantención e instalación de acopios (folio 48, pp. 4-5, y folio 33, pp. 66-67). Asimismo, el servicio a licitar contenido en las Bases de Valorización contempla las actividades de reciclaje mecánico, coprocesamiento, conversión térmica, pirólisis u otro método de valorización (folio 49, p. 6, y folio 33, pp. 74-77).

36. A propósito del mercado relevante geográfico, las Bases de Recolección separan la presentación de ofertas en torno a zonas y regiones de Chile; advirtiendo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que una región puede separarse en varias zonas (folio 48, pp. 29 y 32). Sobre las Bases de Valorización, no se aprecian separaciones geográficas en las ofertas, sin perjuicio de indicar que el servicio de valorización puede ser nacional o internacional (folio 49, p. 6).

37. A tal efecto, para emitir un diagnóstico sobre la dimensión geográfica del mercado, resulta necesario ahondar en qué tan factible sería que estos gestores puedan operar a lo largo de todo el país, o si, por el contrario, su operación se encuentra limitada a una zona o región en particular (véase, pp. 91-93, numeral 2.4.1, O'Donoghue, Robert, y Padilla, Jorge, 2006. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Hart Publishing, Bloomsbury Academic). Así, respecto a ello, la Fiscalía señaló que “[a] nivel geográfico, el servicio de transporte de bienes se extiende a nivel nacional y presentaría altos grados de competencia” e identificó 18 empresas que calificarían como gestores autorizados para recolectar residuos de neumáticos, de acuerdo con antecedentes solicitados al MMA, quienes abarcan desde la Región de Tarapacá hasta la Región de los Lagos (folio 33, pp. 68-69). Asimismo, agregó a otras diez empresas que poseen el equipamiento necesario para la recolección de NFU (folio 33, p. 69, párrafo 213, y nota al pie N° 212), incluyendo entre ellas a la empresa Ecovalor S.A. que, como se enunció anteriormente, se encuentra relacionada a las Solicitantes.

38. En el mismo sentido, las Solicitantes identificaron a 13 empresas que participan en el transporte de NFU de Categoría A (folio 6, p. 21-22), y a otras 15 empresas que participarían en la valorización de dichos neumáticos (folio 6, p. 20), sin precisar la extensión geográfica de sus operaciones. Con el fin de obtener indicadores más concretos, este Tribunal estudió la información pública contenida en los sitios *web* de las empresas antedichas, observando que estos actores brindan sus servicios en diversas regiones, algunos incluso llegando a operar en todas las regiones del país. Por consiguiente, sobre la base de los antecedentes presentados en estos autos, en vista de que los servicios a licitar se demandan a lo largo de todo Chile, y a que no se observan límites geográficos de envergadura cuando se trata de su suministro, los servicios de gestión de residuos contemplan todo el territorio nacional.

39. En conclusión, el mercado relevante se encuentra conformado: (i) por un lado, por la demanda de servicios de recolección de residuos de neumáticos; y, (ii) por otro lado, por la demanda de servicios de valorización y/o eliminación de residuos de neumáticos (dimensión del producto); sobre los cuales inciden las Bases de Recolección y las Bases de Valorización, respectivamente. Ambos, a lo largo de todo el territorio nacional (dimensión geográfica).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

40. En resumidas cuentas, en este mercado relevante, los sistemas de gestión colectiva (demandantes) licitan la contratación conjunta de los servicios de gestión de residuos de neumáticos, en beneficio de sus asociados (consumidores finales), a los gestores de manejo de residuos (proveedores) para el cumplimiento colectivo de las obligaciones establecidas por la Ley REP para ese producto prioritario.

41. Ahora bien, para evaluar la relevancia del SGN como parte demandante en los mercados relevantes recién definidos, las mismas estadísticas expuestas en la subsección anterior (párrafo 28 y 29 *supra*) dan cuenta que, de momento, las Solicitantes no superaron el 10% de los neumáticos Categoría A puestos en Chile, entre 2018 y 2021 (folio 33, pp. 25-26). Sin embargo, por lo que se indicará en la subsección D.7, dicho porcentaje podría enfrentar cambios en la actualidad. Asimismo, puesto que dos tercios del total de neumáticos Categoría A en Chile no se encuentran adheridos todavía a ningún sistema de gestión colectiva (folio 33, p. 26), y atendido los incentivos que dispone la Ley REP para su cumplimiento colectivo por sobre el individual, es probable que la relevancia del SGN vaya en aumento durante los próximos años. De igual forma, y como ya se expuso en el párrafo 31 anterior, debido a que este mercado se encuentra recién en sus inicios, no es posible identificar de momento barreras al ingreso de otros sistemas (compradores) que compitan contra el SGN.

42. Por otro lado, cabe hacer presente que, de acuerdo con lo indicado por la Fiscalía, las Solicitantes se encuentran integradas verticalmente con un gestor de manejo de residuos, Ecovalor S.A. (folio 33, pp. 23-24). Asimismo, la Fiscalía señaló que *“[e]xistiría suficiente capacidad instalada para la valorización de NU y/o NFU en los primeros años de implementación de la Ley REP [...] Si dicha capacidad se mantuviera constante, existiría un déficit para el total a valorizar a partir del año 2028, mientras que la capacidad según los métodos prioritarios de valorización, presentarían déficit a partir del 2026”* (folio 33, p. 81). Por tal motivo, si llegase a ser ese el caso, las metas de valorización deberían cumplirse vía exportaciones de neumáticos, de acuerdo con lo indicado en el artículo 26 inciso tercero del D.S. N° 8.

43. De este modo, en la siguiente sección se procede a identificar cada uno de los riesgos que pudieran materializarse en los referidos mercados relevantes.

C. RIESGOS A LA COMPETENCIA

44. Habiendo definido los mercados relevantes, corresponde determinar los eventuales riesgos a la libre competencia que guiarán el análisis de este Tribunal para establecer los resguardos que el SGN deberá adoptar. Para ello, es necesario tener presente los siguientes cuatro elementos.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

45. En primer lugar, según se consigna expresamente en el artículo 2° de la Ley REP, uno de sus principios rectores es la libre competencia. La letra e) del referido artículo establece que *“el funcionamiento de los sistemas de gestión y la operación de los gestores en ningún caso podrá atentar contra la libre competencia”*. Igualmente, de los artículos 20 inciso cuarto, 24 inciso cuarto y 26 inciso primero y letra c) del mismo cuerpo normativo, se desprende que la preocupación del legislador por los riesgos en materia de libre competencia derivados de la gestión colectiva de residuos por parte de la asociación de productores y las condiciones en las que se contrate su manejo con terceros.

46. En segundo lugar, el marco normativo compuesto por la Ley REP y el D.S. N° 8 contiene fuertes incentivos para que los Productores cumplan las metas de recolección y valorización de sus productos prioritarios de forma colectiva y no individual. En efecto, el considerando 20° del referido decreto señala que *“atendido el riesgo que existe de que se produzcan distorsiones de mercado por la existencia de sistemas individuales de gestión, [...] se ha restringido su aplicación permitiendo que estos sistemas sólo puedan cumplir con sus metas de recolección y valorización con los residuos de los neumáticos que han introducido al mercado, de forma tal de impedir que un productor que no se asocia con otros en un sistema colectivo, pueda dar cumplimiento a sus metas con los residuos de los neumáticos que otro productor introduce al mercado”* (véase, en el mismo sentido, el considerando 22° y el artículo 9° inciso segundo del mismo decreto).

47. En tercer lugar, la Ley REP en su artículo 20 inciso primero indica que *“[l]os productores que asuman el cumplimiento de sus obligaciones de manera colectiva, deberán hacerlo mediante la constitución o incorporación a una persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados, la que será responsable ante la autoridad”*. Agrega el inciso tercero del mismo artículo que, *“[e]n caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor, cada productor responderá ante el sistema colectivo que integre, en proporción a las metas que le apliquen”*. De esta manera, es posible inferir que, en caso de que un sistema de gestión colectiva no cumpla con sus metas de recolección y valorización de residuos de neumáticos –contenidas en el artículo 20 del D.S. N° 8– los productores asociados deberán responder ante dicho sistema y, al mismo tiempo, ese sistema deberá responder ante la autoridad pertinente.

48. Finalmente, cabe señalar que, como se mencionó en la sección anterior, los sistemas de gestión colectiva pueden analizarse bajo la perspectiva de un acuerdo de colaboración horizontal entre competidores (véase, por ejemplo, Comisión Europea 2011, pp. 44-49; y, Comisión Federal de Comercio y Departamento de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Justicia de EE. UU., 2000. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, p. 14, numeral 3.31(a)), sin que por ello califiquen necesariamente como una operación de concentración bajo las hipótesis previstas en el artículo 47 del D.L. N° 211 (*v.gr.*, Resolución N° 22/2007, p. 31; y, Resolución N° 54/2018, párrafos 12 a 14). En ese sentido, la FNE señaló que, a la fecha de su presentación, ha analizado dos propuestas de sistemas en los cuales ha sido descartada esta figura, pero indicando que, sin embargo, “[n]o puede descartarse a priori que, según las circunstancias concretas del caso, un sistema de gestión colectivo de residuos pueda reunir los elementos necesarios para considerarse una operación de concentración” (folio 70, p. 7, nota al pie N° 11).

49. De esta manera, considerando las ideas recién expuestas, en lo que sigue de esta sección se identifican los riesgos en materia de libre competencia, distinguiendo entre: (a) aquellos relacionados con las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión (es decir, con los respectivos Estatutos y Plan de Gestión); y (b) aquellos relacionados con las bases de licitación para los servicios de gestión de residuos de neumáticos (a saber, las Bases de Recolección y de Valorización).

C.1. Riesgos asociados a las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión

50. En lo que respecta a los Estatutos y el Plan de Gestión del Sistema, es necesario evaluar cómo ambos podrían llegar a afectar negativamente: (a) el o los mercados en que dos o más socios se encuentran como vendedores de un mismo producto o servicio, o eventuales sustitutos (mercados aguas arriba); y (b) el mercado de los servicios de gestión de residuos de manera colectiva para el cumplimiento de la Ley REP (mercado compuesto por sistemas colectivos de gestión).

51. En cuanto a los mercados aguas arriba, debe considerarse que los productores parte de un mismo sistema de gestión colectiva no necesariamente serán competidores en sus respectivos mercados. Por un lado, existen múltiples actividades económicas que pueden generar los mismos residuos, como, por ejemplo, la venta al por mayor de automóviles nuevos y la venta de repuestos para automóviles; y, por otro lado, un mismo sistema podría gestionar distintos tipos de residuos, como neumáticos de Categoría A y de Categoría B, ambos considerados en el D.S. N° 8.

52. En el caso particular de las Solicitantes, los antecedentes muestran que gran parte de ellas son vendedoras de un mismo producto o servicio. Más aún, como se indicó en el párrafo 20 precedente, la incorporación de nuevos asociados puede alterar la situación actual, incrementando el número de socios que operen en los mismos mercados.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

53. En consecuencia, al interior del SGN se pueden generar instancias que faciliten, produzcan o incentiven la coordinación entre competidores, el traspaso de información comercialmente sensible entre ellos e, inclusive, su colusión, afectando así la competencia de sus asociados (véase, Carstensen, Peter, 2010. Buyer cartels versus buying groups: legal distinctions, competitive realities, and antitrust policy. *William & Mary Business Law Review*, Vol. 1, pp. 30-34; y, Comisión Federal de Comercio y Departamento de Justicia de EE. UU. 2000, op. cit., pp. 15-16, numeral 3.31(b)).

54. Sin perjuicio que la normativa contempla explícitamente el deber de los productores y de los sistemas de gestión colectiva de velar por el adecuado manejo de información comercialmente sensible (D.S. N° 8, artículos 7°, letra f), y 15 inciso segundo, letras c) y d), el traspaso de información estratégica más allá de aquella indispensable para el ejercicio de las funciones de un sistema y lograr una operación eficiente, puede tener consecuencias adversas para la competencia. En el caso en análisis, los estatutos del SGN contemplan la realización de asambleas anuales entre sus socios (folio 82, pp. 11-15) y la entrega de información comercial –y potencialmente sensible– para el cálculo de las metas de recolección y valorización (folio 82, p. 25), situaciones que requieren la toma de resguardos específicos en dicha materia.

55. Por otra parte, es necesario evitar el riesgo de exclusión del SGN en perjuicio de terceros interesados, lo que pudiera hacerse para dificultar su cumplimiento normativo, o simplemente para afectar su desenvolvimiento competitivo en un mercado (véase, OCDE, 2022. Purchasing Power and Buyers' Cartels. *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, pp. 24-25; y Comisión Federal de Comercio y Departamento de Justicia de EE. UU. 2000, p. 19, numeral 3.34(a)).

56. La existencia de economías de escala, por ejemplo, hace que la pertenencia a un sistema de gestión colectiva permita reducir significativamente los costos y, por lo mismo, evitar la asociación de otros competidores en los mercados aguas arriba elevaría sus costos, limitando su capacidad de competir en aquellos. Los mismos incentivos pueden llevar a un boicot colectivo, donde los socios de un sistema acuerden no relacionarse comercialmente con algún actor particular del mercado.

57. A este riesgo se refiere el inciso cuarto del artículo 20 de la Ley REP, que indica que “*los estatutos deberán garantizar la incorporación de todo productor del respectivo producto prioritario, en función de criterios objetivos*”, ordenando que se asegure el respeto a la libre competencia.

58. En conclusión, este Tribunal debe resguardar (a) que la interacción de los productores, en el contexto del SGN, no facilite, produzca o incentive la coordinación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o colusión entre ellos, ni el traspaso de información comercialmente sensible, más allá de aquella que es indispensable para la operación eficiente del mismo; y, (b) que no excluyan del Sistema a terceros interesados con el fin de generarles una desventaja competitiva en sus costos, dificultar su cumplimiento normativo, o limitar su desempeño competitivo.

59. En cuanto al mercado de sistemas colectivos de gestión, los riesgos a la competencia recaen en los factores que podrían impedir que los mismos puedan –actual o potencialmente– desenvolverse como agentes económicos autónomos que compiten en el mercado a través de la incorporación de nuevos socios y de la obtención del menor costo para la gestión de sus residuos.

60. Un primer riesgo identificable es que eventuales sistemas de gestión colectiva vean dificultada o imposibilitada su entrada a este mercado, por ejemplo, si un sistema incumbente estableciera condiciones que obstaculizaren la salida de socios, para que sistemas entrantes vean entorpecida su capacidad de adquirir nuevos asociados, incrementando a su vez sus costos por el desaprovechamiento de economías de escala. Asimismo, un sistema incumbente podría establecer condiciones a sus proveedores o gestores que les imposibiliten prestar servicios a sistemas entrantes, o entregarlos en igualdad de condiciones. Situaciones como las descritas afectarían la competencia entre sistemas por incorporar nuevos socios.

61. Este Tribunal es consciente del interés legítimo de las Solicitantes en eliminar comportamientos oportunistas, asociados al “parasitismo” (conocido en inglés como *free riding*) que pudiera darse al interior del SGN, dado el costo económico soportado por unos para la conformación del sistema (véase, Klein, Benjamin; Crawford, Robert; y Alchian, Armen, 1978. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *The Journal of Law & Economics*, Vol. 21, N° 2, pp. 297-326; y, OECD, 2001. *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual For Governments*. Cap. 5, pp. 65-84). Sin embargo, evitar comportamientos que atenten contra un funcionamiento eficiente, no supone aceptar limitaciones excesivas a la competencia entre sistemas.

62. Al respecto, del mismo modo en que la Ley REP en su artículo 20 inciso cuarto exige la garantía de incorporación de todo productor en función de criterios objetivos, este Tribunal debe velar, al mismo tiempo, porque exista la posibilidad de movilidad de los productores desde un sistema de gestión colectiva a otro, bajo condiciones igualmente objetivas, para incentivar la competencia entre los mismos.

63. Finalmente, otro riesgo es la posibilidad de que un sistema de gestión colectiva pueda perder parte o la totalidad de su autonomía, por la influencia que ciertos productores pudieran ejercer, de modo que sus acciones se determinen

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conforme a los intereses de algunos asociados y no en beneficio de la totalidad de ellos. Así, por ejemplo, uno o más socios podrían beneficiar a una empresa relacionada en las licitaciones relativas a la gestión de sus residuos, a través de cláusulas o requisitos arbitrarios o injustificados, y así maximizar las utilidades de un conglomerado o grupo empresarial. En definitiva, es necesario que los derechos políticos de los socios no puedan ser utilizados para inclinar las acciones de un sistema en pos de beneficios propios, o para el perjuicio de otros, desvirtuando así su objetivo y, por consiguiente, el proceso competitivo.

64. En resumen, este Tribunal debe resguardar que los sistemas de gestión colectiva: (a) no enfrenten dificultades para entrar al mercado y posean suficientes incentivos como para conformarse; (b) permitan el intercambio de socios de un sistema a otro y la obtención de menores costos para la gestión de residuos; y, (c) actúen en beneficio de la totalidad de sus asociados y no en base a los intereses selectos de algunos de ellos.

C.2. Riesgos asociados a las bases de licitación para los servicios de gestión de residuos de neumáticos

65. La contratación conjunta que realizan los sistemas de gestión colectiva puede aumentar el poder de mercado de los Solicitantes (véase, Resolución N° 73/2022, párrafos 24 a 26) de forma análoga a como lo haría una operación de concentración (FNE, 2020. *Guía para el Análisis de Operación de Concentración Horizontales*, párrafos 61 y 62, pp. 24-25). Así, existe el riesgo de que se excluya a otros sistemas competidores o se impida de manera injustificada la participación de ciertos proveedores en el mercado. En ese sentido, las cláusulas de las bases de licitación no deben eliminar incentivos para que múltiples actores del mercado deseen conformar este tipo de sistemas.

66. Si un sistema excluyera a uno o más oferentes que disponen de las características suficientes para entregar de manera idónea los servicios de gestión de residuos, disminuyendo de esa forma la competencia en la licitación y aminorándose la probabilidad de obtener mejores precios, ello podría ser el síntoma de los desequilibrios en el diseño del sistema. En igual sentido opera la posibilidad de incorporar criterios de evaluación o admisibilidad en las Bases que repercutan en la exclusión arbitraria o injustificada de uno o más oferentes o proveedores que – atendido el servicio licitado– disponen de todas aquellas características necesarias como para entregarlo de forma idónea (véase, entre otros, Gretschko, Vitali; y Wambach, Achim, 2016. *Procurement under public scrutiny: auctions versus negotiations. The RAND Journal of Economics*, Vol. 47, N° 4, pp. 914-934).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

67. Finalmente, otro riesgo que se vislumbra en los mercados referidos es la coordinación o colusión entre los oferentes de la licitación de los servicios de gestión de residuos (conocido en inglés como “*bid rigging*”). A este respecto, todo sistema debiera disponer de resguardos ante la posibilidad de coordinación o colusión de oferentes.

68. Al evaluar los riesgos, deben considerarse los incentivos que guían el actuar de los sistemas de gestión colectiva, considerando que, por su naturaleza y en un escenario competitivo, son ellos quienes debieran tener el interés de preservar y generar la máxima competencia en la licitación de estos servicios.

69. Con todo, este Tribunal considera necesario exigir la adopción de ciertos resguardos en el actuar de estos sistemas, en materia de competencia. Por ejemplo, debe evitarse la generación de instancias de interacción innecesarias entre oferentes o interesados en participar de las licitaciones, temática que ya ha sido ampliamente abordada en la doctrina y que se refiere tanto a la real competencia *en el* mercado, como a generarla *por el* mercado (ver, por ejemplo, Kuhlman, Jhon; y Johnson, Stanley, 1983. The Number of Competitors and Bid Prices. *Southern Economic Journal*, pp. 213-220).

70. En síntesis, este Tribunal debe resguardar que las Bases: (a) no incorporen criterios de evaluación injustificados que beneficien o favorezcan la adjudicación a un actor o grupo de actores, especialmente si aquellos se encuentran relacionados con alguno de los socios del SGN; (b) no excluyan de manera arbitraria a uno o más proveedores que estén en condiciones de prestar los servicios licitados de manera competitiva e idónea; (c) no apliquen condiciones o cláusulas contractuales que dificulten o entorpezcan la operación de otros sistemas de gestión colectiva, y de otros actores en el mercado; y (d) contemplen un diseño con mecanismos para evitar la coordinación o colusión por parte de los oferentes de la licitación y, en ningún caso, facilitarla.

D. ANÁLISIS DE LAS REGLAS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS ASOCIADOS Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

71. A continuación, corresponde determinar si en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGN, establecidos en sus Estatutos, 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 letra c).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

72. En particular, de acuerdo con lo señalado en la sección C, párrafos 58 y 64, de la parte considerativa, el Tribunal estima que debe resguardarse que los sistemas de gestión colectiva, por un lado: (a) no faciliten, produzcan o incentiven la coordinación o colusión entre sus asociados, ni el traspaso de información comercialmente sensible, más allá de aquella que sea indispensable para la operación eficiente de los mismos; (b) no excluyan a otros terceros interesados con el fin de generarles una desventaja competitiva en sus costos, dificultar su cumplimiento normativo o limitar su desempeño competitivo. Asimismo, se debe cautelar que los sistemas: (i) no enfrenten dificultades para entrar al mercado y posean suficientes incentivos para conformarse; (ii) permitan el intercambio de socios de un sistema a otro y la obtención de menores costos para la gestión de residuos, de manera de preservar sus incentivos a competir y a ser más eficientes; y, (iii) actúen en beneficio de la totalidad de sus asociados y no en base a los intereses selectos de algunos de ellos, a fin de no desvirtuar su objetivo de competir en el mercado.

73. Teniendo presente lo señalado, del análisis de la Solicitud y de los aportes de antecedentes allegados a este proceso, es posible identificar ciertas materias de los Estatutos respecto de las cuales se requiere un pronunciamiento de este Tribunal, las que se señalan a continuación.

D.1. Sobre los derechos políticos de los socios

D.1.1. Categorías de socios

74. Como ya se expuso, los Estatutos distinguen entre dos clases de socios, permanentes y activos. Los socios permanentes tienen derecho, cada uno, a dos votos en la Asamblea General y deben pagar una cuota de incorporación más alta que los socios activos. Adicionalmente, estos socios permanentes tienen derecho a: (a) elegir al Directorio de la Corporación; (b) presentar cualquier iniciativa, proyecto o proposición de estudio relacionado con el objeto de la Corporación al Directorio; (c) solicitar la convocatoria a Asamblea General ordinaria o extraordinaria, sujeto a las reglas establecidas en los Estatutos; (d) tener acceso a la memoria, balance actas, informes de auditores externos y registro de socios de la Corporación; (e) ser informados de las tarifas, ejecución de presupuesto, modelo tarifario y demás transacciones financieras ejecutadas por la Corporación; (f) ser informados por el Gerente General de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación; y, (g) ser oídos con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias en su contra y a ser informados de las medidas disciplinarias adoptadas y de su fundamento (folio 50, pp. 4-5).

75. Por su parte, los socios activos participan de las Asambleas Generales sólo con derecho a voz y pagarán una cuota de incorporación más baja que la de los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

socios permanentes. Con todo, los socios activos que representen un 15% del total del volumen de metas del SGN, calculado en proporción a las metas del último año calendario, tendrán conjuntamente derecho a un voto en las Asambleas Generales. Adicionalmente, tienen derecho a: (a) presentar cualquier iniciativa, proyecto o proposición de estudio relacionado con el objeto de la Corporación al Directorio; (c) solicitar la convocatoria a Asamblea General ordinaria, sujeto a las reglas establecidas en los Estatutos; (d) tener acceso a la memoria, balance actas, informes de auditores externos y registro de socios de la Corporación; (e) ser informados de las tarifas y modelo tarifario; (f) ser informados por el Gerente General de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación; y, (g) ser oídos con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias en su contra y a ser informados de las medidas disciplinarias adoptadas y de su fundamento (folio 50, pp. 6-7).

76. Las Solicitantes plantearon que la distinción permite la autoselección entre productores con diferentes incentivos, pero dándoles la posibilidad de cumplir sus obligaciones equitativamente por la vía de un modelo de gestión eficiente y ecotasas basadas en criterios económicos objetivos, generales, no discriminatorios y uniformes. Los socios permanentes habrían incurrido en costos, riesgos y esfuerzos para preparar la entrada en funcionamiento del SGN, lo cual se imputa a su correspondiente cuota de incorporación, al haber soportado los costos hundidos del diseño y desarrollo del SGN (folio 60, p. 11).

77. La Fiscalía cuestionó la existencia de categorías de socios y estimó que afecta el principio de participación equitativa de los socios recogido en la Ley REP, proponiendo un esquema que en su opinión sería menos lesivo, consistente en un diseño de las ecotasas que incluya la fracción pertinente de los costos hundidos asumidos por los socios fundadores. Con este diseño, podrían ser eliminadas las categorías de socios, existiendo sólo una distinción en el monto de las ecotasas por un cierto plazo hasta la recuperación de los costos hundidos (folio 33, pp. 44-45).

78. El MMA, por su parte, también cuestionó las categorías de socios, señalando que los derechos políticos de los socios de la Corporación no debieran estar definidos en función del pago de una cuota más alta, sino que debería ser proporcional a la magnitud de las obligaciones que el productor delega en el sistema de gestión. Destacó que, además, el derecho a elegir el Directorio y a votar en la Asamblea General es relevante por la incidencia de esos órganos en la elección del Panel Técnico que fija las tarifas y cobros para constituir la garantía, y en la definición de las tarifas finales (folio 24, p. 9).

79. En respuesta a estos cuestionamientos, las Solicitantes señalaron que la propuesta de la FNE generaría desincentivos para la conformación de nuevos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sistemas, porque dificultará que alguna empresa o grupo de empresas quieran incurrir en los costos hundidos necesarios y, además, supone externalidades negativas porque los productores que no asumen el riesgo de diseño, conformación e implementación del sistema serían *free riders* (folio 60, p. 11).

80. Previo a ahondar en el análisis de competencia respecto de las categorías de socios y sus derechos políticos, cabe señalar que las Solicitantes poseen el interés legítimo de mitigar las prácticas de *free riding*, tanto en la conformación como en la gestión del sistema, estando en su derecho de asegurar que quienes gestionan la Corporación sean empresas efectivamente interesadas en su funcionamiento. Asimismo, para la promoción de la competencia entre sistemas colectivos, es imperativo preservar los incentivos para que logren conformarse y desenvolverse en el mercado.

81. Como se manifestó en la sección precedente, el SGN tiene incentivos para incrementar su cantidad de socios, pues así aumentan sus probabilidades de lograr un costo menor en las licitaciones para la gestión de sus residuos, y así volverse más atractivo en comparación con sistemas competidores. Por ello, la presente decisión velará porque los mecanismos que disponga la Corporación no vulneren el principio de libre competencia contemplado en la Ley REP.

82. En opinión de este Tribunal, optar por un esquema con una única categoría de socios y mismos derechos políticos para todos los asociados, podría desincentivar a empresas de menor tamaño o que producen menos residuos a ser parte del SGN, ya sea por costos económicos o de transacción, al igual como ya se resolvió en el Informe N° 26/2022 (párrafo 117).

83. A este respecto, se debe considerar que la opinión de la FNE y del MMA se referían a una versión previa de los Estatutos (a folio 5) en que se privaba del todo a los socios activos de derecho a voto en la Asamblea General, lo cual se matizó en la última versión presentada ante este Tribunal (folio 50). En este contexto, los socios activos podrán tener un rol más significativo respecto del control de la marcha de la Corporación y participar en sus decisiones más relevantes.

84. 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 sistema de gestión colectiva. A este respecto, la Ley REP señala que la participación de los productores en el sistema de gestión colectiva debe ser equitativa, lo que no implica que sea igualitaria. Así, la existencia de distintas categorías de socios, sujetas a cuotas de incorporación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 Sistema que se corresponda al esfuerzo que haya realizado y su interés en participar de la administración.

85. Adicionalmente, los Estatutos contemplan que la categoría de socio permanente es accesible a terceros que no participaron de la conformación de la Corporación, lo que permite que futuros socios que tengan una legítima pretensión puedan participar en su administración. Sin perjuicio de ello, también debiera ser posible que un socio actual pueda cambiar de categoría si está al día con el pago de sus obligaciones y paga el diferencial de cuota correspondiente, por lo que se ordenará explicitar dicha posibilidad.

86. En cuanto a los riesgos que podría conllevar la existencia de derechos políticos diferenciados, el principal es 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 que está establecida en los Estatutos para quien desee ingresar a la Corporación y la posibilidad de cambiar de calidad de socio mitigan este riesgo.

87. En la misma dirección, el 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 (folio 50, p. 15), la existencia de requisitos para ser nombrado como director y la incorporación de un Comité de Auditoría y *Compliance*, al que se refieren los párrafos 109 a 124 siguientes, permiten precaver dichos riesgos.

88. En consecuencia, sujeto a las condiciones antes referidas, el establecimiento de diferentes categorías de socios en los Estatutos del SGN no impide, restringe o entorpece la libre competencia.

D.1.2. Determinación de la cuota de incorporación

89. Como se indicó, los Estatutos contemplan el pago de cuotas de incorporación diferenciadas para cada categoría de socios. Los Estatutos, si bien no determinan el monto exacto del importe de esas cuotas, establecen ciertos parámetros y límites. Para el caso de los socios permanentes, el numeral seis del artículo decimoquinto de los Estatutos señala que *“la cuota de incorporación (...) se calculará objetivamente considerando los costos de incorporación y los costos derivados de la conformación de la Corporación individualmente asumidos por quienes concurren al acto de*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

constitución de las Corporación y respaldados financieramente hasta la fecha de inicio de actividades de la persona jurídica, reajustados según IPC de los 12 meses anteriores". Respecto de los socios activos, el numeral siete del mismo artículo de los Estatutos, dispone que la cuota de incorporación corresponde a un valor equivalente a *"todos los costos en que incurre la Corporación para la incorporación de un nuevo Socio Activo, reajustados según IPC de los 12 meses anteriores"*, la cual *"no podrá ser superior al 10% del total de la cuota de incorporación que paga un Socio Permanente"*.

90. La Fiscalía señaló que los parámetros y límites establecidos en los Estatutos respecto de la determinación de las cuotas de incorporación propenden a cierta predictibilidad en su cálculo futuro, pero que debe tenerse presente que la eventual fijación de cuotas elevadas para el ingreso a SGN podría erigirse en un disuasivo para la incorporación de nuevos socios, en especial, actores de menor tamaño. Asimismo, afirma que es necesario que las cuotas de incorporación reflejen únicamente el costo directo de los gastos administrativos de revisión de antecedentes y, en forma consistente con su postura de eliminar las categorías de socios, que los gastos de operación, incluidos los costos hundidos, sean remunerados a través de las ecotasas (folio 33, p. 39). Este último aspecto referido a los gastos administrativos fue parcialmente recogido por las Solicitantes en relación con la cuota de incorporación de los socios activos en la última versión de los Estatutos.

91. De acuerdo con el MMA, la falta de claridad con respecto a la justificación de la cuota de incorporación de socios permanentes y activos, junto a la arbitrariedad con respecto a la determinación de su valor, no cumplirían el estándar fijado por la Ley REP (folio 24, p. 7).

92. 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 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 el SGN deberá competir por atraer socios.

93. Con todo, el valor de la cuota de incorporación de las distintas categorías de socios 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. Sin perjuicio de lo anterior, los parámetros y límites incorporados por las Solicitantes se entienden como

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

suficientes para mitigar adecuadamente los riesgos en este aspecto, por lo que sólo se ordenará que los montos y la forma de cálculo correspondientes a las cuotas de incorporación deberán ser conocidos por los postulantes a socios con antelación a su incorporación.

D.2. Plazo máximo para inicio de prestación de servicios a un nuevo socio

94. El artículo sexto de los Estatutos señala que el ingreso al SGN en calidad de socio se produce a solicitud del interesado en los períodos establecidos por acuerdo del Directorio, no pudiendo exceder los 60 días corridos desde presentada la solicitud de ingreso (folio 50, p. 4). Luego, ese productor podrá exigir la prestación de servicios al SGN, de conformidad con las disposiciones de la Ley REP y el Plan de Gestión. Este plazo guardaría relación con la presentación que debe hacer el SGN del Plan de Gestión anual y con el tiempo que debe transcurrir en caso de que el productor provenga de otro sistema de gestión colectiva.

95. La FNE afirmó que, aun cuando cumplen con el estándar de la Guía sobre Asociaciones Gremiales y Libre Competencia en relación con el acceso de socios al sistema, los Estatutos deberían contemplar un plazo máximo para el inicio de la prestación de servicios a los nuevos socios por parte de SGN para evitar tratos dilatorios o discriminatorios respecto a nuevos socios (folio 33, p. 37).

96. Tal como señaló la FNE, el inicio de la prestación de los servicios podría dar lugar a discriminaciones entre socios. Sin perjuicio de ello, las justificaciones esgrimidas por las Solicitantes son atendibles, con miras a evitar un modelo demasiado rígido. Por lo mismo, se ordenará que los Estatutos contemplen expresamente que la fecha de inicio de la prestación de servicios a un nuevo socio deberá serle informada al momento en que se formalice su incorporación al SGN, la cual deberá justificarse en relación con las disposiciones del Plan de Gestión aprobado por el MMA.

D.3. Medidas disciplinarias y causales de expulsión

97. La Fiscalía cuestionó la causal de expulsión de un socio contenida en la letra c, número ii del artículo décimo segundo de los Estatutos, consistente en “[c]ausar grave daño de palabra, por escrito o con obras a los intereses de la Corporación, de conformidad a lo establecido en el Código de Ética”, por no estar suficientemente determinada, solicitando su supresión (folio 33, pp. 40-41).

98. A folio 51, las Solicitantes señalaron haberse allanado a lo pedido por la FNE (p. 2), aunque ello no se refleja en la última versión de los Estatutos tenida a la vista por este Tribunal. En consecuencia, se ordenará la modificación del texto de los Estatutos de acuerdo con lo sugerido por la Fiscalía.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

D.4. Renuncia al SGN

99. En su aporte de antecedentes, la Fiscalía señaló que la regulación de la renuncia de los socios del SGN podía erigirse como una barrera de salida, en cuanto quedaba sujeta a un acto del propio Sistema y al cumplimiento de obligaciones pendientes que podían ser cobradas por otros medios (folio 33, p. 41). Este organismo recomendó, por tanto, que la verificación del Directorio se limitara a la revisión de las facultades del renunciante y que operase el silencio positivo en caso de que el Directorio no se pronunciara dentro del plazo establecido al efecto.

100. A folio 51, las Solicitantes acogieron parcialmente la solicitud de la FNE, alterando la redacción del numeral 2 del artículo décimo primero de los Estatutos, incorporando el silencio positivo y reduciendo el plazo del Directorio para pronunciarse a 30 días. Con todo, la renuncia sigue estando sujeta a la verificación por el Directorio de que el renunciante haya cumplido sus obligaciones pecuniarias.

101. En opinión de este Tribunal, las modificaciones efectuadas por las Solicitantes avanzan en la línea propuesta por la Fiscalía, pero la verificación que debe realizar el Directorio sigue siendo un impedimento para que haya una efectiva posibilidad de que un socio se retire del SGN. Por ello, se ordenará que se indique en los Estatutos que los efectos de la renuncia no quedarán sujetos a la verificación que debe hacer el Directorio sobre el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del renunciante.

D.5. Traspasos de información al interior del Sistema

102. Siguiendo lo señalado en la sección C *supra*, los acuerdos de colaboración entre productores pueden afectar los niveles de competencia en los mercados donde participan, ya que facilitan la coordinación entre los agentes económicos. 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.

103. En términos de los riesgos de traspaso de información aplicados al contexto de la responsabilidad extendida del productor, el informe OCDE 2016 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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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.

104. En este punto, la FNE señaló que debe existir un deber explícito de los socios de no intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente fuera de las Asambleas Generales del SGN y/o sus organismos formales (folio 33, p. 56).

105. Por otro lado, la Fiscalía indicó que deben adoptarse resguardos para el manejo de la información comercial sensible, entendida esta como toda información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento de mercado. Asimismo, la FNE señaló que el SGN debe conocer solo la información indispensable para determinar el cumplimiento de las obligaciones de los socios y la relativa a la cantidad de neumáticos puestos en el mercado, a fin de asegurar una operación eficiente (folio 33, p. 55).

106. En particular, la Fiscalía estimó que esta información relevante requiere de ciertos resguardos como: (i) que se dé a conocer solo de modo agregado y global, previa constancia escrita sobre su correcta recepción; (ii) darla a conocer solo a socios que previamente hayan suscrito acuerdos de confidencialidad; y (iii) encargar su tratamiento y preparación a terceros o bien radicarlo exclusivamente en órganos específicos para esa función previstos en los Estatutos, quienes deberán cumplir con los protocolos fijados para el tratamiento de esta información (folio 33, p. 106).

107. Las Solicitantes, a folio 51, señalaron haber acogido las recomendaciones de la FNE. Sin embargo, el texto de los Estatutos sólo da cuenta de una modificación parcial. Así, su artículo trigésimo séptimo califica la información comercial sensible como confidencial e impone un deber general para su utilización sólo para los fines de la Corporación. Asimismo, establece una prohibición de acceso a información comercial sensible “*de una manera que pueda afectar la libre competencia*”, y de intercambio de información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles u otros antecedentes en instancias informales. Las Solicitantes sí incorporaron explícitamente las sugerencias de la FNE respecto del manejo de las asambleas, en el artículo décimo séptimo de los Estatutos.

108. Como se ha señalado, y en concordancia con lo afirmado por la FNE, el intercambio de información al interior del SGN supone riesgos para la competencia, que obligan a establecer resguardos que puedan mitigarlos efectivamente. Si bien las Solicitantes han establecido algunos, estos se consideran insuficientes, o bien, no son suficientemente desarrollados. Por lo mismo, se obligará a las Solicitantes a incorporar en sus Estatutos lo siguiente: (a) la prohibición de acceso a información

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comercial sensible incluida en el artículo 37° de los Estatutos debe complementarse con la obligación de que todos los socios suscriban un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que se reciba y no solo al participar de la Asamblea General; debiendo reportarse a las autoridades públicas que corresponda la infracción a dicho acuerdo, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de SGN; y (b) que el manejo de información comercialmente sensible debe externalizarse en los términos de la Guía sobre Asociaciones Gremiales de la FNE, o bien, llevarse a cabo por el Gerente de Auditoría y *Compliance* o el Comité de Auditoría y *Compliance*. Este órgano agrupará y anonimizará la información que deba ser entregada a las demás entidades y organismos del SGN, como el Directorio, la Gerencia General y las Asambleas.

D.6. Sobre los órganos al interior del Sistema

D.6.1. Requisitos para ser Gerente General y Gerente de Auditoría y *Compliance*

109. En los Estatutos, los Solicitantes han detallado las funciones del Gerente General, pero no se establecen requisitos para acceder al cargo, salvo que su designación es competencia del Directorio. Algo análogo ocurre respecto del Gerente de Auditoría y *Compliance*.

110. La FNE señaló a este respecto que ambos cargos deben estar sujetos a una independencia análoga a la de los directores, debiendo incorporarse las mismas causales de inhabilidad (folio 33, p. 51). Adicionalmente, la Fiscalía recomendó que el Gerente de Auditoría y *Compliance* sea un funcionario de tiempo completo (folio 33, p. 60).

111. Las Solicitantes, a folio 60, sólo se refirieron a la situación del Gerente de Auditoría y *Compliance*. Sobre ello, señalaron que establecer requisitos de independencia altos para un cargo de segunda línea ejecutiva no es propio de este tipo de organizaciones, y que ese gerente ya tiene suficiente independencia en la estructura organizacional del SGN, al reportar directamente al Directorio. Asimismo, se limitaría la movilidad profesional y la oportunidad de contar con expertos con experiencia. Finalmente, señalaron que la regulación establecida en los Estatutos incluso supera el estándar establecido en la Guía de Programas de Cumplimiento de la FNE.

112. Respecto de la dedicación temporal del cargo, las Solicitantes afirmaron que contar con una persona que ejerza el cargo a tiempo completo es extremadamente oneroso e injustificado (folio 60, p. 18).

113. En opinión de este Tribunal, las altas funciones del Gerente General de la Corporación como ejecutivo principal de la Corporación, su participación en el Comité

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Licitaciones y asistencia a comités del Directorio, requieren que se trate de una persona que cuente con un alto grado de independencia respecto de los socios de la Corporación, para evitar el riesgo de tratos discriminatorios. En consecuencia, se ordenará que se incorpore a los Estatutos una regla que disponga que a su respecto rigen las mismas inhabilidades que se aplican para ser Director. El mismo razonamiento es aplicable al cargo de Gerente de Auditoría y *Compliance*, el cual estará a cargo de precaver los riesgos para la competencia de la interacción entre los socios de la Corporación. Así, se ordenará incorporar una regla análoga a su respecto. En cuanto a la dedicación horaria del Gerente de Auditoría y *Compliance*, aun cuando sería conveniente que ejerciera el cargo a tiempo completo, el que sea un cargo de dedicación parcial no impide ni restringe la libre competencia.

D.6.2. Rol del Comité de Licitaciones

114. Los Estatutos contemplan, en su artículo trigésimo cuarto, un Comité de Licitaciones, el cual estará constituido por al menos tres personas, una de las cuales deberá ser un Director, otra el Gerente General y otra un tercero independiente, o algún gerente de primera línea de la Corporación. Este Comité tendrá a su cargo aplicar las reglas de las bases de las distintas licitaciones a las que llame el SGN.

115. La Fiscalía observó que, atendidas las funciones del Comité, lo ideal sería que todos o, al menos, la mayoría de sus integrantes fuesen independientes (folio 33, p. 53). A este respecto, las Solicitantes señalaron que se trataría de una medida muy onerosa, que no está adecuadamente justificada y que el sistema de licitaciones del SGN contempla reglas objetivas para las adjudicaciones, con canales de denuncia directa (folio 60, p. 14).

116. En opinión de este Tribunal, y sin perjuicio de los eventuales beneficios que podría traer una regulación como la sugerida por la FNE, existen múltiples alternativas de control de los mecanismos de adjudicación de licitaciones compatibles con la libre competencia, debiendo respetarse la autonomía de las partes para establecer la forma y los riesgos que pretendan asumir o acotar al desarrollar su actividad. Como se señaló *supra*, el rol de este Tribunal al evacuar su informe en esta materia es el de establecer si en las reglas y procedimientos para el funcionamiento del sistema existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, y no regular detalladamente ni ordenar la imposición de un modelo óptimo en cierta dimensión a las Solicitantes.

117. En consecuencia, se declarará que las reglas que rigen el Comité de Licitaciones y su conformación no impiden, restringen o entorpecen la libre competencia.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

D.6.3. Independencia del Panel Técnico

118. De acuerdo con el artículo trigésimo quinto de los Estatutos, existe un Panel Técnico que deberá proponer el modelo tarifario y de garantías. Las características del Panel recogen parcialmente las recomendaciones efectuadas al efecto por la FNE, aunque sin el nivel de detalle que ese organismo indicó.

119. Las Solicitantes, en cualquier caso, rechazaron la recomendación de la FNE respecto a que los integrantes de este Panel estén sujetos a los mismos parámetros de independencia del cargo de Director. Señalaron que los Estatutos disponen ya que el Panel debe estar integrado por profesionales que cumplan con requisitos de idoneidad, independencia y probidad establecidos por el Directorio, exigiéndose, además, y de conformidad con lo recomendado por la FNE, especialidad en materias medioambientales, regulatorios, de libre competencia y/o financieras. De esta forma, esa exigencia adicional sería injustificada.

120. Como se señaló, el objeto de este informe no es imponer un modelo óptimo a las Solicitantes, sino resguardar que las reglas de los Estatutos no infrinjan o restrinjan la libre competencia. En este contexto, el modelo ofrecido por las Solicitantes establece resguardos suficientes en la forma en que actualmente se contempla en los Estatutos.

D.6.4. Rol de la Comisión Arbitral

121. El artículo trigésimo sexto de los Estatutos establece una Comisión Arbitral, responsable de resolver cualquier discrepancia técnica, económica o jurídica sobre la aplicación del modelo tarifario y de garantías. Estará conformada por tres profesionales, sujetos a requisitos de idoneidad, independencia y probidad establecidos por el Directorio. Los integrantes serán nombrados por la Asamblea General, a proposición del Directorio.

122. La FNE señaló que, teniendo un rol jurisdiccional, el procedimiento debiera regularse como un arbitraje mixto y que los árbitros queden sujetos a un régimen de inhabilidades *ex ante* análogo al que rige el nombramiento de directores, sin perjuicio de las reglas del Código Orgánico de Tribunales (folio 33, pp. 59-60).

123. Las Solicitantes afirmaron que los requisitos sugeridos por la Fiscalía resultan redundantes, al ya contemplarse en el artículo trigésimo sexto que deben cumplir con los de idoneidad, independencia y probidad establecidos por el Directorio (folio 60, p. 16).

124. Atendido el rol de esta comisión, y la limitación de sus competencias, los resguardos establecidos dentro de los Estatutos son compatibles con la libre competencia, sin impedirla, restringirla o entorpecerla.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

D.6.5. Modificación de los Estatutos

125. La FNE solicitó que, a fin de evitar ambigüedades, se ordene que los Estatutos contemplen el deber de contar con un informe favorable de este Tribunal previo a la implementación de cualquier reforma estatutaria que implique una modificación de las reglas de acceso y funcionamiento del SGN (folio 33, p. 63).

126. A este respecto, debe entenderse que la obligación de contar con un informe favorable respecto de las modificaciones a los Estatutos y Bases que supongan una alteración de las condiciones establecidas en relación con los artículos 24 y 26 de la Ley REP, es impuesta por dicha ley. Sin perjuicio de ello, para mayor claridad, se ordenará incluir en los Estatutos el deber de contar con un informe favorable del Tribunal previo a la implementación de cualquier reforma estatutaria que implique una modificación de las reglas de incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión.

D.7. Sobre la participación de un grupo empresarial en más de un sistema de gestión colectiva

127. Es un hecho público y notorio que el 9 de noviembre de 2022 la Fiscalía aprobó de manera pura y simple la operación de concentración caratulada “*adquisición de control en Dercorp EX SpA y Dercorp CL SpA y sus filiales por parte de Inchcape plc y otros*” (investigación de la FNE de Rol F326-2022, cuyo informe de aprobación se encuentra disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/11/inap_F326_2022.pdf). Esta operación supone la fusión entre algunas de las Solicitantes con empresas que participarán en la administración de otro sistema de gestión colectiva para residuos de neumáticos (causa Rol NC N° 506-22 tramitada en esta sede). Por ello, es necesario evaluar la posibilidad que un mismo grupo empresarial participe simultáneamente en más de un sistema colectivo para un mismo producto prioritario. Esta situación, con sus eventuales riesgos, no fue examinada por las aportantes de antecedentes en este procedimiento no contencioso, sin que la Fiscalía lo haya abordado posteriormente en sus presentaciones.

128. La participación de empresas que forman parte de un mismo grupo empresarial en distintos sistemas colectivos de gestión supone riesgos para la competencia. La regulación de la Ley REP implica que los distintos sistemas compiten entre sí por atraer socios, con miras a obtener mayores economías de escala en la gestión de residuos y lograr sus respectivas metas. Por tanto, la participación simultánea de un agente económico en distintos sistemas determina, entre otros, la existencia de riesgos de traspasos de información u otros mecanismos de afectación de la competencia, en función de los incentivos particulares de ese agente económico

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respecto de cada sistema, ya sea en función de tarifas o la injerencia que tuviere en la administración de uno y otro.

129. Así, podría ir en su interés beneficiar a un sistema en particular, disminuir la competencia entre varios sistemas, o bien, incrementar los costos de sus rivales que pertenezcan a solo uno de esos sistemas. Asimismo, podrían generar riesgos similares a aquellos asociados a casos de *interlocking* y de participación cruzada, como los que se refieren en los artículos 3° letra d) y 4° bis del D.L. N° 211, en el sentido de disminuir la intensidad competitiva entre sistemas de un mismo producto prioritario.

130. En este caso particular, la situación se ve agravada porque en ambos sistemas colectivos un mismo grupo participaría en calidad de socio que mayor injerencia posee en la administración de cada sistema.

131. De este modo, se exigirá que, respecto del SGN, los socios que tuvieran participación como asociados en otro sistema de gestión colectiva para la gestión de residuos de neumáticos Categoría A, ya sea directamente o por medio de una empresa relacionada bajo los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, deberán optar por uno de ellos dentro del plazo de tres meses. Para el cumplimiento de la medida anterior, los productores afectos deberán informar debidamente a la FNE de su decisión, de modo que dicha entidad vele oportunamente por su cumplimiento.

E. ANÁLISIS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

132. A continuación, corresponde analizar si las Bases acompañadas en autos, en su segunda y última versión que rolan a folios 48 y 49, contienen cláusulas que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia (Ley REP, artículo 24).

133. En particular, de acuerdo con los riesgos señalados en materia de libre competencia, el Tribunal estima que debe resguardarse que las bases de licitación para la gestión de residuos: (a) no incorporen criterios de evaluación injustificados que beneficien o favorezcan la adjudicación a un actor o grupo de actores; (b) no excluyan de manera arbitraria a uno o más proveedores que estén en condiciones de prestar los servicios licitados de manera competitiva e idónea; (c) no establezcan condiciones o cláusulas contractuales que dificulten o entorpezcan la operación de otros sistemas colectivos y de otros actores en el mercado; y (d) contemplen un diseño con mecanismos para evitar la coordinación o colusión por parte de los oferentes de dichas licitaciones y, en ningún caso, facilitarla.

134. Tomando en cuenta lo antedicho, del análisis de la Solicitud y de los aportes de antecedentes allegados a estos autos, es posible identificar otros aspectos de las Bases que, por resultar cuestionados por terceros interesados en este proceso o

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

insuficientemente resguardados, requieren de un pronunciamiento por parte de este Tribunal, los cuales se señalan a continuación.

E.1. Sobre el mecanismo de adjudicación

135. Los mecanismos de adjudicación propuestos por las Solicitantes difieren cuando se trata de los servicios de recolección y de valorización. Por un lado, las Bases de Recolección adoptan un modelo en dos etapas materializado de la siguiente forma: (a) previo al análisis de cada oferta, una comisión evaluará su admisibilidad en cuanto a la falsedad y/o inconsistencia de los antecedentes entregados; (b) después, en una primera etapa, tal comisión procederá a analizar el cumplimiento formal y sustantivo de requisitos mínimos establecidos en la oferta técnica, rechazando todas aquellas que no los cumplan; y, (c) en una segunda etapa, todos los oferentes competirán en torno a la oferta económica para determinar la adjudicación o, en caso contrario, declarar desierto el concurso (folio 48, pp. 8-10). Por otro lado, las Bases de Valorización utilizan el siguiente mecanismo de adjudicación: (a) de igual forma que el caso anterior, una comisión evaluará la admisibilidad de las ofertas conforme a la falsedad y/o inconsistencia de los antecedentes suministrados; luego, (b) se evaluará con puntaje la oferta técnica y la económica, obteniendo un puntaje final de la ponderación de ambas, con un 30% y 70% respectivamente, a fin de determinar al adjudicatario o declarar desierto el concurso (folio 49, pp. 9-14). Además, para la licitación de ambos servicios se establecerá un precio de reserva máximo, firmado y custodiado ante un notario, que será considerado para rechazar aquellas ofertas económicas que lo superen.

136. Cabe señalar que, en las dos Bases propuestas, las ofertas técnicas no contemplan la evaluación de experiencia del oferente para un rubro en particular, siendo esta en realidad uno de los aspectos analizados para determinar la admisibilidad de una oferta (folio 48, p. 17, y folio 49, p. 20).

E.1.1. Experiencia como requisito de admisibilidad

137. Ambas Bases consideran, en la primera fase de sus procedimientos, la rendición de antecedentes que den cuenta de la experiencia previa de los oferentes en los servicios en comento para la admisión de sus ofertas. Las Bases de Recolección solicitan “*experiencia en servicios similares de recolección de residuos sólidos no peligrosos o a fines, indicando tiempo de operación, número y tipo de toneladas recolectadas y número de puntos de recolección diaria*” (folio 48, pp. 16-17). Las Bases de Valorización requieren acompañar “[e]xperiencia en valorización de los residuos ofertados nacionalmente o a través de la exportación, indicando tiempo de operación, tipo de producto obtenido con la valorización, [y] cantidad de residuos valorizados en los últimos 12 meses” (folio 49, p. 20).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

138. La Fiscalía señaló que este Tribunal indicó en la Sentencia N° 77/2008 (c. 55°) que la experiencia a exigir debe ser aquella considerada como relevante y no necesariamente la del rubro del servicio que se licita. En ese sentido, estimó que este requisito debe ser modificado en las Bases de Recolección incorporando la experiencia relevante, con tal de favorecer la concurrencia de todos los actores que puedan presentar el servicio (folio 33, pp. 99-100). Sobre las Bases de Valorización, indicó que, según lo consultado a las Solicitantes, el no poseer experiencia previa de al menos un periodo de balance general puede implicar que una oferta sea desestimada. A juicio de la FNE, es relevante transparentar cualquier condición que pueda llevar a desestimar una oferta y, en caso de incluir la experiencia como requisito, debiese solo considerarse la relevante. Así, señaló que la referida cláusula permite cierto grado de discrecionalidad al SGN como entidad licitante (folio 33, pp. 101-102, reiterado a folio 54, p. 18).

139. En opinión de este Tribunal, y sin perjuicio de lo que se resolverá *infra* en los párrafos 145 a 147, no existen antecedentes en autos que den cuenta de si los servicios en comento pueden diferenciarse dependiendo del nivel de experiencia del oferente. Sin embargo, a diferencia de los procedimientos que condujeron a los Informes N° 26/2022 y N° 28/2022, en este caso, ninguna de las partes ha manifestado la necesidad u opción de eliminar por completo el requisito de experiencia, ni tampoco este Tribunal estima que surjan riesgos si aquello se realizare apropiadamente. Por consiguiente, de estimar necesario este requisito, se ordenará al SGN limitarse a aquella experiencia relevante que solo pueda ser adquirida en el corto plazo y que, en ningún caso, deba estar condicionada a la exigencia de haberse adjudicado los mismos servicios en otros procesos de contratación.

140. Por otra parte, en lo que concierne a la ambigüedad del criterio adoptado por las Solicitantes para dar cumplimiento de la experiencia requerida, el Tribunal concuerda con lo manifestado por la Fiscalía. A tal efecto, ambas propuestas no acompañan el nivel mínimo y suficiente de experiencia solicitada que permitiría la admisión de una oferta, ni tampoco la documentación que será aceptada para acreditar aquello. De este modo, el SGN deberá incluir en ambas Bases un listado taxativo de los documentos y requisitos mínimos necesarios para dar cumplimiento al requisito de experiencia. Se ordenará además informar debidamente a la Fiscalía de los cambios adoptados, con una antelación razonable al llamado de las respectivas licitaciones.

E.1.2. Mecanismo de adjudicación en dos etapas

141. En consideración de las reglas de adjudicación contenidas en las Bases de Valorización, la FNE recomendó reformarlas y adoptar lo que denomina por modelo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de dos etapas. Con ello, se refiere a que, en una primera etapa, se evalúe el cumplimiento de un estándar mínimo y técnico para los oferentes, y luego, en la segunda etapa, evaluar únicamente las ofertas económicas y adjudicar de acuerdo con aquella que sea más conveniente en dicha dimensión. Añadió la FNE que esta sugerencia va en línea con lo resuelto por el Tribunal en otras oportunidades, en relación con que, en licitaciones, las exigencias técnicas deben tener un carácter de mínimos exigibles a todos los participantes, debiendo estar fundadas objetivamente y dirigidas a la correcta prestación del servicio a licitar (folio 33, pp. 92-94).

142. Asimismo, la FNE señaló que las Solicitantes no justificaron la diferencia de criterios adoptados en las Bases de Valorización respecto de los contenidos en las Bases de Recolección (folio 54, pp. 17-18), en el sentido de que estas últimas sí contemplan un modelo de dos etapas.

143. En una línea similar, el MMA estimó que los criterios de la oferta técnica debieran centrarse en aspectos de desempeño en lugar de tecnologías específicas pero que, aún si los criterios de las Solicitantes se consideran correctos, cabría preguntarse si es preciso asignar un puntaje para la oferta técnica y ponderar esta con la oferta económica. Ello, puesto que podría ser deseable fijar un estándar mínimo de características técnicas que todo oferente deba cumplir y adjudicar la licitación al oferente que ofrezca el mejor precio (folio 24, pp. 11-12), similar a la sugerencia de la Fiscalía.

144. Por su parte, ante las observaciones previas, las Solicitantes se limitaron a indicar que para las Bases de Valorización simplificaron “*el aspecto técnico en la evaluación*”, sin ahondar más en ello (folio 51, pp. 5-6).

145. En opinión de este Tribunal, en primer lugar, respecto de la sugerencia de adoptar un mecanismo de adjudicación en dos etapas dentro de las Bases de Valorización, los antecedentes presentados en estos autos no permiten confirmar que dichos servicios alcancen, en alguna medida, un estándar de homogeneidad entre ellos, de modo que se justifique necesariamente la adopción de un modelo como el recomendado por la Fiscalía. Por el contrario, al tratarse de un mercado incipiente, que todavía se encuentra en pleno desarrollo, existe un interés legítimo de priorizar la calidad o cumplimiento del servicio, con intención de disminuir la incertidumbre asociada al cumplimiento de las metas descritas en el artículo 20 del D.S. N° 8.

146. De igual forma, en este estadio de análisis no es posible afirmar que un mecanismo en particular sea superior a otro en cuanto a su eficiencia asignativa, lo cual tampoco es materia que corresponda ser revisada en esta sede. Sobre ello, es el ente licitante quien debe ponderar las exigencias técnicas del servicio a licitar considerando, por un lado, el beneficio de una mayor probabilidad en el cumplimiento

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de sus metas, pero, por otro lado, el perjuicio de generar costos superiores a aquellos que se podrían lograr sin dicha exigencia. En consecuencia, el desempeño de cada mecanismo de adjudicación viene dado por la promoción de la competencia y la variedad de propuestas en el mercado, siendo así el proceso competitivo el que eventualmente determine la eficacia de un mecanismo por sobre otro. Por ese motivo, es necesario velar porque dicho proceso sea lo más competitivo, alcanzando eficiencias no solo en costos, sino que también en otros aspectos como la calidad o innovación, entre otros.

147. Por consiguiente, este Tribunal estima que el mecanismo de adjudicación propuesto por las Solicitantes en las Bases de Valorización, en lo que concierne a los aspectos abordados, no posee reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia y, por dicha razón, no existe necesidad de acoger la sugerencia de la FNE a propósito de esta materia.

E.1.3. Criterios de evaluación de la oferta técnica

148. En lo que compete a las Bases de Recolección, la Fiscalía indicó que, en relación con la oferta técnica, éstas detallan la descripción y características de los antecedentes que deberán ser acompañados, sin señalar los estándares mínimos exigibles para cada categoría. Esgrimió así que, a su juicio, si bien, es deseable la incorporación de un modelo de dos etapas desde el punto de vista de la competencia, ello debe ir aparejado de criterios de evaluación claros y objetivos. Lo anterior, a fin de evitar erigir barreras a la entrada, incertidumbre en el negocio o desalentar la participación (folio 54, pp. 16-17).

149. Al respecto, para este Tribunal es efectivo lo declarado por la Fiscalía, en cuanto a que los criterios adoptados para determinar las ofertas que serán declaradas admisibles no son claros y dan espacio para la discrecionalidad o arbitrariedad en el proceso licitatorio, pudiendo así materializar las situaciones descritas *supra* en las letras (a) y (b) del párrafo 133. Para ilustrar esto, basta considerar los antecedentes relacionados a la flota de vehículos que deben informar los oferentes, lo cual se describe como el “[n]úmero de camiones a utilizar en las zonas ofertadas” (folio 54, pp. 16 y 33-34), sin que exista claridad sobre el número mínimo de camiones que necesitaría una oferta para ser admitida por el ente licitante, ni tampoco la documentación aceptada para dar prueba de ello.

150. Atendido lo anterior, este Tribunal ordenará al SGN explicitar, para cada una de las categorías que serán evaluadas dentro de la oferta técnica, y de la forma más específica en que le sea posible: (a) el nivel mínimo de requisitos técnicos a cumplir para que una oferta sea declarada admisible; y (b) el tipo de documentación que se considerará válida para acreditar lo anterior, remitiéndose, en la medida que sea

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

factible, a aquellos que den cuenta fehacientemente del cumplimiento de lo solicitado, no debiendo constituir, en caso alguno, una barrera a la entrada.

E.2. Sobre las medidas preventivas para evitar la colusión entre oferentes

151. Para precaver conductas de coordinación entre oferentes de acuerdo con distintas variables competitivas, por ejemplo, repartición de mercado y/o fijación de precios de ofertas, ambas Bases consideran un canal de denuncias para que los oferentes puedan comunicar al Gerente de Auditoría y *Compliance* de aquellos actos que constituyan un incumplimiento a la Ley N° 20.393 y sus modificaciones, a saber, las leyes N° 21.121 y N° 21.132 (folio 48, p. 24, y folio 49, p. 26).

152. Sobre esta cláusula, la Fiscalía consideró que todavía este canal no se encuentra consagrado en las Bases y que no se individualizan sus atribuciones de resguardar la confidencialidad de la denuncia y, en casos graves, ordenar la suspensión del proceso licitatorio (folio 33, p. 89, reiterado a folio 54, p. 8).

153. A este respecto, atendido que las sugerencias de la FNE poseen beneficios para la competencia sin aparejar costos relevantes para el SGN, se ordenará acoger en ambas Bases las recomendaciones de dicha institución, en lo que se refiere a las atribuciones ya singularizadas. Asimismo, el SGN deberá incorporar en los textos que el canal de denuncias también está considerado para aquellas acciones que contravengan el D.L. N° 211.

E.3. Sobre las facultades del licitador

E.3.1. Mantenimiento de garantías en caso de juicios

154. Tanto las Bases de Recolección como de Valorización indican que, en el evento del SGN fuere demandado, la *“garantía [de fiel cumplimiento al contrato] deberá mantenerse vigente hasta el cumplimiento íntegro de la sentencia u otro equivalente jurisdiccional, o bien, hasta la fecha en que se encuentre ejecutoriada la sentencia que no acoge la demanda”* (folio 48, p. 14, y folio 49, p. 18).

155. Las Solicitantes, en respuesta a las inquietudes de la Fiscalía, señalaron que la cláusula *“hace referencia a las demandas o juicios en los que al SGN se le atribuya responsabilidad civil por los hechos o actos ocasionados por el proveedor adjudicado”*. Le indicaron a la FNE que la *“inactividad o actividad negligente o dolosa del proveedor podría poner en riesgo el cumplimiento de las metas que la Ley REP encarga a SGN y sus asociados”* (folio 33, p. 98).

156. Ante las observaciones precedentes, la Fiscalía consideró recomendable que las precisiones indicadas acerca del fundamento y justificación de esta cláusula, además de los posibles juicios o procedimientos a los que se extiende, sean

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

explicitados, para evitar generar incertidumbre que desincentive la participación de interesados en las licitaciones (folio 33, p. 98, reiterado a folio 54, p. 15).

157. En opinión de este Tribunal, es el ente licitante quien, conforme a sus propios beneficios, detenta el interés de esclarecer los usos de la cláusula en comento. Lo anterior, puesto que mientras más incertidumbre haya en el uso de la referida garantía –y, por tanto, en los eventuales ingresos del adjudicatario– mayores serán las contingencias que los oferentes deberán incorporar en los precios de sus ofertas. Asimismo, la FNE no expuso si aquella podría erigirse como una barrera a la entrada o repercutir en alguna de las situaciones contempladas en el párrafo 133 *supra*, de modo que no resulta claro el problema de competencia a resolver en esta sede.

158. Con lo antedicho, este Tribunal estima innecesario implementar cambios en las materias controvertidas referidas a esta subsección, sin perjuicio que el SGN podrá adoptar las recomendaciones de la Fiscalía, en caso de estimarlas pertinentes.

E.3.2. Desestimación de ofertas

159. Ambas Bases permiten al SGN desestimar o declarar inadmisibles ofertas de manera discrecional en caso de que no se cumplieren una serie de elementos en ellas o en la misma licitación (folio 48, pp. 10-12, y folio 49, pp. 14-16). En particular, la Fiscalía centró sus observaciones en los acápite A3.10, A4.2 y A5.1 de ambas propuestas, las que otorgan dicha facultad cuando, por ejemplo, no se presenten ofertas, cuando las mismas no cumplan con las exigencias técnicas y económicas requeridas para la ejecución del servicio, en caso de no contar con las firmas solicitadas del representante legal o de una persona con el debido poder, o de no entregar la garantía de seriedad de la oferta, entre otros (folio 33, p. 96).

160. Para ilustrar lo anterior, las dos Bases indican que el “*SGN se reserva el derecho de declarar desierta la licitación, cuando no se presenten ofertas, cuando no se presenten al menos dos ofertas admisibles o, cuando todas las ofertas presentadas no cumplan con las exigencias técnicas y económicas requeridas para la correcta ejecución del servicio, en ambos casos por resolución fundada*” (folio 48, p. 10, y folio 49, p. 14). De esta manera, es posible observar que, por ejemplo, en caso de recibir una sola oferta admisible, el SGN posee la facultad de decidir si adjudicar o no el servicio licitado a ese único oferente.

161. La FNE señaló que las condiciones para desestimar o declarar inadmisibles ofertas no debiesen ser discrecionales, por lo que recomendó establecer que, bajo alguna de las circunstancias anteriores, las ofertas deban ser desestimadas de forma perentoria (folio 33, p. 96, reiterado a folio 54, p. 16).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

162. En el mismo sentido, el MMA enunció la falta de claridad respecto a los conceptos de rechazo e inadmisibilidad de ofertas, “*cuyas hipótesis son variadas y se encuentran dispersas a lo largo del texto de las bases*” (folio 24, p. 12).

163. Con todo, a juicio de este Tribunal, es efectiva la necesidad de evitar la discrecionalidad o arbitrariedad al interior del proceso licitatorio, en particular, en los criterios para desestimar o declarar inadmisibles las ofertas. Ello, puesto que los preceptos en comento tienen la aptitud de materializar las situaciones descritas *supra* en los literales (a) y (b) del párrafo 133. Por consiguiente, se acogerá en parte la sugerencia de la Fiscalía y se le ordenará al SGN indicar, concretamente, los casos en que se harán efectivo el uso de las referidas cláusulas.

III) CONDICIONES

Las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del Sistema de Gestión de Neumáticos Usados y Fuera de Uso, SGN, así como las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros sometidas al conocimiento del Tribunal, en su versión ofrecida a folios 48, 49 y 50, 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 del SGN.

El SGN deberá:

1. 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, si correspondiere.
2. Dar a conocer a los postulantes a socios los montos y la forma de cálculo correspondientes a las cuotas de incorporación, con antelación a su incorporación;
3. Incluir en los Estatutos que la fecha de inicio de la prestación de servicios a un nuevo socio deberá serle informada al momento en que se formalice su incorporación al SGN, debiendo justificarse en relación con las disposiciones del Plan de Gestión;
4. Modificar los Estatutos de acuerdo con lo sugerido por la Fiscalía en el párrafo 97, en relación con la letra c N° ii del artículo décimo segundo de los Estatutos;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. Incorporar en los Estatutos el que los efectos de la renuncia no quedarán sujetos a la verificación que debe hacer el Directorio sobre el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del renunciante;
6. Incorporar la prohibición de acceso a información comercial sensible incluida en el artículo 37° de los Estatutos con la obligación de que todos los socios suscriban un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que se reciba y no solo al participar de la Asamblea General, debiendo reportarse a las autoridades públicas que corresponda la infracción a dicho acuerdo, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de SGN;
7. Incorporar en los Estatutos que el manejo de la información comercialmente sensible debe externalizarse en los términos de la Guía sobre Asociaciones Gremiales de la FNE, o bien, llevarse a cabo por el Gerente de Auditoría y *Compliance* o el Comité de Auditoría y *Compliance*;
8. Incorporar a los Estatutos una regla que disponga que respecto a los cargos de Gerente General y de Gerente de Auditoría y *Compliance* rigen las mismas inhabilidades que se aplican para ser Director;
9. Incluir en los Estatutos el deber de contar con un informe favorable de este Tribunal previo a la implementación de cualquier reforma estatutaria que implique una modificación de las reglas de incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGN; y
10. Cumplir con que los socios que tuvieron participación como asociados en otro sistema de gestión colectiva de neumáticos Categoría A, ya sea directamente o por medio de una empresa relacionada bajo los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, opten por uno de ellos dentro del plazo de tres meses, informando debidamente a la Fiscalía Nacional Económica de la decisión.

B. Respecto de las bases de licitación para la contratación del servicio de manejo de residuos.

El SGN deberá:

1. De estimar necesario incorporar un requisito de experiencia, este deberá estar limitado a aquella experiencia relevante que solo pueda ser adquirida en el corto plazo y que, en ningún caso, deba estar condicionada a la exigencia de haberse adjudicado los mismos servicios en otros procesos de contratación;
2. Incluir en ambas Bases un listado taxativo de los documentos y requisitos mínimos necesarios para dar cumplimiento al requisito de experiencia; además informar debidamente a la Fiscalía Nacional Económica de los cambios

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adoptados, con una antelación razonable al llamado de las respectivas licitaciones;

3. Explicitar en las Bases de Recolección, para cada una de las categorías que serán evaluadas dentro de la oferta técnica, y de la forma más específica en que le sea posible: (a) el nivel mínimo de requisitos técnicos a cumplir para que una oferta sea declarada admisible; y (b) el tipo de documentación que se considerará válida para acreditar lo anterior, remitiéndose, en la medida que sea factible, a aquellos que den cuenta fehacientemente del cumplimiento de lo solicitado, no debiendo constituir, en caso alguno, una barrera a la entrada;
4. Incorporar en los textos de ambas Bases que el canal de denuncias aludido en el párrafo 151 considerará el resguardo de la confidencialidad de la denuncia y, en casos graves, la suspensión del proceso licitatorio, además de considerar aquellas acciones que contravengan el D.L. N° 211; y,
5. Indicar concretamente en las Bases aquellos casos en que se hará efectivo el uso de las cláusulas mencionadas en los párrafos 159 a 160.

Notifíquese personalmente o por cédula a las Solicitantes y a los aportantes de antecedentes. Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que las Solicitantes y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. Archívese en su oportunidad.

No obstante haber concurrido al acuerdo, no firma el Ministro Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, por no contar con los medios electrónicos para ello.

Rol NC N° 504-21.

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



9BCBB805-32A2-4CF9-8909-D51F68A6E6DE

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.