REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

INFORME N° 30/2022

Santiago, cinco de diciembre de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 506-22

SOLICITANTES: Antonio Castillo S.A. y otras

OBJETO: Emitir un informe respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos y las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del Sistema Colectivo de Gestión (SGCNFU).

CONTENIDO

I) PARTE EXPOSITIVA 2

A. INTERVINIENTES 2

B. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE 2

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO 21

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES 21

II) PARTE CONSIDERATIVA 39

A. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME Y ESTÁNDAR DE REVISIÓN 39

B. MERCADOS RELEVANTES 40

C. RIESGOS A LA COMPETENCIA 49

D. ANÁLISIS DE LAS REGLAS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS ASOCIADOS Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA 55

E. ANÁLISIS DE LAS BASES DE LICITACIÓN 71

III) CONDICIONES 90

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

A.1. Solicitantes

1. Antonio Castillo S.A.; Armstrong Lubricantes Limitada; Automotriz Salfa Sur Limitada; Bridgestone Chile S.A.; Comercial Daher Limitada; Comercial Kaufmann S.A.; Comercial Motores Los Andes SpA; Comercial SP Limitada; Comercializadora Ditec Automóviles S.A.; Esteban Guic y Cía. Limitada; General Motors Chile Industria Automotriz Limitada; Hino Chile S.A.; Hyundai Vehículos Comerciales Chile SpA; Inchcape Automotriz Chile S.A.; Inversiones e Importaciones de Neumáticos K&M de Chile Limitada; JASA S.A.; Juan Ignacio Del Campo Palacios; KIA Chile SpA; Mauricio Importadora y Exportadora Limitada; Michelin Chile Limitada; Movimiento SpA; Neumáticos y Llantas del Pacífico Limitada; SKC Servicios Automotrices; Sociedad Comercial AMW S.A.; Sociedad Comercial Luis Agüero Limitada; Sociedad Comercial San Jorge y Compañía Limitada; Toyota Chile S.A.; y Williamson Balfour Motors SpA ("Solicitantes" o "Asociadas").

A.2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones respecto de la solicitud de informe

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 42, prorrogado a folio 61, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos (en adelante, también, la "Solicitud") las siguientes entidades:

- Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía");
- Ministerio del Medio Ambiente ("MMA" o "Ministerio"); y
- Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA");

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

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

3. A folio 32, el 6 de enero de 2022, las Solicitantes requirieron al Tribunal que informe que: (i) en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del Sistema de Gestión Colectivo de Neumáticos Fuera de Uso que pretenden conformar ("SGCNFU" o "Sistema"), no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; y (ii) que en la propuesta de bases de licitación que se acompañan a la Solicitud, no existen

reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 26 letra c) de la Ley N° 20.920, que Establece el Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y el Fomento al Reciclaje ("Ley REP").

3.1. Las Solicitantes describen el marco regulatorio aplicable y las obligaciones impuestas por la Ley REP a los productores de productos prioritarios, en específico: (i) organizar y financiar la recolección de residuos; (ii) cumplir con las metas y otras obligaciones relacionadas establecidas en el decreto supremo respectivo; y (iii) asegurar que la gestión de los residuos de productos prioritarios se realice por gestores autorizados y registrados.

3.2. Agregan que, además de la Ley REP, el Decreto Supremo N° 8 del Ministerio del Medioambiente ("D.S. N° 8") establece las metas que deberán cumplir los productores para el producto prioritario neumáticos:

Tabla Nº 1
Metas progresivas para neumáticos Categoría A

	Recolección	Valorización ("VAL")	Reciclaje material o recauchaje (60% VAL)	Resto de VAL
Año	% PEM (Puestos en el Mercado)	% PEM	% PEM	% PEM
1	50%	25%	15%	10%
2	50%	30%	18%	12%
3	50%	35%	21%	14%
4	80%	60%	36%	24%
5	80%	60%	36%	24%
6	80%	80%	48%	32%
7	80%	80%	48%	32%
8	90%	90%	54%	36%

Fuente: D.S. N° 8, artículo 20.

3.3. Señalan que para dar cumplimiento a la Ley REP, han decidido conformar un gran sistema de gestión colectivo de residuos, en particular, de neumáticos fuera de uso ("NFU").

3.4. Las Solicitantes indican que el D.S. N° 8 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 haya introducido otro productor.

B.2. Breve descripción del SGCNFU

3.5. Las Solicitantes se han organizado para cumplir con la Ley REP por medio de un sistema de gestión colectivo, materializado en una corporación sin fines de

lucro ("Corporación"), cuyo objeto exclusivo será la gestión del rubro de los neumáticos, es decir, la recolección, almacenamiento, transporte, tratamiento, valorización y/o eliminación de todos aquellos residuos en los que se transforman los productos que los asociados que la conforman introduzcan al mercado nacional, en los términos de la Ley REP, o cualquier otra ley que la modifique o reemplace, ya sea directamente o a través de terceros.

B.3. Mercados relevantes involucrados

3.6. De acuerdo con las Solicitantes, es posible identificar tres mercados relevantes en los que incidiría la operación de la Corporación: (i) el mercado de producción e importación de neumáticos; (ii) el mercado de la gestión de residuos de neumáticos; y (iii) el mercado de los sistemas de gestión colectiva de NFU.

B.3.1 Mercado de producción e importación de neumáticos

3.7. Para definir este mercado, las Solicitantes indican que debe atenderse a lo dispuesto en el D.S. N° 8, que define al productor de neumáticos como aquel que introduzca neumáticos en el mercado nacional.

3.8. Asimismo, el D.S. N° 8 define la introducción al mercado nacional como "*enajenar un producto prioritario por primera vez en el mercado nacional; enajenar bajo marca propia un producto prioritario adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor; o importar un producto prioritario para el propio uso profesional*" (Número 4, del artículo 2° de la Ley REP).

3.9. Agregan que la categoría del neumático podría delimitar el mercado de producción, por cuanto tienen usos y roles diversos. El D.S. N° 8, ya referido, clasifica a los neumáticos en cuatro categorías: (i) neumáticos Categoría A, aquellos con un aro inferior a 57 pulgadas, con excepción de los que tengan un aro igual a 45 pulgadas, a 49 pulgadas y a 51 pulgadas; (ii) neumáticos Categoría B, aquellos con un aro igual a 45, 49 o 51 pulgadas, y aros iguales o superiores a 57 pulgadas; (iii) neumáticos de bicicletas y de sillas de ruedas, o similares; y (iv) neumáticos macizos.

3.10. El sistema que pretende crearse correspondería, al menos inicialmente, a neumáticos Categoría A, puesto que los productores asociados importan este tipo de neumáticos. Sin perjuicio de lo anterior, el modelo contemplado por el SGCNFU también sería válido en el futuro, con ciertas adaptaciones logísticas, a la Categoría B, en caso de que se incorporen productores de dicha categoría.

3.11. En definitiva, señalan que el mercado relevante de producción de neumáticos estaría conformado por aquellos productores que introducen neumáticos Categoría A y B a nuestro país.

3.12. Continúan indicando que existen dos grandes segmentos diferenciados de neumáticos. En primer lugar, el de los "equipos originales" o de "primera monta", formado por fabricantes de vehículos que incorporan los neumáticos como un componente esencial de los mismos. En segundo lugar, se encuentra el de "reposición o de reemplazo", formado por los usuarios de vehículos que ruedan sobre neumáticos y que deciden sustituirlos por otros nuevos. La importancia de esta distinción radicaría en que los fabricantes de vehículos y de "equipos originales" también deben ser considerados parte del mercado en comento.

3.13. Las Solicitantes indican que el 100% de los neumáticos de reposición que se comercializan son importados, que no existe un registro nacional para cuantificar dicha importación, y que la lista de marcas importadas es muy amplia, estimándolas en más de 600, existiendo múltiples empresas importadoras.

B.3.2 Mercado de la gestión de residuos de neumáticos

3.14. Las Solicitantes sostienen que la gestión de residuos de NFU consiste en las acciones de recolección, pretratamiento y valorización.

3.15. La recolección de los NFU se realiza desde los puntos de generación del residuo. Las Solicitantes explican que todos los NFU se generan en los mismos lugares en que se produce la sustitución del neumático y que, en la mayoría de los casos, son lugares bien identificados públicamente.

3.16. Por otro lado, señalan que el pretratamiento consiste en operaciones físicas previas a la valorización o eliminación, y corresponden a la clasificación, desembalaje, corte, trituración, compactación, mezclado, lavado y empaque; destinadas a reducir el volumen de los residuos, facilitar su manipulación o potenciar su valorización.

3.17. Por último, respecto a la valorización, indican que se entiende como el *"conjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y, o el poder calorífico de los mismos. La valorización comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética*" (Número 30, del artículo 3° de la Ley REP).

3.18. En el caso de los neumáticos, la valorización puede consistir en: (i) recauchaje; (ii) reciclaje material; (iii) coprocesamiento; o (iv) valorización energética.

3.19. Sostienen que normalmente la valorización de los NFU requiere de un pago como servicio realizado por parte de un gestor. Señalan que la industria de reciclaje de NFU, así como las actividades relacionadas, ha evolucionado poco en el país y que, según los datos disponibles, la capacidad real actual de valorización de NFU en

Chile solo permitiría garantizar la gestión ambiental correcta de 24.000 toneladas anuales de estos residuos.

B.3.3 Mercado de los sistemas de gestión colectivo de NFU

3.20. Las Solicitantes sostienen que con la Ley REP se creó un nuevo mercado en el cual participarán todos aquellos sistemas de gestión colectivo del producto prioritario correspondiente, en este caso, de NFU Categoría A y/o B.

3.21. Indican que actualmente no existen sistemas de gestión colectivos de este producto en funcionamiento, pero que hay otra solicitud que está siendo conocida por el Tribunal bajo el Rol NC N° 504-21. De esta forma, cuando entren en vigor las metas para productores, probablemente habrá dos sistemas de gestión colectiva de NFU, al menos en la Categoría A.

3.22. Expresan que este mercado no tiene barreras a la entrada, ya que cualquier productor puede gestionar sus residuos individual o colectivamente.

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

3.23. Conjuntamente con la Solicitud, se acompañaron los siguientes documentos: (i) “Estatutos Corporación SGCNFU - Borrador” (“Estatutos”); (ii) “Propuesta de Bases de Licitación - Servicio de recolección de neumáticos fuera de uso (NFU), de la Categoría A, en todo el territorio de la República de Chile” (“Bases de Recolección”); (iii) “Propuesta de Bases de Licitación - Servicio de Valorización de neumáticos fuera de uso (NFU); de la Categoría A, en todo el territorio de la República de Chile” (“Bases de Valorización” y ambas, conjuntamente, las “Bases”); y (iv) “Descripción General del Plan de Gestión de SGCNFU” (“Plan de Gestión” o “PG”).

3.24. Luego, a folio 57 las Solicitantes acompañaron versiones corregidas de las Bases individualizadas en los puntos (ii) y (iii) precedentes.

3.25. Por último, a folio 86 las Solicitantes acompañaron una tercera versión de las Bases, y una segunda versión de los Estatutos y del Plan de Gestión.

3.26. Atendido que estas últimas versiones incluyen alteraciones que fueron incorporadas en virtud de los antecedentes aportados por la FNE y el MMA, se hará referencia al contenido de la última versión de los Estatutos, Bases y Plan de Gestión, pues ellas reflejan el resultado de la discusión a que dio lugar este proceso.

B.5. Estatutos

B.5.1 Reglas de incorporación y funcionamiento del Sistema contenidas en los Estatutos

3.27. *Objeto*. La Corporación tendrá duración indefinida y no tendrá fines de lucro. Su objeto exclusivo será la gestión del rubro de los neumáticos y, en consecuencia, la recolección, almacenamiento, transporte, tratamiento y/o valorización de todos aquellos residuos en los que se transforman los productos que el productor introduzca al mercado nacional, en los términos de la Ley REP o cualquier otra ley que la modifique o reemplace, ya sea directamente o a través de terceros. La Corporación podrá realizar exclusivamente actividades económicas que se relacionen con su fin y los ingresos que perciba de esas actividades solo podrán destinarse para las finalidades de la Corporación o para incrementar su patrimonio, en la forma que determinen sus órganos de administración.

3.28. *Socios de la Corporación*. Solo podrán ser socios de la Corporación los productores de neumáticos, de acuerdo con la definición del numeral 21 del artículo 3° de la Ley REP. Los Estatutos contemplan la existencia de dos categorías de socios: (i) socios fundadores; y (ii) socios de número.

3.29. Se definen los siguientes requisitos para adquirir la calidad de socio: (i) tener la calidad de productor conforme a la Ley REP; (ii) pagar la cuota de incorporación de la categoría que corresponda –fundador o de número–; (iii) pagar el denominado "ecovalor" para la gestión de los NFU; y (iv) constituir o pagar la garantía legal para el cumplimiento de metas de recolección y valorización.

3.30. Solo adquirirán la categoría de socio fundador quienes suscriban el acta de constitución de la Corporación. Los Estatutos establecen que el aporte efectuado previo a la constitución de la Corporación por quienes firmaron el acta de constitución de la misma se imputará a la cuota de incorporación del socio fundador correspondiente, entendiéndose cumplido el requisito para adquirir la calidad de tal.

3.31. Los derechos de los socios fundadores se consagran en el artículo 10° de los Estatutos, y consisten en: (i) participar en las reuniones de la Asamblea General con derecho a voz y voto; (ii) elegir cinco de los siete miembros del Directorio; (iii) presentar cualquier iniciativa, proyecto o proposición relativas al objeto y funcionamiento de la Corporación; (iv) solicitar convocatoria a la Asamblea General extraordinaria; (v) tener acceso a la memoria, balance, actas, informes de auditores externos y registro de socios de la Corporación; (vi) ser informado de la marcha ordinaria de la Corporación; y (vii) ser oídos previo a la adopción de medidas disciplinarias en su contra, así como ser informado de las medidas disciplinarias adoptadas en su contra, y su fundamento.

3.32. Por su parte, los derechos de los socios de número se encuentran en el artículo 11°, y consisten en: (a) participar de las reuniones de la Asamblea General solo con derecho a voto, salvo respecto de las votaciones referidas a las materias

tratadas en los numerales i) a iv) del artículo 17°, así como de los numerales iv) y v) del artículo 18°; (b) elegir a dos de los siete miembros del Directorio; (c) los derechos indicados en los puntos (iii) a (v) y (vii) del párrafo 3.31 precedente; y (d) podrán aprobar la actualización del Plan de Gestión anualmente.

3.33. A la fecha de la presentación de la Solicitud, existían 29 productores que formarían parte de la Corporación, 27 de ellos tendrán la calidad de fundadores, y dos serán socios de número (a saber, Sociedad Distribuidora Edow Ltda. y Toyota Chile S.A.).

3.34. Asimismo, se regulan las obligaciones de cada tipo de socio, entre ellas, el deber de no intercambiar información, opiniones o antecedentes comercialmente sensibles con otro socio que sea competidor.

3.35. Por otro lado, se regula el procedimiento para adquirir la calidad de socio. El interesado deberá presentar una solicitud de ingreso al Directorio, quien tiene un plazo máximo de 15 días para pronunciarse sobre ella. 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.

3.36. La calidad de socio de número se adquirirá mediante la aceptación del Directorio. El socio de número solo podrá exigir la prestación de los servicios de la Corporación una vez haya suscrito el correspondiente contrato de prestación de servicios con esta.

3.37. Por su parte, se perderá la calidad de socio por las siguientes causales: (i) disolución de la persona jurídica o pérdida de calidad de productor; (ii) por renuncia, la que se hará efectiva mediante la presentación de una carta dirigida al Directorio, acreditando la capacidad del representante para renunciar a la Corporación. El Directorio verificará la suficiencia de los poderes en un plazo máximo de siete días hábiles. Transcurrido este plazo sin un pronunciamiento, se entenderá que ha tomado conocimiento y el socio ha dejado de pertenecer a la Corporación; (iii) terminación del contrato de gestión; y (iv) expulsión. Las causales se encuentran reguladas en el artículo 15° de los Estatutos.

3.38. Sin perjuicio de lo anterior, se mantendrán vigentes las obligaciones pecuniarias del socio renunciante hasta el término de la prestación del servicio de gestión de residuos.

3.39. Se contemplan 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.5.2 Servicio prestado

3.40. De acuerdo con el Plan de Gestión, el modelo aborda inicialmente la gestión de NFU de Categoría A, y debe permitir a todos los productores adheridos al Sistema cumplir las metas de recolección y de valorización establecidas en el artículo 20 del D.S. N° 8, en estricto respeto de la normativa aplicable, especialmente aquellas referidas a medioambiente y libre competencia. Para ello, el SGCNFU implantará un sistema logístico que permita cumplir con dichas metas.

3.41. El Sistema tendrá la obligación de recolectar los NFU en todos los puntos de generación del territorio nacional, los que podrán ser de cualquier marca y tipo dentro de la Categoría A.

3.42. Toda actividad operacional deberá ser desarrollada bajo responsabilidad del SGCNFU, en nombre de los productores adheridos, y en cumplimiento de un contrato de adhesión en el que se establecen los derechos y obligaciones de cada parte.

3.43. Para financiar sus operaciones, el Sistema facturará periódicamente sus servicios a cada productor, aplicando una cantidad económica general por unidad y categoría de neumático (“Ecovalor”).

B.5.3 Organismos de la corporación

3.44. *Asamblea General*. Es el órgano colectivo principal de la Corporación e integra al conjunto de sus socios. Sus acuerdos obligan a todos los socios fundadores o socios de número presentes y ausentes.

3.45. Existirán Asambleas Generales ordinarias y extraordinarias. Las primeras se llevarán a cabo una vez al año, y les corresponde: (i) aprobar la memoria, el balance y los estados financieros presentado por el Directorio; (ii) aprobar el nombramiento del Auditor Externo a proposición del Directorio; (iii) aprobar la cuota de incorporación para socio fundador y la cuota de incorporación para el socio de número, a proposición del Directorio; (iv) designar al Directorio; (v) aprobar los Reglamentos, Protocolos y Códigos necesarios para el funcionamiento de la Corporación a proposición del Directorio; y (vi) aprobar el Modelo Tarifario y de Garantías propuesto por el Directorio.

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

3.47. Por otro lado, la Asamblea General extraordinaria se reunirá por convocatoria del Directorio o a petición de al menos 10% de los socios fundadores y/o socios de número, y las materias que tratará y resolverá son: (i) reforma de los Estatutos; (ii) disolución o fusión de la Corporación; (iii) reclamaciones en contra de Directores; (iv)

reclamaciones contra miembros de la Comisión de Ética; (v) apelación y reintegración de un socio ante medida disciplinaria de expulsión; (vi) asociación de la Corporación con otras instituciones similares; y (vii) la compra, venta, hipoteca, permuta, cesión y transferencia de bienes raíces, la constitución de servidumbres y prohibiciones de gravar y enajenar y del arrendamiento de inmuebles por un plazo superior a diez años.

3.48. Respecto a la representación de los socios dentro de la Asamblea, los Estatutos señalan que se podrá actuar debidamente representado, y que se deberá evitar que esta representación 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 fuera necesario, el representante deberá asistir acompañado por el asesor legal de la compañía, y deberá encontrarse registrado ante el Comité de Auditoría y *Compliance* o el Contralor de manera previa a la asistencia a una Asamblea. Además, el asistente deberá suscribir un acuerdo de confidencialidad previo a ingresar al lugar de realización de la Asamblea, sea presencial o virtualmente. Además, se permite la representación de un socio por otro en casos justificados.

3.49. En ningún caso se permitirá la delegación de representación entre socios competidores.

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

3.51. *Directorio*. Es el órgano encargado de dirigir y administrar la Corporación. Estará integrado por siete directores, cinco de los cuales deberán ser elegidos por los socios fundadores, y los dos restantes, por los socios de número. Sin perjuicio de lo anterior, el primer directorio será nombrado por los socios fundadores. Este Directorio se mantendrá hasta la celebración de la primera Asamblea General.

3.52. Los directores durarán cuatro años en el ejercicio de su cargo y podrán ser reelegidos. Podrán ser remunerados, y el monto será aprobado por la Asamblea General ordinaria.

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

3.54. Los Estatutos señalan como requisitos para ser director, entre otros: (i) no ejercer a la fecha de la elección ni haber ejercido en los últimos seis meses, el cargo de director ni ser empleado, ni tener vínculo laboral alguno con las empresas gestoras de los servicios que la Corporación deba licitar; y (ii) no desempeñar a la fecha de su elección ni haberse desempeñado dentro de los 24 meses anteriores a su elección,

como funcionario fiscal, semifiscal, de empresas u organismos del Estado y de empresas de administración autónoma en las que el Estado efectúe aportes o tenga representantes en su administración, en relación con las entidades sobre las cuales dichos funcionarios ejercen, directamente y de acuerdo con la ley, funciones de fiscalización o control. La inhabilidad anterior se aplicará especialmente respecto a aquellas personas que hayan desempeñado cargos públicos relacionados con el medio ambiente.

3.55. Si durante el desempeño del cargo un director incurriere en causal de inhabilidad o incompatibilidad, cesará en sus funciones.

3.56. Para efectos de elegir a los miembros del Directorio, los socios fundadores y los socios de número votarán por separado.

3.57. Los Estatutos regulan los deberes y atribuciones del Directorio, entre los cuales se encuentra la facultad de designar a las distintas Gerencias, definir y aprobar el Modelo Tarifario y de Garantías para la gestión de residuos, aceptar o rechazar solicitudes de ingreso y renuncia a la Corporación. Además, se contempla que debe velar por el cumplimiento del Protocolo de libre competencia e intercambio de información y acuerdos de la Corporación.

3.58. Respecto de conflictos de interés, se establece que la Corporación podrá celebrar actos o contratos en que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, en los términos establecidos en el artículo 44 de la Ley N° 18.046, sin sujeción a las condiciones y requisitos mencionados en el inciso primero de dicho artículo.

3.59. *Contralor*. Se contempla la existencia de un funcionario Contralor quien, entre otras funciones, deberá asistir al Directorio en la aplicación de las políticas para garantizar que la Corporación desarrolle sus actividades y negocios conforme a la normativa vigente, y a las políticas y procedimientos internos, con particular énfasis en el resguardo de la libre competencia. Además, deberá diseñar y administrar un sistema integral y transversal de *compliance*, considerando los riesgos relevantes para la Corporación, entre otros, respecto a libre competencia.

3.60. El Contralor estará a cargo de la investigación de hechos que puedan ser constitutivos de infracciones e implicar la aplicación de medidas disciplinarias.

3.61. *Comisión de ética*. Estará encargada de aplicar medidas disciplinarias, previa investigación del Contralor.

B.5.4 Patrimonio

3.62. Estará formado por los bienes que forman parte de su patrimonio inicial, esto es, los aportes y cuotas enteradas por los socios, por las cuotas de incorporación y

el Ecovalor, las donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte que se le hicieren, las ventas de sus activos y las ventas de sus activos y por las erogaciones y subvenciones que obtenga de personas naturales o jurídicas, de las Municipalidades o del Estado y demás bienes que adquiera a cualquier título, así como los ingresos percibidos en el desarrollo de su objeto social.

3.63. En caso de que se produzca la disolución de la Corporación, su patrimonio pasará a un sistema colectivo de gestión, el que será designado por la Asamblea General.

3.64. *Modificación de Estatutos*. Los Estatutos podrán modificarse por acuerdo de la Asamblea General, adoptado por dos tercios de los socios presentes, el que deberá contar con un informe favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, previo a su implementación.

3.65. Asimismo, la Corporación podrá fusionarse o disolverse voluntariamente por acuerdo de una Asamblea General extraordinaria adoptada por los dos tercios de los socios presentes.

3.66. *Cláusula arbitral.* Cualquier dificultad o controversia que se produzca entre la Corporación y sus socios o entre ellos respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución del Estatuto, o cualquier otro conflicto que pueda surgir en razón de funcionamiento del Sistema radicado en la Corporación, 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.

3.67. *Fiscalización de la administración*. El Directorio propondrá a la Asamblea una o más empresas de auditoría externa independientes, para que fin de que examinen la contabilidad, inventario, y balance de la Corporación e informen por escrito a los socios sobre el cumplimiento de su mandato.

B.5.5 Resguardos respecto a la información comercial sensible.

3.68. 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.

3.69. La Corporación solamente podrá utilizar dicha información para cumplir con sus obligaciones legales, reglamentarias y estatutarias, lo que incluye la contratación de servicios de administración del sistema de gestión colectiva y los servicios propios de gestión, tales como recolección, tratamiento y revalorización. En cualquier caso,

la obligación de confidencialidad también le será aplicable a las entidades con que la Corporación celebre contratos con el objetivo de cumplir con sus obligaciones bajo la Ley REP, debiendo la Corporación tomar las medidas que sean necesarias para tal fin.

3.70. Los Estatutos prohíben el acceso a información comercial sensible entre socios.

3.71. Los socios solo podrán acceder a la información relativa a los neumáticos puestos en el mercado de forma agregada y global, siempre que su entrega sea necesaria para la consecución de los fines de la Corporación.

3.72. Se establece la obligación para la Corporación y sus socios de tomar todos los resguardos necesarios para evitar intercambios de información sensible entre competidores, lo que será regulado en su programa de cumplimiento y otros documentos que sean necesarios para cumplir con dicho fin.

3.73. Todos los órganos de la Corporación, así como sus directores, gerentes y trabajadores se obligarán a guardar la confidencialidad de la información comercial sensible a la que tengan acceso en el cumplimiento de sus funciones, y en general, de cualquier otra información que no se encuentre divulgada de manera pública al mercado.

3.74. 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; y (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.

B.5.6 <u>Conclusiones de las Solicitantes</u>

3.75. Las Solicitantes señalan que las reglas y procedimientos de incorporación de nuevos asociados y de funcionamiento del sistema no contienen elementos que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

3.76. Indican que la Ley REP no provee mayores criterios ni directrices en las materias en comento, por lo que han considerado las conclusiones de la FNE en su

aporte de antecedentes en la causa Rol NC N° 492-2021, en el caso del sistema denominado “SIGENEM”, y la Guía de Asociaciones Gremiales de la FNE.

3.77. Asimismo, revisan los Estatutos a la luz de los criterios de acceso abierto, participación equitativa y de libre competencia.

3.78. *Acceso abierto*. Respecto al acceso abierto, sostienen que los requisitos para ser socio fundador o de número se encuentran descritos en los Estatutos y que la adquisición de la calidad de socio se hará conforme a criterios de incorporación objetivos y transparentes que se aplicarán de manera de no resultar arbitrarios ni discriminatorios, y el procedimiento se encuentra regulado.

3.79. Por otro lado, indican que las causales de expulsión son taxativas, se encuentran claramente determinadas y se basan en criterios objetivos.

3.80. Concluyen a este respecto que el estándar de acceso abierto contemplado en la Guía de Asociaciones Gremiales de la FNE y en las sugerencias de la Fiscalía se encuentra recogido en los Estatutos, garantizando que los productores que se incorporen al SGCNFU cumplan requisitos objetivos y transparentes, mediante un procedimiento reglado de ingreso (y posible salida) que sigue el principio de no discriminación y evita arbitrariedades.

3.81. *Participación equitativa*. Afirman que esta se sustenta en la regulación de los derechos y obligaciones que tienen los socios fundadores y los socios de número de acuerdo con los Estatutos.

3.82. Sostienen que las dos calidades de socios dentro del SGCNFU responden a una necesidad de los productores, quienes pueden tener más o menos interés en participar activamente de la Corporación. Así, quienes tienen menos interés, capacidad o recursos para participar, podrán hacerlo como socios de número, y viceversa. Agregan que, si bien la diferenciación tiene un impacto en los derechos políticos, de todos modos se reconocen ciertos derechos políticos a los socios de número, así como el resguardo al derecho de información. De esta forma, concluyen que los socios de número no están desprovistos de derechos y facultades, sino que tienen derechos políticos más acotados en algunas materias.

3.83. Continúan indicando que la participación equitativa también se ve reflejada en la regulación de las categorías de socios, ya que todos los que se encuentran en la misma categoría pueden acceder a los mismos derechos y obligaciones.

3.84. *Principios generales de libre competencia*. En primer lugar, destacan que las Asociadas han diseñado y estructurado mecanismos para mitigar y precaver los posibles riesgos de libre competencia, que a la vez permitan un funcionamiento razonable y eficiente de la Corporación. Así, el manejo de información dentro del

Sistema se encuentra regulado de manera que no permita intercambios de información comercialmente sensible entre competidores.

3.85. Agregan que se prevé que la Corporación desarrolle un programa de cumplimiento en libre competencia, junto con un protocolo de intercambio de información.

3.86. Concluyen que las Asociadas han incluido mecanismos para evitar traspasos de información que puedan generar riesgos en materia de libre competencia, sin perjuicio de resguardos adicionales que se puedan considerar necesarios de acuerdo con cómo se desarrolle la actividad del Sistema.

3.87. En segundo lugar, se refieren a la determinación del modelo tarifario. Indican que, para financiar sus operaciones, el Sistema facturará periódicamente sus servicios a cada socio Productor aplicando una cantidad económica general por unidad y categoría de neumático establecida y comunicada previamente, la cual será determinada de acuerdo con el modelo tarifario y aprobado por la Asamblea General de la Corporación.

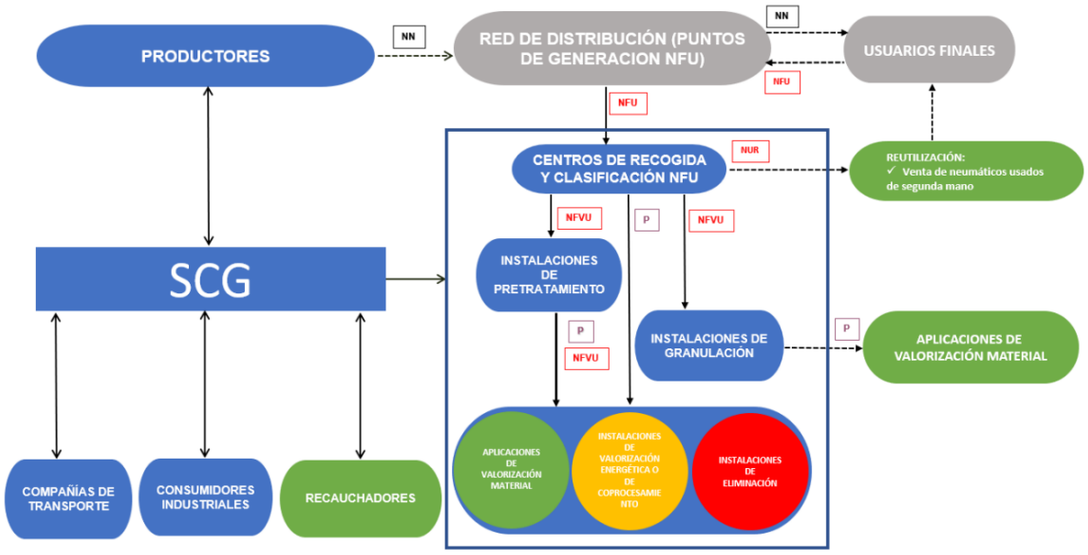
3.88. Señalan que, en el actual estado del mercado de reciclaje de neumáticos, para determinar los criterios exactos del Ecovalor, es necesario realizar estudios técnicos económicos que aún no están finalizados, por lo que no sería posible indicar mayores detalles sobre su determinación. Con todo, sostienen que este se basará en criterios objetivos, transparentes y de general aplicación para todos los socios.

B.6. Bases de licitación

3.89. Las Solicitantes someten al conocimiento del Tribunal las siguientes bases de licitación: (i) Servicio de Recolección de neumáticos fuera de uso (NFU), de la Categoría A, en todo el territorio de la República de Chile (“Convocatoria de Recolección”) y (ii) Servicio de Valorización de neumáticos fuera de uso (NFU), de la Categoría A, en todo el territorio de la República de Chile (“Convocatoria de Valorización”, y en conjunto “la propuesta de bases”).

3.90. Describen los flujos de funcionamiento de la Corporación respecto a estos servicios y el esquema general de la gestión de los residuos de NFU en la siguiente figura:

Figura N° 1
Modelo de Gestión SGCNFU



Fuente: Solicitud, folio 32, p. 43.

B.6.1 Estructura y descripción de las Bases

3.91. Ambas Bases tienen la misma estructura: (i) bases administrativas; (ii) bases técnicas; y (iii) anexos.

3.92. Indican que, atendido que actualmente no existen antecedentes de implementación de sistemas colectivos de este tipo, han optado por elaborar un documento descriptivo, proponiendo como serían las bases de licitación de la Corporación.

3.93. Señalan que las licitaciones se realizarán de manera regular, para generar incentivos a realizar las inversiones necesarias en búsqueda de sinergias comerciales, técnicas o logísticas que se traduzcan en un progreso competitivo a mediano y largo plazo, lo que implicaría una mejora en el servicio prestado al Sistema.

3.94. *Servicio a licitar*. Indican que, durante la primera etapa de funcionamiento del Sistema, se tiene previsto convocar a licitaciones de los servicios de manejo de residuos por un periodo más corto, para que se disponga de un margen de actuación en el mercado lo suficientemente flexible.

3.95. Por otro lado, señalan que dentro de cada convocatoria se pueden incluir varias modalidades de prestación de servicio, a determinar de acuerdo con necesidades puntuales, con el objetivo de ajustar el servicio a los requerimientos que puedan generarse, así como a la evolución del mercado.

3.96. Ambas convocatorias tendrán divisiones, en distintas zonas geográficas (es el caso de la Convocatoria de Recolección) o por lotes de NFU (como ocurriría en la Convocatoria de Valorización). En consecuencia, se seleccionará como adjudicatario

de los servicios objeto de cada convocatoria, para cada una de las zonas/lotes, a aquel participante que presente la mejor oferta económica y técnica, según los criterios y condiciones establecidos en las propuestas de bases de licitación.

3.97. En cuanto a las operaciones de recauchaje, hacen presente que actualmente estas tienen sus propias redes de logística de recolección de carcasas, por lo que estiman poco probable que dichos flujos transiten por las redes de los sistemas de gestión colectivos, y, por tanto, para acceder a esa forma de valoración, se contratará el servicio de valorización consistente en recauchar carcasas.

3.98. A folio 86, las Solicitantes precisaron que el transporte, desde el punto de almacenamiento hasta las instalaciones del valorizador, forma parte de la etapa de valorización y en consecuencia se utilizarán dichas bases para licitar estos servicios. Sin perjuicio de lo anterior, estas licitaciones pueden ser independientes de las licitaciones de valorización propiamente tales, por cuanto es altamente probable que exista una mayor cantidad de transportistas independientes que valorizadores. Esto generaría mayor competencia y es económicamente más conveniente de licitar.

3.99. De esta forma, el Sistema organizará periódicamente tres convocatorias públicas: (i) una primera licitación para seleccionar gestores de residuos que presten el servicio de recolección selectiva, transporte desde los puntos de generación al centro de recolección y clasificación, clasificación, almacenamiento temporal y preparación para la reutilización de NFU; (ii) una segunda licitación para seleccionar a gestores de residuos que presten los servicios valorización de los NFU objeto de la primera convocatoria que, tras ser sometidos a una operación de clasificación, no sean aptos para su reutilización directa, denominados en este documento como neumáticos al final de su vida útil; y (iii) una tercera licitación, para seleccionar a las empresas que vayan a realizar el transporte de NFVU –separado de la recolección– entre las instalaciones en la que estén almacenados tras la recolección y las instalaciones de los gestores que hayan resultado adjudicatarios para realizar las operaciones de valorización.

3.100. *Criterios de participación y presentación de ofertas*. Las licitaciones comenzarán con un llamado público para participar en ellas, que se publicará en la página *web* de la Corporación. Los interesados deberán firmar un acuerdo de confidencialidad para acceder a las Bases.

3.101. Las ofertas deben contener antecedentes legales, técnicos u operacionales, antecedentes económico-financieros, la oferta técnica y la oferta económica, junto con la garantía de seriedad de la oferta.

3.102. *Proceso de evaluación de ofertas*. El Comité de Evaluación y Adjudicación estudiará y evaluará las ofertas y emitirá un primer informe que contendrá las ofertas

y proponentes que hayan cumplido los requerimientos de las Bases y/o la declaración de inadmisibilidad de ofertas, la que deberá entregar las razones de aquello. Los interesados cuyas ofertas no hayan sido admitidas podrán apelar la decisión.

3.103. Luego, se presentará un informe final que contendrá el análisis técnico económico de las ofertas presentadas y su orden de prelación de acuerdo con el método de evaluación. Este informe podrá establecer adjudicaciones o declarar, en todo o en parte, desierto el proceso.

3.104. Se establecerá un precio máximo de adjudicación por zona o lote, sobre el que los oferentes deberán presentar ofertas económicas a la baja.

3.105. *Método de evaluación de las ofertas*. Las ofertas se calificarán con una puntuación total de 100 puntos, a ponderar de acuerdo con los puntajes obtenidos individualmente en: (i) la oferta económica; y (ii) la oferta técnica.

3.106. Respecto a la oferta económica, el oferente que haya ofrecido la menor cantidad (pesos chilenos por tonelada de NFU efectivamente recolectada y clasificada para cada zona o por tonelada de NFU del lote respectivo), obtendrá la máxima puntuación (esto es, 90 puntos en la Convocatoria de Recolección y 70 puntos en la Convocatoria de Valorización). La puntuación del resto de los oferentes estará comprendida entre cero puntos y la respectiva puntuación máxima, y será proporcional a la desviación entre el importe de la oferta económica del oferente que haya obtenido la puntuación máxima y el importe de la oferta económica de cada oferente. Se establece un criterio para la identificación de bajas temerarias, por lo que cuando la oferta esté un 20% por debajo de la media, se solicitará al oferente una justificación de dichos importes.

3.107. Por su parte, la oferta técnica puede obtener un máximo de 10 puntos, en el caso de la Convocatoria de Recolección, y de 30 puntos, para la Convocatoria de Valorización, y será en base al grado de excelencia acreditada respecto al cumplimiento de los requisitos técnicos en virtud de los antecedentes presentados. La ponderación de la oferta técnica es más elevada en la convocatoria de Valorización dada la mayor relevancia que tienen componentes, factores y elementos no pecuniarios.

3.108. *Adjudicación*. Se adjudicará el servicio al interesado que, cumpliendo con todos los requisitos exigidos en las Bases y los documentos de la licitación, haya obtenido la mejor puntuación. Se podrá readjudicar la licitación al oferente que le siga en puntaje cuando el adjudicado original no firme el contrato respectivo o no cumpliese con otros requisitos exigidos en las Bases.

3.109. Se podrá declarar desierto el proceso cuando: (i) vencido el plazo, ninguna persona manifieste su intención de participar; (ii) vencido el plazo para la presentación de ofertas, no se presente ninguna; (iii) ninguno de los candidatos que presente una oferta cumpla con los requisitos de aptitud contemplados en las Bases; o (iv) ninguna de las ofertas cumpla con los requisitos exigidos en las Bases.

3.110. Se podrá limitar, como criterio excepcional, el máximo de zonas (recolección) o lotes (valorización) a un mismo oferente, por las razones taxativas indicadas en las Bases.

3.111. *Garantías y multas*. Se contemplan dos garantías. En primer lugar, la garantía de seriedad de la oferta, que deberá ser presentada junto a ella, cuyo valor y duración no está definida en la propuesta, pero las Solicitantes sostienen que el monto estará claramente definido en cada proceso de licitación, y será ejecutable en caso que el oferente adjudicatario no diere cumplimiento a las obligaciones establecidas en la propuesta de Bases, y en especial, si se niega a concurrir a la firma del contrato o hacer entrega de la garantía de fiel cumplimiento del mismo; o en caso de comprobarse falsedad o inconsistencia de alguno de los antecedentes presentados en la licitación.

3.112. 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.

3.113. Además, se exigirá que el adjudicatario entregue una póliza de seguro de responsabilidad civil que incluya responsabilidad por lesión o muerte de cualquier persona y/o daño a propiedad del convocante y de terceros, además de los causados por el uso de vehículos motorizados y maquinaria pesada. No se encuentra definido el monto, y deberá estar vigente desde el día que comience la vigencia del contrato hasta los 30 días siguientes a la fecha de término.

3.114. En cuanto a multas, el modelo de contrato acompañado en la propuesta de bases indica que en caso de que el gestor se retrasara en la prestación del servicio, o en caso de que este, su personal, contratistas o subcontratistas incurran en otros incumplimientos, la Corporación podrá cobrar multas, las que no se encuentran definidas en este momento.

3.115. *Plazo del Contrato*. No se contempla una duración estándar y genérica de los contratos, lo que se determinará en cada proceso en particular. Las Solicitantes indicaron en su escrito de folio 86 que las duraciones concretas se determinarán en función de los resultados de los estudios técnico-económicos y en ningún caso superarán los dos años de duración y no podrán ser prorrogados, lo que no se encuentra consagrado en la última versión de las Bases.

3.116. *Cláusula arbitral*. Cualquier 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.

3.117. *Término del contrato*. En los modelos de anexo de contrato, se estipula que la Corporación podrá poner término anticipado al contrato en cualquier momento, sin declaración judicial alguna y sin lugar a indemnización en favor del Gestor, en caso de que el Gestor incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en dicho contrato.

3.118. Por otro lado, el gestor podrá poner término anticipado al contrato cuando la Corporación presente un atraso igual o mayor a 45 días en el pago del precio mensual.

3.119. *Otros*. Las Bases contemplan un deber de confidencialidad para el oferente, consistente en que los documentos de la licitación serán tratados y mantenidos como confidenciales y secretos.

3.120. En caso de oferentes relacionados entre sí debido a que alguno tuviere un grado de participación directa significativa en otro que participe de la licitación, solo se podrá presentar como oferente uno de ellos, y la contravención será sancionada con la descalificación de los oferentes involucrados.

3.121. Dentro de los documentos requeridos en los antecedentes legales de la oferta, se incluye una declaración de inexistencia de conflictos de interés, mediante la cual el oferente declara que no mantiene una relación de propiedad con alguno de los socios de la Corporación o con gestores.

B.6.2 Conclusiones de las Solicitantes

3.122. Las Solicitantes concluyen que las Bases que someten a conocimiento del Tribunal cumplen con los diversos criterios en esta materia, tanto de este Tribunal como de la FNE, tales como transparencia, garantía de libre acceso, condiciones generales, uniformes y objetivas, y certeza en los plazos y etapas involucrados, entre otros.

3.123. Sostienen que se garantiza la competencia en el proceso de licitación. En primer lugar, se hace referencia a criterios que buscan asegurar competencia *ex ante*. Así, cualquier interesado que sea un gestor autorizado de acuerdo con la Ley REP puede acceder de manera gratuita a las Bases, solo debiendo firmar un acuerdo de confidencialidad. El mismo agente económico puede participar y resultar adjudicado de ambas convocatorias.

3.124. Señalan que la propuesta de Bases cuenta con aspectos que promueven e incentivan a que participe la mayor cantidad de oferentes.

3.125. En cuanto al procedimiento propiamente tal, las Solicitantes indican que se encuentran reglados todos los aspectos que son necesarios para entregar certeza sobre la utilización de un mecanismo objetivo y transparente.

3.126. Respecto al procedimiento de evaluación, el Comité de Evaluación estará conformado por personal de la Corporación, y no por socios o representantes de éstos.

3.127. Además, se encuentra detallada la metodología y criterios de calificación de la oferta, resultando adjudicados los oferentes con mejor puntuación que hayan cumplido con los requisitos correspondientes. Una excepción sería un escenario en que uno o pocos gestores comenzaran a acaparar licitaciones, con el consecuente riesgo de exclusión.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

4. El 20 de enero de 2022, a folio 33, se dio inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L N° 211, cuyo objeto es determinar: (i) si las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros contienen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; y (ii) si en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del Sistema de Gestión Colectivo de Neumáticos Fuera de Uso, existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 26 de la Ley N° 20.920, que Establece el Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y el Fomento al Reciclaje. En la resolución se ordenó, además, oficiar a la Fiscalía Nacional Económica; al Ministerio del Medio Ambiente; y a la Superintendencia del Medio Ambiente, a fin de que estas, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

5. A folio 61, aportó antecedentes el Ministerio del Medio Ambiente.

5.1. En primer lugar, como observaciones generales, plantea algunas consideraciones asociadas a la definición del mercado relevante. Realiza ciertas aclaraciones sobre el funcionamiento de los sistemas de gestión, cuestionando la claridad del mercado propuesto por las Solicitantes e 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, hace presente que el concepto de mercado de los sistemas de gestión de los residuos

de neumáticos usados (“NU”) Categoría A y/o fuera de uso parece no tener sentido a la luz la normativa asociada a la Ley REP y a los sistemas de gestión.

5.2. En segundo lugar, se refiere a los Estatutos. Respecto a la obligación de garantizar el acceso a todos los productores, describe los Estatutos acompañados por las Solicitantes y, en particular, los requisitos para adquirir la calidad de socio. A su juicio, del marco de la Ley REP, en particular del artículo 20, se desprende que el sistema de gestión debe establecer reglas para que cualquier productor pueda incorporarse al mismo, y que dichas reglas deben fijarse en base a criterios que no dejen espacio a la discrecionalidad. Sin embargo, objeta que en la propuesta de Estatutos de las Solicitantes faltaría claridad con respecto a la justificación de la cuota de incorporación, su valor y los criterios utilizados para fijarla.

5.3. Respecto de la participación equitativa de los productores asociados, da cuenta que los Estatutos diferencian entre dos tipos de socios, los socios fundadores y los de número, los que a su vez tendrán distintos derechos asociados. Así, los socios fundadores tendrían más derechos políticos dentro de la Corporación. Ahora bien, de la lectura de los Estatutos, a juicio del Ministerio, la única potencial diferencia en los requisitos para adquirir la calidad de socio fundador o de número sería el pago de una cuota de incorporación diferente.

5.4. El Ministerio indica que la Ley REP establece que se debe resguardar la participación equitativa de los productores dentro del sistema de gestión y que esto no quiere decir que no existan diferencias, pero sí que aquellas se encuentren justificadas y que se establezcan en función de criterios objetivos. En consecuencia, estima que, salvo que un sistema de gestión indique justificaciones claras y fundadas para efectos de exigir una cuota de incorporación, esta sólo debería responder a los costos administrativos que genera el ingreso de nuevos productores, lo que no está precisado en los Estatutos.

5.5. A su parecer, tampoco está justificado el establecimiento de ciertos derechos diferenciados entre los distintos socios. Indica que, en el caso que no existan diferencias entre los requisitos para ser socio fundador y socio de número y que la condición de ser de uno u otro tipo dependa solamente de la voluntad del socio, de todas formas, la participación equitativa no necesariamente implica que cada socio tenga un voto, sino que la participación equitativa de los productores podría implicar que el derecho a voto debería ser proporcional a la magnitud de las obligaciones que el productor delega en el sistema de gestión. De esta forma, si un productor introduce una mayor cantidad de productos en el mercado y por tanto sus metas de valorización son mayores, resulta natural que tenga una mayor incidencia en el gobierno de la Corporación.

5.6. Ahora bien, reconoce que esa propuesta puede ser difícil de cuantificar y por tanto una alternativa sería que, si un productor realiza un aporte monetario por vía del pago de tarifas, que asciende al doble de lo que aporte otro productor, resultaría equitativo que el voto del primero tenga el doble del peso del segundo.

5.7. A continuación, el MMA revisa las Bases presentadas por las Solicitantes. Estima que existen una serie de exigencias que podrían afectar la libre concurrencia, desincentivar la presentación de ofertas, afectar la transparencia del proceso y configurar eventuales riesgos de conductas discriminatorias y arbitrariedades hacia los oferentes. Asimismo, hay partes de las Bases que quedan indeterminadas por estar sujetas a un estudio técnico-económico del cual no se tiene claridad de cuándo estará disponible ni su contenido.

5.8. Luego, revisa cada una de las etapas del procedimiento licitatorio y levanta sus observaciones. Así, en la etapa de preparación y presentación de las ofertas, el Ministerio señala que, conforme a la recomendación del consejo para combatir la colusión en la contratación pública de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos ("OCDE"), se deben evitar restricciones innecesarias que reduzcan el número de oferentes. El MMA estima que se establecen ciertos requisitos potencialmente innecesarios, como la suscripción de una declaración de confidencialidad para poder acceder a las bases de licitación.

5.9. Por otro lado, respecto al cronograma del proceso, considera oportuno que todos los plazos contenidos en las Bases establezcan un mecanismo que otorgue una cantidad de días fijos contabilizados desde un hito concreto.

5.10. En lo referido a los documentos de la licitación, regulados en la sección 5.3. de las Bases, indica que dentro de los instrumentos que los oferentes deberán considerar para la preparación de sus ofertas, se encuentra el contrato, sus anexos y modificaciones. Sin embargo, estos documentos se generan con posterioridad a la adjudicación de la licitación por lo que no están vinculados a la preparación de las ofertas. Asimismo, señala que las Bases no contemplan un plazo forma o canal para que los oferentes presenten solicitudes de aclaración, interpretación o corrección de las Bases.

5.11. Luego, el Ministerio revisa el punto 5.4. de las Bases, denominado "Oferentes". El MMA estima que no aceptar oferentes o integrantes cuya gestión en contratos anteriores no haya sido calificada como satisfactoria por la Corporación es un mecanismo que genera barreras innecesarias a la entrada de competidores y que, en los términos de las Bases, resulta indeterminado y se podría prestar para arbitrariedades.

5.12. En cuanto a la etapa de evaluación y adjudicación de las ofertas, propone establecer un procedimiento y requisitos objetivos y determinados para el nombramiento de los integrantes del Comité de Evaluación. Además, realiza observaciones a las instancias de apelación, y sus plazos asociados.

5.13. Agrega que existe una utilización poco clara y precisa del lenguaje que puede llevar a confusiones.

5.14. Luego, en la etapa de calificación de ofertas, detecta falta de claridad en los parámetros para establecer la asignación de puntaje en la evaluación técnica.

5.15. Por otro lado, indica que las Bases facultan al convocante de la licitación a solicitar, evaluar y considerar información complementaria en cada caso, lo que a juicio del MMA puede atentar contra el principio de igualdad, al no establecerse criterios objetivos que determinen la necesidad de pedir antecedentes adicionales, que tampoco están identificados en las Bases.

5.16. Agrega que, en la sección 6.1. se señalan una serie de requisitos que deben cumplir los oferentes, pero no se contempla un medio de verificación. Sugiere una suscripción del Anexo “Declaración de no existir impedimento para participar en la licitación”.

5.17. En cuanto a las garantías exigidas, reconoce que, si bien son mecanismos necesarios para el correcto desarrollo de procesos de licitación y cumplimiento de contratos, pueden generar barreras innecesarias a la entrada de competidores, por lo que plantea que los montos y vigencias deben ser adecuados y del menor valor posible para cumplir su función. Agrega que no debería exigirse que se otorguen físicamente cuando estos instrumentos puedan ser emitidos y verificados electrónicamente.

5.18. Continúa señalando que considera excesivo que las garantías puedan ser prorrogables al solo requerimiento del convocante y que se limita la emisión de garantías a instituciones bancarias, existiendo otras entidades que emiten instrumentos idóneos para estos fines.

5.19. Luego, en lo referido a la etapa de suscripción del contrato, sugiere que todas las condiciones de prestación de servicio queden plasmadas en las Bases. Asimismo, sugiere establecer un plazo de suscripción del contrato. En la misma línea, respecto a la duración del contrato, propone establecer un plazo fijo o rango más acotado, que permita a los oferentes ponderar si se encuentran en condiciones de cumplir con dicho plazo.

5.20. Prosigue analizando la etapa de ejecución del contrato, señalando que las Bases no contemplan ninguna regulación a este respecto, y argumenta que las condiciones de prestación del servicio deben quedar plasmadas en las Bases.

5.21. Respecto a las causales de término anticipado del contrato, señala que: (i) no existe ningún tipo de procedimiento para que el proveedor pueda formular descargos; (ii) se establece como causal de término anticipado no iniciar la prestación del servicio en el tiempo convenido. El MMA considera esta medida como extremadamente gravosa y propone establecer un máximo de días de atraso, sujetos a multa, previo al término del contrato; y (iii) se establece como causal de término anticipado las acciones y omisiones graves de los empleados del gestor que pudiesen producir un perjuicio a la Corporación, lo que estima como amplio y que puede dar lugar a arbitrariedades.

5.22. Por último, en cuanto a las multas, señala que las Bases se remiten al modelo de contrato, lo que debe ser corregido. Adicionalmente, señala que no se contempla un procedimiento de aplicación de multa, y que estas deben encontrarse determinadas, puesto que, siendo un elemento de las Bases, deben ser aprobadas por el Tribunal.

6. A folio 70, 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. Luego, 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 tanto, las interacciones que se den con motivo de estos sistemas, que no tengan resguardos que eviten conductas contrarias a la libre competencia, pueden producir daño en múltiples mercados e industrias, así como afectar a consumidores finales.

6.2. Indica que, en un acuerdo de colaboración como el Sistema, se facilitan las condiciones de detección de un desvío del acuerdo colusorio y su respectivo castigo; 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 del Sistema, 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 *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, describe el Sistema y sus actores.

6.5. Indica que el Sistema correspondería, al menos inicialmente, a la Categoría A, sin embargo, el modelo podría ser válido, con ciertas adaptaciones, en caso de que se incorporen productores de neumáticos Categoría B.

6.6. Señala que las actividades económicas a las que se dedican las Solicitantes se centran en la industria automotriz, las que interactúan en los siguientes rubros: (i) fabricación de vehículos, donde las Solicitantes no participan; (ii) comercialización de vehículos, donde las Solicitantes participan principalmente en la venta al por mayor de vehículos automotores y en la venta al por menor de vehículos automotores nuevos y usados; (iii) comercialización de partes y repuestos, donde, de las 28 empresas solicitantes, 26 de estas participan de dicha actividad económica; y (iv) prestación de servicios de post venta, rubro en el cual participa un 50% de las Solicitantes. La siguiente tabla muestra las actividades con mayor traslape entre socios del Sistema:

Tabla N° 2
Participación de socios en actividades económicas conforme a la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de la Organización de Naciones Unidas

Código	Glosa	Nº socios	% de socios
Venta de partes, piezas y accesorios para vehículos automotores	453000	26	93%
Mantenimiento y reparación de vehículos automotores	452002	14	50%
Venta al por mayor de vehículos automotores	451001	13	46%
Venta al por menor de vehículos automotores nuevos o usados (incluye compraventa)	451002	13	46%

Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 70, p. 25.

6.7. En conclusión, la Fiscalía identifica que los principales traslapes entre las Solicitantes se darían en la comercialización de vehículos livianos y medianos nuevos, la comercialización de partes y repuestos y prestación de servicios de post venta, como mantenimiento y reparación de vehículos. Posteriormente, la FNE analiza brevemente estas industrias.

6.8. En cuanto a la comercialización de vehículos livianos y medianos nuevos, expone que este se segmenta en: (i) vehículos de pasajeros; (ii) *Sports Utility Vehicles* (“SUV”); (iii) camionetas; y (iv) vehículos comerciales. En el caso de las Solicitantes, se observa que Kaufmann representa a Mercedes-Benz y Fuso; Andesmotor representa a Iveco, Maxus, Karry y Foton; Ditec representa a Volvo, Jaguar, Land Rover y Porsche; General Motors representa a Chevrolet; Inchcape representa a

DFSK, Geely Auto y Subaru; SKC representa a Volvo, DAF y JMC; y Williamson Balfour Motores representa a BMW, Mini, BWM Motorrad y Roll-Royce. Además, participan en el Sistema las empresas Hino, Hyundai, Kia y Toyota con sus marcas propias.

Tabla N° 3
Cuotas de mercado en la venta de vehículos nuevos por grupo de las Solicitantes, en 2021

Grupo	SUV		Pasajeros		Comerciales		Camionetas		Todos	
	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%
Williamson Balfour Motores	1.821	1%	1.431	1%	-	0%	-	0%	3.252	1%
Ditec	1.610	1%	313	0%	-	0%	-	0%	1.923	0%
General Motors	15.397	9%	13.266	11%	5.250	11%	4.744	6%	38.657	9%
Inchcape[81]	6.109	4%	698	1%	1.254	3%	-	0%	8.061	2%
Kaufmann	1.096	1%	904	1%	2.262	5%	26	0%	4.288	1%
Kia	6.401	4%	13.980	12%	1.033	2%	-	0%	21.414	5%
Andesmotor	-	0%	-	0%	7.808	17%	7.763	11%	15.571	4%
SKC[82]	-	0%	-	0%	86	0%	2.059	3%	2.145	1%
Toyota	8.879	5%	5.958	5%	36	0%	8.733	12%	23.606	6%
Hyundai[83]	N/A	0%	N/A	0%	4.681	10%	N/A	0%	4.681	1%
Hino[84]	S/I	S/I	S/I	S/I	S/I	S/I	S/I	S/I	S/I	S/I
Solicitantes	41.313	24%	36.550	30%	22.410	48%	23.325	32%	123.598	30%
Otros	132.965	76%	84.822	70%	24.151	52%	50.045	68%	291.983	70%
Total	174.278	100%	121.372	100%	46.561	100%	73.370	100%	415.581	100%

Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 70, p. 27.

6.9. La FNE indica que las Solicitantes, conjuntamente consideradas, concentrarían: (i) el 30% de las ventas de vehículos de pasajeros; (ii) el 24% de las ventas de SUV; (iii) el 48% de las ventas de vehículos comerciales, con predominio de Andesmotor, que alcanza un 17%; y (iv) el 32% de las ventas de camionetas.

6.10. En el ámbito de comercialización de partes y repuestos, expone que 21 de los 28 socios comercializan neumáticos de reposición, y que a 2021 los cuatro principales socios con participación en este rubro son: Neumáticos y Llantas del Pacífico, Bridgestone Chile, Neumáticos K&M y Michelin Chile. Neumáticos y Llantas del Pacífico comercializa 78 marcas de neumáticos, entre las que destacan Aptany, Dunlop, Falken, Sumaxx y Roadx; Bridgestone Chile comercializa su propia marca; Neumáticos K&M comercializa las marcas Triangle, DoubleCoin, Sportiva, Pirelli, Runway, Armour, Lanvigator, Wanli, Sungull, Hifly, Double Star y Black Lion; y Michelin Chile comercializa su propia marca.

6.11. En lo referido a otros segmentos de la industria automotriz, no se observarían participaciones conjuntas de especial relevancia.

6.12. Las Solicitantes, en respuesta a la Fiscalía respecto de la integración vertical con los servicios de gestión de residuos, indicaron que en conocimiento de la constitución de la Sociedad Tramitadora de Permisos Legales Econeu SpA. (“Econeu”), ninguna sociedad gestora de recolección y/o valorización se encuentra relacionada con ellas, en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.

6.13. Por otro lado, respecto a la existencia de empresas relacionadas que formen parte del Sistema, también en respuesta a la FNE, se identificaron cuatro grupos económicos de empresas: (i) Kauffman y Andesmotor; (ii) Hino, Inchcape y Williamson Balfour Motores; (iii) Hyundai y Kia; y (iv) Mauricio Importadora y Exportadora y Daher.

6.14. En síntesis, la FNE observa dos aspectos relevantes para el análisis de competencia: (i) participación de competidores dentro del Sistema, que puede suscitar riesgos coordinados; y (ii) participación de empresas que alcanzan porciones relevantes en mercados aguas abajo, especialmente el relativo a la venta de automóviles y neumáticos de reposición, lo que hace especialmente relevante el funcionamiento eficiente de SGCNFU. Añade que estos riesgos tienen el potencial de acrecentarse con el acceso de nuevos socios al Sistema.

6.15. En cuanto a la relevancia de las Solicitantes en la generación de residuos de neumáticos, el PG cifra su participación en un 50% de las importaciones anuales de neumáticos de Categoría A y al finalizar su vida útil estos neumáticos generarían alrededor de 50.000 toneladas anuales de NFU.

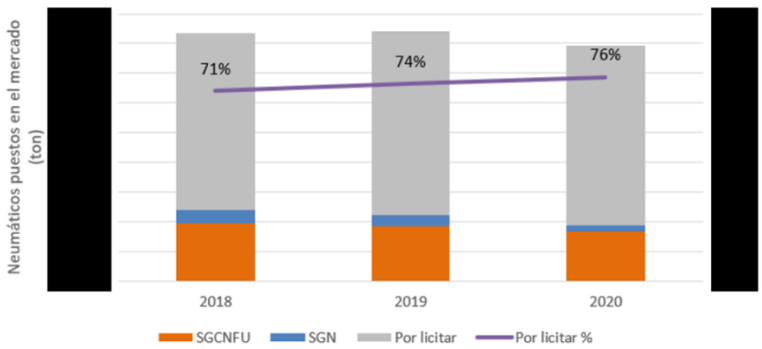
Tabla N° 4
Participación de las Solicitantes en neumáticos de Categoría A puestos en el mercado

		Reposición		Ensamblados		Total	
2018	**Solicitantes**	[25.000-50.000]	[20%-30%]	[5.000-10.000]	[30%-40%]	[25.000-50.000]	[20%-30%]
	Mercado	136.707		30.267		166.974	
2019	**Solicitantes**	[25.000-50.000]	[20%-30%]	[5.000-10.000]	[20%-30%]	[25.000-50.000]	[20%-30%]
	Mercado	137.992		30.552		168.543	
2020	**Solicitantes**	[25.000-50.000]	[20%-30%]	[5.000-10.000]	[10%20%]	[25.000-50.000]	[20%-30%]
	Mercado	130.030		28.789		158.818	
2021	**Solicitantes**	[25.000-50.000]	[20%-30%]	[5.000-10.000]	[20%-30%]	[50.000-75.000]	[20%-30%]
	Mercado	145.243		32.157		177.400	

Fuente: Aporte de antecedentes de la FNE, folio 70, p. 30.

6.16. El siguiente gráfico muestra la participación estimada de los sistemas de gestión colectivos de neumáticos Categoría A que a la fecha del aporte de la FNE han solicitado un informe favorable a este Tribunal, así como una estimación de la participación de los productores que no estarían adheridos a alguno de estos.

Gráfico N° 1
Participación estimada de sistemas colectivos SGCNFU y SGN de NU y/o NFU Categoría A



Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 70, p. 31.

6.17. De la información anterior, la FNE advierte que el Sistema materia de autos es el que tiene mayor alcance a la fecha, en lo relativo al nivel de neumáticos puestos en el mercado. Sin embargo, debe resaltarse que los productores de aproximadamente un 76% de las toneladas puestas en el mercado a 2020 no estarían adheridos al sistema de autos, ni al otro sistema objeto de la causa Rol NC N° 504-21, por lo que la concentración en la industria todavía no está claramente determinada, dependiendo principalmente de la futura dispersión de estos productores en los distintos sistemas de gestión que existan más adelante.

6.18. En último lugar, hace presente que, de acuerdo con información aportada por las Solicitantes, al menos tres empresas habrían importado neumáticos Categoría B entre 2018 y 2021, por lo que el Sistema podría expandir a futuro sus operaciones al ámbito de la Categoría B de neumáticos. Lo anterior requeriría, a lo menos, que se presenten borradores de Bases que aplicarían a estas, siendo además necesario que los Estatutos expliciten con claridad el tipo de residuos que tratará el Sistema, así como la forma en que eventuales ampliaciones de su objeto se realizarán. Del mismo modo, sería necesario que, como mínimo, el modelo tarifario sea diferenciado para ambos tipos de residuos, a fin de evitar posibles subsidios cruzados y/o ventas atadas.

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

6.20. En lo referido al Directorio, la FNE sostiene que este no puede ser calificado como independiente respecto de los socios, ni de las empresas de gestión de residuos que puedan participar en las licitaciones del Sistema, toda vez que no se contemplan inhabilidades en tal sentido. Respecto a los conflictos de interés, los Estatutos se limitan a efectuar una remisión parcial al régimen general de operaciones con relacionadas que aplica en las sociedades anónimas, dado que las operaciones

no necesariamente deben ser conocidas y aprobadas previamente por el resto del Directorio y tampoco requieren ajustarse a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

6.21. Posteriormente, la Fiscalía expone los aspectos que identifica como insuficientemente tratados a la luz de los parámetros exigidos por la Ley REP.

6.22. En primer lugar, respecto al acceso abierto, se refiere a las categorías de socios. Indica que, pese a que no se priva de todo derecho político a los socios de número, la diferenciación no se condice con el principio de participación equitativa, y no existe fundamento suficiente para ella.

6.23. Sostiene que el hecho de haber aportado o no fondos o garantías financieras para solventar las actuaciones iniciales del Sistema no es un argumento suficiente, ya que estos no representan una entidad relevante en relación con el monto global que supone la operación en régimen para los productores.

6.24. La FNE considera que el mejor modo para no establecer discriminaciones entre socios es eliminar la distinción entre socios fundadores y de número y que, en su lugar, se haga una distinción en el monto de las ecotasas para los nuevos socios, que deberían ser mayores que las de los socios prexistentes durante el plazo necesario para que estos recuperen los costos hundidos e inversiones iniciales incurridas al conformar el Sistema.

Tabla N° 5
Materias con derecho a voto y derecho a voz de socios de número

	Derecho a voto	Derecho a voz
1	Aprobar la memoria, el balance y los estados financieros presentado por el Directorio.	Aprobar los Reglamentos, Protocolos y Códigos necesarios para el funcionamiento de SGCNFU a proposición del Directorio.
2	Aprobar el nombramiento del Auditor Externo a proposición del Directorio.	Aprobar reformas a los Estatutos.
3	Aprobar la cuota de incorporación para socio fundador y la cuota de incorporación para el socio de número, a proposición del Directorio.	Aprobar el modelo tarifario y de garantías propuesto por el Directorio, el que se según las fórmulas que establece el DS 8, o aquel que lo reemplace.
4	Designar al Directorio de SGCNFU en la forma prevista en estos estatutos y, en su caso, aprobar su remuneración.	Aprobar la disolución, fusión o asociación de SGCNFU con otros sistemas de gestión similares.
5	Conocer de las reclamaciones en contra de los miembros de la Comisión de Ética para hacer efectiva la responsabilidad que les corresponda.	Conocer de las reclamaciones en contra de los directores;
6	Conocer de la apelación y de la reintegración de un socio ante la medida disciplinaria de expulsión adoptada por la Comisión de Ética.	Aprobar la compra, venta, hipoteca, permuta, cesión y transferencia de bienes raíces, constitución de servidumbres, prohibiciones de gravar y enajenar y arrendamientos por plazos superiores a los 10 años.

Fuente: Aporta de antecedentes FNE, folio 70, p. 37.

6.25. En cuanto al inicio de la prestación del servicio para nuevos socios, recomienda que los Estatutos contemplen un plazo máximo a fin de evitar tratamientos discriminatorios o incertidumbres.

6.26. Por otro lado, se refiere a los derechos políticos de las empresas integrantes de grupos empresariales y sugiere que agentes económicos que son similares sean tratados de forma análoga, con independencia de la estructura societaria que puedan tener.

6.27. Luego, se refiere a la representación de socios ante la Asamblea, y recomienda que la designación de representantes de las empresas no recaiga en ejecutivos relevantes en materia comercial, sin ninguna excepción como la que actualmente se contempla; y que se prohíba la delegación de poderes entre socios del Sistema.

6.28. En segundo lugar, revisa los Estatutos a la luz del principio general de libre competencia.

6.29. *Estructura orgánica.* Indica que esta debe buscar precaver riesgos a la competencia que pueda originar la agrupación de empresas. La FNE analiza distintos aspectos, conforme a los parámetros de la guía sobre Asociaciones Gremiales y Libre Competencia y la guía sobre Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia.

6.30. Destaca la ausencia de un directorio independiente, y señala que deberían contemplarse inhabilidades que garanticen la independencia del Sistema respecto a sus mismos socios y las empresas gestoras que puedan participar de licitaciones. Luego de incluidas las inhabilidades, sostiene que su régimen de aplicación debe ser amplio y riguroso, siendo procedentes no solo a las relaciones que se verifiquen al momento de ser nominados para el cargo, sino también seis meses hacia el pasado, y que se amplíen a todo tipo de servicios que haya podido prestar el posible director, aun cuando no sea una relación laboral; que se apliquen cuando se presenten de modo sobreviniente y se incorpore un periodo de inhabilidad respecto de empresas socias y gestoras posterior al término de desempeño de las funciones de un director, el que se sugiere sea al menos de seis meses luego del cese en el cargo.

6.31. La FNE agrega que, para los requisitos para ser gerente general, contralor y miembro de la Comisión de Ética del Sistema, se deberían considerar los mismos que para ser director, con inhabilidades que garanticen independencia.

6.32. En otro orden de ideas, la FNE se refiere a los riesgos de intercambio de información, y plantea que la información a la que pueda acceder el Sistema debe ser la mínima necesaria para la óptima realización de sus operaciones: (i) la información indispensable para pronunciarse respecto del cumplimiento de los requisitos para ser socio; y (ii) la información relativa a la cantidad de neumáticos puestos en el mercado por los socios del Sistema. Esta última, de conocerse de forma desagregada, sería catalogable como información relevante, por lo que se estima que el Sistema deberá

extremar precauciones. Añade que la entrega y recepción de este tipo de información debería constar siempre por escrito.

6.33. Además, propone que la información solo pueda ser conocida para las Solicitantes bajo los siguientes parámetros: (i) respecto de los socios del Sistema, exclusivamente de manera agregada y global, y siempre que su entrega sea necesaria para la consecución de sus fines; y (ii) respecto de los órganos internos, el manejo de la información debiese externalizarse o llevarse a cabo por órganos determinados específicamente para esa función.

6.34. Agrega que se debe establecer un deber explícito de los socios, especialmente ante relaciones horizontales, de no intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente fuera de las Asambleas y organismos formales del Sistema. La infracción a este deber debería considerarse una transgresión grave que podría gatillar la expulsión del infractor, así como también una infracción al D.L. N° 211.

6.35. En otro orden de ideas, la FNE revisa la determinación del modelo tarifario, planteando que no existe un órgano ni un procedimiento para su determinación. Estima necesario que su proposición se encuentre radicada en un órgano *ad hoc,* y que se encuentre regulada en cuanto a sus plazos –particularmente que este se encuentre disponible antes del inicio del funcionamiento el Sistema–; que sea realizado por expertos medioambientales y de libre competencia y que la decisión quede sujeta a un quorum supra mayoritario, y que en caso de existir una minoría que se oponga al modelo tarifario propuesto, se le confiera un plazo para que evacúe un informe en que explicite sus diferencias de modo tal que el Directorio y la Asamblea General Ordinaria lo puedan considerar en sus decisiones finales sobre el modelo tarifario.

6.36. También señala que resulta necesario que se complemente el vacío en los Estatutos en relación con la regulación de la Comisión Arbitral, que no se encontraría regulada, indicando sus reglas y la calidad de sus miembros. La FNE sugiere un arbitraje mixto.

6.37. Asimismo, indica que el objeto del arbitraje contemplado en los Estatutos debería ser más amplio, e incluir los conflictos que se puedan suscitar a propósito de su funcionamiento.

6.38. *Mecanismos de cumplimiento normativo*. La FNE recomienda que se regule a nivel estatutario: (i) la obligatoriedad de implementar un programa de *compliance* que satisfaga los requisitos de la Guía de Cumplimiento; (ii) que el contralor esté en funciones a más tardar dentro de 30 días hábiles desde la constitución del Sistema como persona jurídica; y (iii) que el desempeño del contralor sea a tiempo completo

y recaiga en una persona que cumpla con parámetros de independencia análogos a los que rijan para directores.

6.39. En cuanto a auditorías externas propone que su objeto debiese incluir expresamente también materias de libre competencia. Estas deberían ser periódicas, al menos anualmente, y el auditor debe cumplir requisitos de idoneidad e independencia, tanto respecto de socios como de empresas gestoras.

6.40. 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. Asimismo, recomienda la presencia de un experto en materias de libre competencia.

6.41. En un segundo capítulo, la FNE analiza las Bases a la luz de la libre competencia, señalando que dicho análisis debe comprender la evaluación de: (i) riesgos por omisiones o indeterminaciones relevantes; (ii) eficiencia asignativa e intensidad competitiva; (iii) riesgos unilaterales; y (iv) riesgos coordinados.

6.42. En primer lugar, revisa las Bases de Recolección, y los aspectos principales de la industria. La Fiscalía 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. Se observa la participación de gestores relevantes en la recolección de residuos sólidos domiciliarios.

6.43. Concluye que 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 su recolección 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.

6.44. En cuanto al servicio licitado, este consiste en la recolección de NFU de Categoría A desde los puntos de generación por zonas, con el objeto de transportarlos al centro de recolección y clasificación, para su posterior almacenamiento y clasificación.

6.45. La FNE destaca que no está definido el nivel mínimo de servicio, sino que se determinará una vez elaborado un estudio técnico económico, sobre la base de los parámetros de las exigencias sobre horarios y frecuencias, que tampoco están determinados a la fecha.

6.46. En segundo lugar, analiza las Bases de Valorización, que tienen por objeto contratar el servicio de valorización de NFU. Esto contempla: (i) el pretratamiento de los lotes; (ii) reciclaje material de los lotes de NFU; (iii) valorización energética o coprocesamiento; y (iv) eliminación.

6.47. La Fiscalía revisa los aspectos principales de la industria, señalando 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.

6.48. 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, y lo restante corresponde a NFU. Por su parte, los procesos priorizados por el D.S. N° 8, tales como reciclaje material o recauchaje, 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.

6.49. De acuerdo con 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 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 de 2026. Hace presente que las metas pueden cumplirse vía exportaciones, y por tanto los intermediarios ejercerían cierta presión competitiva sobre valorizadores.

6.50. 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.

6.51. Por otro lado, describe que existiría un amplio rango de costos y tiempos de ingresos para los distintos tipos de procesos de valorización.

6.52. Luego, se refiere al servicio licitado y describe cada una de las actividades o gestiones de valorización de NFU: (i) pretratamiento de los lotes, que consiste en la trituración o troceado de los lotes de NFU para luego trasladarlos y entregarlos al gestor previamente seleccionado, para su valorización energética o coprocesamiento,; (ii) reciclaje material, que comprende diversas etapas, entre ellas el procesamiento a través de moliendas mecánicas con finalidad de obtener los diferentes materiales que componen el neumático; (iii) valorización energética o coprocesamiento, que comprende las mismas actividades del reciclaje material; y (iv) eliminación, que se realiza en la instalación operada por el adjudicatario de los lotes de NFU que no sean adjudicados para su reciclaje material o valorización energética, y comprende el pesaje y gestión de su eliminación en instalaciones autorizadas.

6.53. Indica que el nivel mínimo de servicio que se deberá asegurar por parte del oferente con respecto a las gestiones anteriores no se encuentra definido, sino que se determinará una vez elaborado el estudio técnico-económico, sobre la base de los parámetros de las diferentes operaciones que comprende la prestación de servicio, los cuales tampoco se encuentran determinados a la fecha.

6.54. Posteriormente se refiere a los principales contenidos de las Bases y realiza un análisis de riesgos para la competencia de ambas Bases en virtud de los siguientes aspectos: (i) indeterminaciones y omisiones relevantes que no permitirían evaluar adecuadamente su conformidad a la normativa de libre competencia; y (ii) riesgos de afectación a la intensidad competitiva de las licitaciones

6.55. *Indeterminaciones y omisiones en las bases de recolección.* En cuando al primer punto, la Fiscalía señala que las indeterminaciones y omisiones de las Bases corresponden a aspectos básicos del diseño licitatorio, cuya corrección y complementación es de responsabilidad de las Solicitantes, y que excede el objeto de autos.

6.56. La Fiscalía sostiene que estas se encuentran en una etapa de elaboración o estudios preliminares, lo que impide emitir un informe en los términos requeridos por la Ley REP. En su opinión, no cuentan con todas las reglas esenciales que las regirán, y expone las omisiones e indeterminaciones identificadas.

6.57. En cuanto a la estrategia de recolección, señala que aún está indeterminada y que, de acuerdo con lo indicado por las Solicitantes, esta será concretada una vez se efectúen los estudios logísticos sectoriales en diferentes regiones del país. De esta forma, las alternativas que se enuncian en las Bases de Recolección son sustancialmente diferentes entre sí: (i) recolectar un porcentaje de NFU en el 100% de los puntos de generación ubicados en el país; (ii) recolectar el 100% de los NFU generados en un porcentaje determinado de los puntos de generación ubicados en el país; o (iii) una combinación de las dos opciones anteriores.

6.58. La Fiscalía indica que el impacto de esta indeterminación tiene un efecto relevante, por cuando la estrategia de recolección es una característica fundamental del servicio, y que permitirá determinar los principales gestores que podrán participar, y el ámbito geográfico en que tendrá impacto la licitación.

6.59. Indica que en el caso de que el Tribunal considere necesario ahondar en el análisis de las Bases, se analizarán otras materias identificadas en las reglas que sí están definidas.

6.60. Respecto del nivel mínimo de servicio, señala que existe una serie de requisitos técnicos del servicio a licitar que aún están indeterminados a la espera del estudio técnico-económico, el que, además, se encuentra supeditado al mismo estudio referido sobre estrategia de recolección.

6.61. Luego, revisa el Anexo N° 9 de las Bases de Recolección, titulado "*Código de Buenas Prácticas de Puntos de generación: requisitos y características del sistema para atender consultas, aclaraciones o incidencias de los puntos de generación*", e indica que establecerá requisitos específicos que deberán cumplir los gestores oferentes, los cuales están indeterminados, a la espera de la elaboración del estudio técnico económico. Lo mismo ocurre con el Anexo N° 11 titulado "*Sistemas para atender consultas, aclaraciones o incidencias de los puntos de generación*".

6.62. *Indeterminación y omisiones en las Bases de Valorización*. Al igual que en las Bases de Recolección, se espera un estudio, de cuyo resultado dependerá: (i) la cantidad de lotes destinados a cada una de las modalidades de valorización; (ii) la cantidad de NFU entregada mensualmente en cada una de las instalaciones de valorización operadas por el oferente adjudicatario; y (iii) el volumen de NFU valorizados mensualmente por el oferente adjudicatario.

6.63. Asimismo, existe una serie de requisitos técnicos que aún están indeterminados, que se refieren al nivel mínimo del servicio, y que se encuentran a la espera de la elaboración del estudio técnico económico.

6.64. *Riesgos de afectación a la intensidad competitiva.* La FNE en primera instancia se refiere a los riesgos comunes a ambas Bases.

6.65. Recomienda 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 dicho concepto.

6.66. Cuestiona la evaluación técnica por cuanto contiene un alto grado de discrecionalidad, dado que no permite evaluar de manera objetiva la asignación de los puntajes comprendidos en el tramo entre el puntaje mínimo y el puntaje máximo. Señala que este nivel de indeterminación es inadmisible en sede de libre competencia.

6.67. Propone reemplazar la metodología de evaluación de la oferta económica, puesto que no permite la asignación eficiente de puntajes dado que excluye a oferentes que pueden ser sumamente competitivos por medio de una asignación proporcional entre el 100% y el 0% del puntaje máximo en la evaluación de la oferta económica. En caso de que la licitación se desarrolle en una sola etapa, la FNE considera necesario modificar los criterios de evaluación de la oferta económica, que permita que la competitividad de ofertas en caso de existir sólo dos oferentes o casos en que todas las ofertas se encontrasen cerca de la oferta mínima.

6.68. Indica que debe eliminarse la cláusula que permite desistirse, suspender o cancelar la licitación sin expresión de causa. Cuestiona la facultad para solicitar la corrección o aclaración de la oferta, por cuanto debiesen estar establecidas de forma taxativa. Asimismo, cuestiona la facultad para desestimar ofertas o declararlas inadmisibles, ya que las condiciones no debiesen ser discrecionales. Recomienda que en caso de verificarse alguna de las condiciones que permiten al Sistema desestimar o declarar inadmisibles, estas deban declararse como tales, de forma perentoria.

6.69. Indica que no debiese exigir información respecto de las capacidades financieras del oferente, ya que se trata de información no disponible al público que podría ser sensible. Señala que, si esta se entiende como causal de eliminación de las ofertas, deberían incorporarse criterios objetivos para evaluarla.

6.70. Indica que existen indeterminaciones en el régimen de garantías, por lo que recomienda establecer el monto concreto de las mismas, su duración y causales determinadas para su cobro.

6.71. Por último, propone que se esclarezca cual será la duración de los contratos, así como también identificar previamente cual será la duración de estos en caso de que reduzcan su duración para la primera etapa del funcionamiento del Sistema.

6.72. *Riesgos específicos Bases de Recolección.* La Fiscalía plantea dos observaciones. En primer lugar, respecto a los antecedentes de experiencia en recolección, el Sistema indicó, en respuesta a la FNE, que no podrán participar operarios sin experiencia en manejo o gestión de NU o NFU, sin embargo, las Bases de Recolección no incluyen en la oferta técnica la experiencia de los oferentes, sino que solo se contempla como un antecedente a presentar. En consecuencia, existiría una causal de descalificación no contemplada en las Bases, con un alto grado de discrecionalidad.

6.73. En segundo lugar, indica que no debiera considerarse relevante solo la experiencia en recolección de NFU, sino toda experiencia en recolección y transporte.

6.74. *Riesgos específicos Bases de Valorización.* Plantea que, al igual que en el caso de la recolección, si se considerara que la imposibilidad de acreditar cierto grado de experiencia constituye un requisito de eliminación de la oferta, así debiera ser transparentado en las Bases.

6.75. Asimismo, sostiene que, en caso de incluir la experiencia como requisito, en ella debiera considerarse toda aquella que sea relevante y no necesariamente la del rubro que se licita.

6.76. *Riesgos unilaterales.* La FNE ha identificado que el potencial poder de mercado del Sistema en la gestión de NU y/o NFU se vería morigerado por la existencia de otro sistema en actual constitución, cuyos socios representan, al año 2020, solo un [0%-20%] de los neumáticos puestos en el mercado, pero que dicha cifra podría aumentar a medida que se incorporen nuevos socios.

6.77. A lo anterior se suma que en caso de que el Sistema alcanzare una posición dominante, su posibilidad de realizar un abuso de la misma en procesos de licitación se vería morigerada por: (i) el control preventivo de las Bases, que se hace en el presente Informe; (ii) la obligación regulatoria de contratar servicios de gestores; y (iii) las alternativas que presentarían los gestores para ofrecer sus servicios y/o adquirir materias primas.

6.78. Con todo, indica que en el segmento de compra de NU y/o NFU, sí podría existir un poder de venta relevante de estos residuos por parte del Sistema.

6.79. *Riesgos de coordinación y conflictos de interés.* Para evitar conductas de *bid rigging*, propone que la licitante adopte mecanismos como que las Bases den a conocer que el Sistema dispone de un canal de denuncias a disposición de cualquier

persona o interesado, que garantice la confidencialidad de la información y anonimato del denunciante, y en casos graves, ordenar la suspensión del proceso licitatorio.

6.80. Para evitar consecuencias desfavorables de conflictos de intereses no tratados adecuadamente, recomienda mayor desarrollo de un órgano específico encargado del proceso de licitación.

7. A folio 59, 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.

II) PARTE CONSIDERATIVA

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 productos 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 SGCNFU 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, o 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 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 de gestión"); y (iii) el o los mercados en donde inciden las licitaciones para contratar servicios de terceros para la operación del sistema de gestión colectivo ("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

10. En primer lugar, es necesario recordar que la constitución del SGCNFU busca alcanzar las eficiencias que puedan resultar de la compra o 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 también en los mercados donde 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. De esta manera, su participación en el SGCNFU puede influir en su desenvolvimiento en otros mercados en que compiten.

12. Para efectos de determinar estos mercados, las Solicitantes indicaron que todas ellas califican como productores de productos prioritarios –específicamente, de neumáticos Categoría A– bajo los términos del artículo 3° N° 21 de la Ley REP, como también lo harán los eventuales nuevos socios del SGCNFU (folio 32, pp. 13-14 y 24-25; y folio 82, pp. 5-6). Asimismo, señalaron que el 100% de los neumáticos en Chile serían importados y que, para 2019, de aproximadamente 750 importadores de neumáticos de reposición, 46 de ellos concentrarían un 93% de dichas importaciones medidas en toneladas (folio 32, pp. 25-27).

13. Por su parte, la Fiscalía identificó que las Solicitantes –compuestas por 28 integrantes–, a partir del sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme de la Organización de Naciones Unidas (documento "Memoria de Cálculo_VP.xlsx", hoja "Industria SGCNFU", adjunto a folio 98), se traslaparían en 14 actividades económicas. Las actividades económicas de mayor relevancia realizadas por las Solicitantes serían las siguientes: (i) la "venta de partes, piezas y accesorios para vehículos automotores", donde participarían 26 de sus integrantes (92,9% de las Solicitantes); (ii) el "mantenimiento y reparación de vehículos automotores", con 14 de sus integrantes (50%); (iii) la "venta al por mayor de vehículos automotores", con 13 de sus integrantes (46,4%); y (iv) la "venta al por menor de vehículos automotores nuevos o usados (incluye compraventa)", también con 13 de sus integrantes (46,4%).

14. En cuanto a la primera actividad económica (la venta de partes, piezas y accesorios para vehículos automotores), la FNE indicó que 21 de las Solicitantes comercializan neumáticos de reposición, y sus datos recopilados dan cuenta que, para 2021, cuatro integrantes del SGCNFU concentraron más del 50% de los neumáticos de reposición introducidos al mercado por las Solicitantes (folio 70, p. 27; y documento "Memoria de Cálculo_VP.xlsx", hoja "Neumáticos", adjunto a folio 98). Asimismo, señaló que las Solicitantes comercializan una amplia variedad de marcas de neumáticos –tanto propias como ajenas– y que, de 2018 a 2021, ellas conjuntamente conformaron entre un 20% y 30% del total de neumáticos de reposición puestos en el mercado (folio 70, pp. 28 y 30).

15. Respecto a la segunda actividad económica de mayor traslape (el mantenimiento y reparación de vehículos automotores), la FNE indicó que, para los servicios *post* venta de vehículos, la competencia se daría principalmente a nivel *intra-marca* –esto es, al interior de cada marca o red concesionaria– existiendo presión competitiva por parte de talleres mecánicos independientes (folio 70, p. 28).

16. Sobre la tercera y cuarta actividad económica (la venta al por mayor y por menor de vehículos automotores nuevos o usados), la Fiscalía agregó que la comercialización de vehículos usados estaría más atomizada que la de vehículos nuevos, pues no dependen de importaciones, y porque en el mercado también participan como oferentes los usuarios finales de estos productos (folio 70, p. 28). En relación con los vehículos nuevos, señaló que las Solicitantes no participan en la fabricación de vehículos (siendo todos ellos importados) y que comercializan importantes marcas dentro de la industria automotriz. En ese sentido, en 2021, las Solicitantes alcanzaron un 29,7% del total de unidades de vehículos vendidos en el país (considerando las categorías de vehículos SUV, de pasajeros, comerciales y camionetas). Si se consideran las unidades vendidas por categoría de vehículos, el porcentaje anterior asciende a un 48,1% para vehículos comerciales (esto es,

aquellos diseñados para el transporte de carga o derivados de éstos, como, por ejemplo, furgones o minibuses), a un 31,8% para camionetas y a un 30,1% para vehículos de pasajeros (folio 70, pp. 26-27).

17. A juicio de la Fiscalía, las participaciones conjuntas que alcanzan las Solicitantes en la venta de automóviles y neumáticos de reposición son especialmente relevantes para el análisis de este Tribunal (folio 70, p. 29).

18. 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 Solicitantes compiten. Sin embargo, 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, para efectos de evaluar la necesidad de adoptar o no resguardos. Por ello, resulta suficiente confirmar la existencia de mercados en donde dos o más socios se encuentren o traslapen con el fin de precaver la posibilidad de conductas anticompetitivas, más allá de la identificación particular de los mismos. Concretamente, las estadísticas de la FNE muestran la efectividad de que las Solicitantes se encuentran en la venta de vehículos nuevos y de neumáticos de reposición y que, en aquellas actividades, existe una alta probabilidad de que sus participaciones conjuntas no sean despreciables.

19. Más aun, si se considerare 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 se observa. Prueba de ello es que, como mostró la FNE, de 2018 a 2020 entre un 70% y 80% de las toneladas de neumáticos puestos en el mercado no se encuentran –de momento– vinculadas a ninguno de los dos eventuales sistemas de gestión colectiva que inicialmente han solicitado un informe ante esta sede (folio 70, p. 31). Por consiguiente, y en atención a los incentivos que dispone la Ley REP para su cumplimiento colectivo por sobre su cumplimiento individual, es probable que gran parte de dicho porcentaje termine distribuyéndose en los primeros sistemas de gestión colectiva que resulten disponibles.

20. 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 comercialización de partes, piezas y accesorios para vehículos automotores nuevos y usados. 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 al SGCNFU, o ante la evolución o crecimiento de sus actuales asociados.

B.2. Mercado de sistemas de gestión colectiva

21. 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 cantidad 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). Asimismo, estos sistemas se favorecen del efecto inherente a su conformación como modelo colectivo, a diferencia de los sistemas individuales que solo podrán dar cumplimiento a sus metas únicamente con los residuos en que se conviertan los neumáticos que ellos mismos hayan introducido en el mercado (artículo 9°, D.S. N° 8; y artículo 20, Ley REP). Es en este contexto en que puede hablarse de un mercado de sistemas de gestión colectiva.

22. Para identificar los riesgos a la libre competencia que guiarán el análisis de este Tribunal en relación con este mercado es necesario: (i) determinar el mercado relevante en el que incidirá el SGCNFU; 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 compra conjunta de ellos y, por tanto, su relación con los proveedores de los servicios de gestión de residuos.

23. 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 se encuentra enunciado en el Plan de Gestión de las Solicitantes, el cual indica que "[e]*l objeto exclusivo de la Corporación será la gestión del rubro de los neumáticos y, en consecuencia, de recolección, almacenamiento, transporte, tratamiento y/o valorización de todos aquellos residuos en los que se transforman los productos que el Productor* […] *introduzca al mercado nacional*" (folio 85, p. 4; y, en ese mismo sentido, folio 70, pp. 74-76). De igual forma, este producto tendrá un determinado precio o tarifa (en este caso, el Ecovalor) el que –de forma análoga a otros mercados–

cada productor (consumidor) deberá evaluar junto con las reglas y procedimientos de ingreso para determinar, finalmente, a que sistema asociarse.

24. En lo que concierne a la dimensión geográfica de este mercado, ella se limita al territorio nacional, pues por una parte, los artículos 7°, 8° y 9° de los Estatutos dan cuenta que no existen requisitos geográficos para adquirir la categoría de socio –ya sea de número o fundador– más allá de los propios contenidos en la normativa aplicable, a saber, el artículo 3° N° 21 de la Ley REP y los artículos 4° y 5° inciso primero del D.S. N° 8, los que 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 según las distintas zonas geográficas de nuestro país a propósito de las tarifas del servicio o de los requisitos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGCNFU.

25. En conclusión, el mercado relevante se encuentra constituido por la 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 de gestión colectiva (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.

26. En segundo lugar, corresponde determinar la relevancia del SGCNFU dentro del mercado relevante previamente definido.

27. Al respecto, las Solicitantes indicaron que "*importan anualmente un volumen cercano al 50% de los neumáticos de Categoría A en Chile*" (folio 85, p. 4), sin haber singularizado el periodo que comprende tal porcentaje. Asimismo, resaltaron que, al momento de la Solicitud, se encuentra en conocimiento de este Tribunal la solicitud de informe de otro sistema de gestión colectiva de neumáticos, bajo el Rol NC N° 504-21 (folio 32, p. 32). De esta forma, este mercado no tendría barreras a la entrada, ya que cualquier productor puede, a su juicio, "*reunirse con otros Productores para formar un sistema de gestión colectivo, no habiendo mayores trabas desde el punto de vista de ingreso al mercado*" (folio 32, p. 32).

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, sería entre un 20% y 30% del mercado (véase Tabla N° 7 y Gráfico N° 1, folio 70, pp. 29-32). Asimismo, mostró que, para 2021, dicha participación se mantiene si se distingue entre ambas clases de neumáticos; observándose diferencias solo en cuanto los neumáticos de

reposición corresponden a cerca de un 80% del total de neumáticos del mercado, entre 2018 a 2021 (folio 70, p. 30), siendo por ello más relevantes.

29. En el mismo sentido, la FNE singularizó otras dos iniciativas que, eventualmente, podrían llegar a competir con la que recae en estos autos, a saber: (i) el sistema previamente aludido que se revisa en la causa Rol NC N° 504-21, denominado "SGN"; y (ii) otro sistema de gestión colectiva, actualmente en desarrollo, por parte de la Asociación Nacional Automotriz de Chile A.G. o "ANAC" (folio 70, p. 18). Respecto a la primera, el SGN posee una participación de entre un 0% y 10% del mercado, en base a las estadísticas expuestas precedentemente (folio 33, pp. 24-25, de la causa Rol NC N° 504-21). Sobre la segunda de ellas, no se aportaron antecedentes en autos que permitan estimar su actual o eventual importancia. Por lo demás, la Fiscalía indicó que el número de neumáticos que todavía no se encuentran adheridos a ningún sistema de gestión colectiva (a la fecha de su aporte de antecedentes) sería del orden de un 70% a 80% de aquellos introducidos en el mercado entre 2018 y 2020 (folio 70, p. 31).

30. Adicionalmente, si bien la Fiscalía no se refirió concretamente a la existencia de barreras a la entrada en este mercado relevante, en el marco de su investigación, las Solicitantes confirmaron la existencia de "*garantías financieras que han aportado para disponer de fondos con los que cubrir las actuaciones iniciales del sistema*" (folio 70, p. 49).

31. Por consiguiente, las estadísticas enunciadas dan cuenta que el SGCNFU –con sus integrantes actuales– posee una participación significativa considerando el número de neumáticos Categoría A introducidos en nuestro país. Dicha participación podría acrecentarse por 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 los mismos incentivos que dispone la Ley REP para su cumplimiento colectivo por sobre el 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 su aparición, atendida 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 debieran realizar ciertos agentes económicos para el impulso de los 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 compra conjunta de los servicios de gestión de residuos

por parte de varios productores, para aprovechar economías de escala. Por ello, es imperativo determinar el o los mercados que se verán afectados por dicha compra.

33. El artículo 24 inciso 2° de la Ley REP indica que, para efectuar aquella compra 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, habida cuenta de lo que se señalará *infra* en los párrafos 145 a 148 respecto de la intención de las Solicitantes, este Tribunal estudiará dos potenciales llamados a licitación. Así, por una parte, están: (i) las bases de licitación para el servicio de recolección de NFU de categoría A, o Bases de Recolección (folio 83); y, por otra, (ii) las bases de licitación para el servicio de valorización de NFU, también de Categoría A, o Bases de Valorización (folio 84).

34. Por consiguiente, en lo que sigue, 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 SGCNFU como parte compradora, en ese mercado relevante.

35. Siguiendo el marco analítico de decisiones previas de este Tribunal (*v.gr.*, Resolución N° 71/2022, párrafo 16; Resolución N° 72/2022, párrafos 14 y 15; y Resolución N° 73/2022, párrafo 7), atendido que el SGCNFU 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°).

36. En lo que respecta al servicio a licitar mediante las Bases de Recolección, aquel abarca las actividades de recolección, transporte desde los puntos de generación hasta los centros de recolección, almacenamiento y clasificación de residuos de neumáticos (folio 32, pp. 45-47; y folio 83, pp. 41-42). Asimismo, el servicio a licitar contenido en las Bases de Valorización contempla las actividades de reciclaje material, valorización, eliminación y transporte desde el sitio de almacenamiento hasta las instalaciones de valorización (folio 84, pp. 40-41; y folio 32, pp. 45-47).

37. En cuanto al mercado relevante geográfico, las Bases de Recolección establecen la presentación de ofertas para cada región de Chile; advirtiendo que se planea separar la Región Metropolitana de Santiago en subzonas (folio 83, pp. 44-45). Sobre las Bases de Valorización, las ofertas se separan en torno a lotes de neumáticos cuya ubicación geográfica estará determinada luego de la adjudicación a gestores encargados de la recolección (folio 32, p. 46; y folio 70, p. 74), pues de ella depende la ubicación geográfica de dichos lotes.

38. 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). 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 desde la Región de Tarapacá hasta la Región de los Lagos, de acuerdo con antecedentes solicitados al MMA (folio 70, p. 73). Asimismo, agregó a otras nueve empresas que poseen el equipamiento necesario para la recolección de NFU (folio 70, pp. 73-74, párrafo 217, y nota al pie N° 220).

39. En el mismo sentido, las solicitantes de la causa Rol NC N° 504-21 identificaron a 13 empresas que participan en el transporte de NFU de Categoría A (folio 6, p. 21-22, de esa causa) y a otras 15 empresas que participarían en la valorización de dichos neumáticos (folio 6, p. 20, ídem), 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, en promedio, estos actores brindan sus servicios en 5,3 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 en los mismos cuando se trata de su suministro, los servicios de gestión de residuos contemplan todo el territorio nacional.

40. En conclusión, el mercado relevante se encuentra conformado por: (i) la demanda de servicios de recolección, transporte –desde los puntos de generación a los centros de recolección–, almacenamiento y clasificación de residuos de neumáticos; y, (ii) la demanda de servicios de reciclaje material, transporte –desde el sitio de almacenamiento a las instalaciones correspondientes–, valorización y eliminación de residuos de neumáticos (dimensión del producto); sobre los cuales inciden las Bases de Recolección y las Bases de Valorización, respectivamente. Ambos, en todo el territorio nacional (dimensión geográfica).

41. En este mercado relevante, los sistemas de gestión colectiva (compradores) licitan la compra conjunta de los servicios de gestión de residuos, en beneficio de sus asociados (consumidores, en tanto generen residuos de un producto prioritario, art. 3° N° 4, Ley REP), a los gestores de manejo de residuos (proveedores) para el

cumplimiento colectivo de las obligaciones establecidas por la Ley REP para ese producto prioritario.

42. Ahora bien, para evaluar la relevancia del SGCNFU como parte compradora en los mercados relevantes aguas abajo definidos, las mismas estadísticas expuestas en los párrafos 28 y 29 precedentes dan cuenta que, las Solicitantes han agrupado entre un 20% y 30% de los neumáticos Categoría A puestos en Chile, entre los años de 2018 a 2021 (folio 70, pp. 29-30). Asimismo, puesto que entre un 70% y 80% de los neumáticos Categoría A en Chile no se encuentran adheridos todavía a ningún sistema de gestión colectiva (folio 70, p. 31), y atendido los incentivos que dispone la Ley REP para su cumplimiento colectivo por sobre el individual, no es improbable que la relevancia del SGCNFU vaya en aumento durante los próximos años. De igual forma, y como ya se expuso *supra* en el párrafo 31, 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 SGCNFU.

43. Por otro lado, de acuerdo con lo indicado por la Fiscalía, de momento, ninguna de las Solicitantes se encuentra integrada verticalmente con algún gestor de manejo de residuos de neumáticos (folio 70, pp. 59-60).

44. Asimismo, la FNE 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, presentaría déficit a partir del 2026*" (folio 70, pp. 82-85), aunque en tal caso, las metas de valorización podrían cumplirse vía exportaciones, de acuerdo con lo indicado en el artículo 26 inciso tercero del D.S. N° 8.

45. En la siguiente sección se identificarán los riesgos que pueden llegar a materializarse en los referidos mercados relevantes.

C. RIESGOS A LA COMPETENCIA

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

47. En primer lugar, según se consigna expresamente en el artículo 2° de la Ley REP, uno de sus principios rectores es la libre competencia (párrafo 4 *supra*). 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 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.

48. 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).

49. 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 cumpliere 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.

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

51. 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

52. 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 de sistemas colectivos de gestión).

53. En cuanto a los mercados aguas arriba, debe considerarse que los productores que son parte de un mismo sistema colectivo 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.

54. 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 19 precedente, la incorporación de nuevos asociados puede alterar la situación actual, incrementando el número de socios que operen en los mismos mercados.

55. En consecuencia, al interior del SGCNFU 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)).

56. 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 la necesaria para el ejercicio de las funciones de un sistema puede tener consecuencias adversas para la competencia. En el caso en análisis, los Estatutos del SGCNFU 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 justifican la toma de resguardos específicos en dicha materia.

57. Por otra parte, es necesario evitar el riesgo de exclusión del SGCNFU de terceros interesados, lo que pudiera hacerse para dificultar su cumplimiento normativo, o de simplemente 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)).

58. 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 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.

59. 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.

60. En conclusión, este Tribunal debe resguardar: (a) que la interacción de los productores, en el contexto del SGCNFU, no facilite, produzca o incentive la coordinación o colusión entre ellos, ni el traspaso de información comercialmente sensible, más allá de la necesaria 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.

61. 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.

62. Un primer riesgo identificable es que eventuales sistemas colectivos 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.

63. 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 SGCNFU, 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.

64. 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.

65. 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 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 perjuicio de otros, desvirtuando así su objetivo y, por consiguiente, el proceso competitivo.

66. 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

67. La compra conjunta que realizan los sistemas de gestión colectiva puede aumentar el poder de mercado de las 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 ir contra la preservación de incentivos para que múltiples actores del mercado deseen conformar este tipo de sistemas.

68. 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 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 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).

69. Finalmente, otro riesgo que se vislumbra en los mercados referidos es la coordinación o colusión entre los oferentes de la licitación por 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.

70. Al evaluar estos riesgos, deben considerarse los incentivos que guían el actuar de los sistemas colectivos, o incluso individuales, los que, por su naturaleza y

considerando un escenario competitivo, debieran detentar el interés de preservar y generar la máxima competencia en la licitación de estos servicios.

71. Con todo, este Tribunal considera necesario resguardar un alto grado de diligencia en el actuar de estos sistemas de cara a posibles riesgos de colusión en licitaciones, en que oferentes se ponen de acuerdo para alterar sus resultados. Así, debe evitarse la generación de instancias de interacción innecesarias entre oferentes o interesados en participar de dicho concurso, 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).

72. 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 SGCNFU; (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

73. A continuación, corresponde determinar si en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGCNFU, 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).

74. En particular, de acuerdo con lo señalado en la sección C, párrafos 60 y 66 *supra*, debe resguardarse que los sistemas de gestión colectiva: (a) no faciliten, produzcan o incentiven la coordinación o colusión entre sus asociados, ni el traspaso de información comercialmente sensible, más allá de la necesaria para la operación eficiente de los mismos; y (b) no excluyan a 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 como 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 de algunos de ellos.

75. 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 y derechos políticos

76. Como se desarrolló en la parte expositiva, los Estatutos del SGCNFU distinguen entre dos clases de socios, fundadores y de número. Al respecto, las Solicitantes indicaron que "*todos los futuros socios del SGCNFU serán siempre socios del número –es decir, no existirán más socios fundadores–*" (folio 86, p.21), de modo que solo serán socios fundadores aquellos productores que comparezcan en la constitución de la Corporación (folio 82, artículo 9°, p. 6).

77. De acuerdo con los Estatutos, solo los socios fundadores pueden participar de las Asambleas Generales con derecho a voz y voto, mientras que los de número participan de ellas solo con derecho a voz, salvo respecto de las materias listadas en los numerales i) a iv) del artículo 17° de los Estatutos, correspondientes a las materias propias de la Asamblea General ordinaria, y iv) y v) del artículo 18°, que trata las materias de competencia de las asambleas extraordinarias. Si bien los socios de número tienen un grado de participación en decisiones relevantes para el SGCNFU, se les excluye de la aprobación de reglamentos, protocolos y códigos necesarios para el funcionamiento de la Corporación, la disolución de esta, la aprobación del modelo tarifario, la reforma de los Estatutos y las reclamaciones contra directores, entre otros aspectos. A ello se agrega que los socios de número no cuentan con el derecho a ser informados de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación. Asimismo, en cuanto a la elección del Directorio, el artículo 24° de los Estatutos señala que los socios fundadores tendrán derecho a elegir cinco de sus siete miembros, mientras que los socios de numero tienen derecho a elegir solo a los dos restantes, lo cual es significativo, considerando que el quórum para adoptar decisiones es de mayoría de sus miembros presentes (folio 82, artículo 30, p. 19).

78. Cada categoría de socios conlleva el pago de una tarifa o cuota de incorporación, por una única vez, para la adquisición de los derechos políticos descritos en el párrafo anterior (folio 32, p. 35).

79. Las Solicitantes plantearon que las categorías de socios se justifican por el grado de injerencia que las empresas deseen tener en la administración del Sistema. Señalaron que los socios fundadores han incurrido en mayores gastos y esfuerzos para la constitución de la Corporación y su puesta en marcha, y tienen una mayor disposición e interés de participar activamente en su administración. De esta forma, argumentaron que el diseño de un sistema de gestión colectiva debe entregar los incentivos correctos para que existan productores que quieran sumarse a la iniciativa desde un principio. Sin esta distinción, el problema de *free riding* o comportamientos oportunistas podría causar una situación en que ningún productor quisiere asumir el rol de crear un sistema colectivo, forzando a que gestionen individualmente sus residuos (folio 86, pp. 18-19).

80. Finalmente, las Solicitantes señalaron que esta estructura busca replicar los modelos corporativos exitosos observados en Europa, donde un número reducido de productores participa en la gestión del sistema, pero este sirve a un número de productores mucho mayor (folio 86, p. 20).

81. La Fiscalía, por su parte, cuestionó las categorías de socios propuestas por las Solicitantes. Así, estimó que, en lo referido a derechos políticos, esta distinción no se condice con el principio de participación equitativa, ya que no existe fundamento suficiente para establecer distintas categorías. En efecto, señaló que no parece ser un fundamento suficiente para imponer diferencias relevantes y permanentes entre socios, el hecho de haber o no aportado fondos o garantías financieras para solventar las actuaciones iniciales del Sistema, teniendo en consideración que, de la información aportada por el SGCNFU a la Fiscalía, los desembolsos incurridos para la puesta en funcionamiento del sistema ascenderían a un monto bastante marginal en comparación al monto global que supone la operación en régimen para los productores de neumáticos obligados por la Ley REP (folio 70, p. 50).

82. En consecuencia, la FNE sugirió eliminar la distinción entre socios, dado que, a su juicio, no es necesario ni justificado privar de derechos políticos a una categoría por el hecho de no concurrir al acto de fundación de la Corporación (folio 70, p. 51).

83. 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.

84. Como se manifestó en la sección precedente, el SGCNFU 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.

85. 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 SGCNFU, ya sea por costos económicos o de transacción, como se resolvió en el Informe N° 26/2022 (párrafo 117). Igualmente, la distinción entre tipos de socios y la existencia de diferentes cuotas de incorporación para ello, puede contribuir a mitigar comportamientos oportunistas al interior de la Corporación, evitando, por ejemplo, que algunos actores del mercado puedan asociarse al SGCNFU, participar en la toma de decisiones dentro de él, y salir rápidamente hacia otro sistema sin costo alguno en caso de que aquellas decisiones no resultaren óptimas para la gestión y desarrollo del mismo.

86. Por su parte, en cuanto al ejercicio de derechos políticos de carácter diferenciado, los Estatutos otorgan a los socios de número la posibilidad de ejercer su derecho a voto en la Asamblea General respecto de diversas materias relevantes para la marcha de la Corporación, contenidas en los referidos numerales de los artículos décimo séptimo y décimo octavo. Sin perjuicio de ello, es reprochable el que se prive a los socios de número del derecho a ser informados de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación, al ser excluido este derecho del articulo 11° de los Estatutos (folio 82, pp. 7-8), que lista los derechos de los socios de número.

87. De esta manera, establecer categorías de socios, con cuotas de incorporación de distinto valor y derechos políticos disímiles, como se propone en los Estatutos, otorga flexibilidad y a su vez, permite que cada empresa se autoseleccione, lo que promueve el acceso de nuevos socios, y va en línea con el incentivo que otorga la Ley REP para cumplir con las metas allí establecidas mediante el ingreso a un 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. En opinión de este Tribunal, la existencia de distintas categorías de socios, sujetas a cuotas de incorporación diversas no supone una

vulneración a la participación equitativa de los socios, en cuanto se reconozca a la categoría inferior un ámbito de injerencia en la administración del Sistema que se corresponda al esfuerzo que haya realizado y su interés en participar de la administración.

88. Sin perjuicio de lo anterior, no se advierte la razón por la cual la categoría de socio fundador y más precisamente, los derechos a los que da esa categoría, pueda ser accesible únicamente a quienes participaron de la conformación de la Corporación, ya que futuros socios pueden tener una legítima pretensión de participar en la administración de la misma. En consecuencia, al igual que en los Informes N° 26/2022 y N° 28/2022 de este Tribunal, se ordenará al SGCNFU 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. Además, deberá permitirse que productores que deseen incorporarse a la Corporación con posterioridad al acto de constitución, puedan hacerlo con los derechos que tienen los fundadores, debiendo cumplir con los requisitos estatutarios para ello. Adicionalmente, se ordenará que los Estatutos contemplen expresamente el derecho de los socios de número a ser informados de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación.

89. 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 ha sido impuesta en este Informe para quien desee ingresar a la Corporación y la posibilidad de cambiar de calidad de socio mitigan este riesgo.

90. Otro riesgo asociado a la existencia de distintas categorías es que se beneficie en particular a alguna empresa integrada verticalmente con los socios con más derechos, y que una licitación se adjudique en condiciones discriminatorias. Sin embargo, las medidas en materia de gobierno corporativo y cumplimiento normativo, los deberes de abstención en caso de conflicto de interés, la existencia de requisitos para ser nombrado como director y la incorporación de un Comité de Auditoría y *Compliance*, al que se refiere el párrafo 124 siguiente, permiten precaver dichos riesgos.

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

D.1.2 <u>Restricción de los derechos políticos por grupo empresarial</u>

92. La FNE planteó que las reglas del SGCNFU consideran a cada persona jurídica como un socio dado que no existiría limitación o precisión alguna en la materia (folio 70, p. 53). Así, propuso que los derechos políticos dentro del Sistema se establezcan bajo un parámetro de grupo empresarial.

93. A lo anterior, las Solicitantes señalaron que las obligaciones de la Ley REP recaen sobre los productores definidos por el D.S. N° 8, quienes pueden optar por cumplir sus metas individual o colectivamente. Así, sus derechos políticos derivan de su calidad de socio para cumplir con las metas legales y no de su pertenencia o no a un grupo empresarial (folio 86, p. 24).

94. Agregaron que en muchos casos los grupos empresariales tienen estructuras corporativas complejas, y engloban a distintas empresas cuyas actividades y forma de operar pueden ser muy diversas, y no tener, en los hechos, relación alguna entre sí. De esta forma, sus intereses no necesariamente estarán alineados, por lo que entregarles a todas ellas únicamente derecho a un voto puede desincentivar y hacer inviable su participación en el SGCNFU.

95. De conformidad al artículo 96 de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores, la pertenencia a un grupo empresarial asume la existencia de vínculos de tal naturaleza entre las entidades que lo conforman, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a estos.

96. En este contexto, si bien puede darse la situación en que distintos socios pertenecientes a un mismo grupo empresarial tengan efectivamente un interés individual, distinto de otros, ya sea por tener actividades económicas, estructuras de costos u obligaciones diversas bajo la normativa de responsabilidad extendida del productor, ese interés estará subordinado a los intereses del conjunto. Así, los miembros de un mismo grupo empresarial representan un único interés, de modo que deben entenderse, para efectos de su calificación en sede de libre competencia, como una única unidad económica y es presumible que en la administración del SGCNFU, actúen en consideración del interés del grupo empresarial considerado en su conjunto, sin que existan elementos suficientes para estimar que actuarán en forma independiente o con autonomía respecto de los demás miembros del grupo.

97. De este modo, resulta efectivo el riesgo de que los intereses de un grupo empresarial terminen siendo sobrerrepresentados al interior de la Corporación, materializando así la situación descrita *supra* en el punto (iii) del párrafo 74.

98. En consecuencia, se acogerá la sugerencia formulada por la Fiscalía y se ordenará al SGCNFU la modificación de sus Estatutos en orden a que los socios pertenecientes a un mismo grupo empresarial, entendido este concepto en los

términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, tengan un solo voto en las Asambleas Generales ordinarias y extraordinarias de la Corporación.

D.1.3 Valor de la cuota de incorporación y forma de recuperación de los costos hundidos

99. Atendido que la forma de remuneración de la Corporación considera distintos tipos de pagos, a continuación, nos referiremos a estos, a saber, a la cuota de incorporación y el Ecovalor.

D.1.4 Determinación de la cuota de incorporación

100. La regulación de la determinación de la cuota de incorporación en los Estatutos es confusa. A partir de lo señalado en los artículos 7°, 8° y 17°, se infiere que será aprobada por la Asamblea General ordinaria, a propuesta del Directorio. Con todo, la redacción propuesta de los Estatutos pareciera hacer referencia a un valor prefijado en ellos (así, los artículos 7° y 8° señalan "*La cuota de incorporación correspondiente a los socios [fundadores / de número] ascenderá a la cantidad de [•] Unidades de Fomento*").

101. En adición a lo anterior, los parámetros para determinar el monto de la cuota de incorporación, tanto de los socios fundadores como de los socios de número, se definen en forma vaga, indicándose solamente que su valor "*tiene estrecha relación con los costos directos en que incurre la Corporación en virtud de la incorporación de un nuevo socio [fundador / de número], tales como honorarios legales, costos administrativos, etc.*" (Estatutos, artículos 7° ii y 8° ii, pp. 5-6). Adicionalmente, el artículo segundo transitorio de los Estatutos dispone que el *"aporte efectuado previo a la constitución de la Corporación por quienes firmaron el acta de constitución de la misma se imputará a la cuota de incorporación de socio fundador entendiéndose cumplido el requisito para adquirir la calidad de tal*".

102. Además, las Solicitantes han informado que los socios fundadores pagarían cuotas de incorporación menores que los socios de número, atendido que los primeros "*ya contribuyen a la financiación de los costes directos del sistema mediante las garantías financieras que han aportado para disponer de fondos con los que cubrir las actuaciones iniciales del sistema, hasta que la corporación pueda contar con las aportaciones de los productores*" (versión pública de documento PDF titulado "*Econeu - Respuesta oficio 410-22_VP*", agregado por certificado de folio 98), lo que es concordante con el referido artículo segundo transitorio de los Estatutos. De acuerdo con la propuesta de las Solicitantes, todos los socios futuros del Sistema serían siempre socios de número (folio 86, p. 21).

103. La Fiscalía argumentó que, para no establecer discriminaciones entre socios, debiera eliminarse la distinción entre socios fundadores y de número, diferenciando en el monto del Ecovalor para los nuevos socios, el que debería ser mayor que el aplicable a los socios prexistentes, al menos por el plazo necesario para que estos recuperen los costos hundidos e inversiones iniciales incurridos al conformar el SGCNFU (folio 70, p. 51-52).

104. Por su parte, las Solicitantes rechazaron la posición de la FNE por haber asumido para el SGCNFU un principio de no discriminación en el Ecovalor aplicable a las distintas categorías de socio (folio 86, pp. 21-22).

105. Finalmente, el MMA indicó que si bien se señalan nociones generales respecto a la determinación de la cuota de incorporación que *a priori* parecen correctas, estima que ella debería quedar establecida con mayor precisión en los Estatutos. En consecuencia, no es posible saber cuánto y bajo qué justificaciones se limitará el ingreso de nuevos socios producto de este cobro. Concluyó que, a la luz del artículo 20 de la Ley REP, la falta de claridad con respecto a la justificación de la cuota de incorporación, su valor y criterios para fijarla no cumplirían con el estándar fijado por la ley (folio 61, p. 3).

106. 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 los sistemas colectivos que se organicen deberán competir por atraer socios.

107. 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. Por lo mismo, su determinación no puede quedar sujeta a conceptos vagos y abstractos como los establecidos hoy en los Estatutos, sino que debe fundamentarse en un análisis de costos y riesgos, para asegurar que se hayan construido utilizando criterios objetivos y no discriminatorios, en lugar de la mera disposición a pagar del postulante para ingresar al SGCNFU. Para ello, la cuota referente a los socios fundadores podrá considerar en su determinación los costos hundidos relacionados a la conformación del Sistema, y la cuota referente a los socios de número deberá cubrir únicamente los

gastos administrativos de incorporación. Este análisis, sus parámetros y los datos utilizados deberán ser conocidos por los postulantes a socios con antelación a su incorporación, debiendo modificarse los Estatutos al efecto.

D.1.5 Modelo tarifario y Ecovalor

108. De acuerdo con el numeral xi del artículo 26 de los Estatutos, el Directorio deberá definir y aprobar el Modelo Tarifario y de Garantías para la gestión de residuos, el que luego será sometido a conocimiento y aprobación de la Asamblea General ordinaria (folio 82, p. 17).

109. La FNE afirmó que la proposición del modelo tarifario debe sujetarse, adicionalmente, a las siguientes condiciones: (i) encontrarse radicada en un órgano técnico *ad hoc* destinado específicamente a la finalidad de asesorar al Directorio en esta determinación y que sea independiente de este; (ii) encontrarse regulada en cuanto a sus plazos, particularmente, debiendo proponerse con antelación al inicio de funcionamiento del SGCNFU; (iii) deba ser realizada por expertos en materias medioambientales, regulatorias y de libre competencia; y (iv) debe quedar sujeta a un quórum supra mayoritario y que, en caso de existir una minoría que se oponga al modelo tarifario propuesto, se confiera un plazo para que dicha minoría evacúe un informe en que explicite sus diferencias con el modelo tarifario de la mayoría, de modo tal que el Directorio y la Asamblea General Ordinaria lo puedan considerar en sus decisiones finales (folio 70, p. 64).

110. Las Solicitantes no adoptaron estas propuestas, sosteniendo que, respecto del comité u órgano *ad hoc*, la existencia de este órgano técnico no se encuentra contenida en la regulación de la Ley REP y que su creación generaría costos adicionales y elevados. Respecto del procedimiento propuesto por la Fiscalía, este contempla múltiples etapas, lo que derivaría en dilaciones adicionales al inicio del cumplimiento de las obligaciones de las Solicitantes, siendo perjudicial para ellas y, en general, para el apropiado funcionamiento de la normativa REP. Ello no obsta a que, al momento de fijarse el modelo tarifario, se cuente con asesoría técnica y económica de expertos en la materia, a efectos de que la tarifa sea objetiva y transparente (folio 86, p. 33).

111. Sin perjuicio de los eventuales beneficios que podría traer una regulación como la sugerida por la FNE, existen múltiples alternativas de determinación de un modelo tarifario para el SGCNFU 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.

112. Con todo, no escapa al presente análisis el hecho que la regulación establecida en los Estatutos excluye de toda decisión sobre el modelo tarifario a los socios de número, en cuanto es una materia respecto de la cual no tienen derecho a voto en las Asambleas Generales, y que puede ser aprobada en el Directorio sin considerar a los directores que son electos por los socios de número, al no tener un quórum especial. Sin embargo, este riesgo se minimiza en cuanto se trata de un mercado incipiente, donde los sistemas de gestión colectiva deberán competir por atraer nuevos socios de número, de modo que los incentivos para adoptar un modelo tarifario que de alguna forma los perjudique son bajos, a lo que se agrega la condición establecida en este Informe en cuanto a permitir la movilidad entre las categorías de socios del SGCNFU (párrafo 88 *supra*).

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

113. El artículo noveno iv de los Estatutos dispone que "[u]*na vez integrado y adquirida dicha calidad, el socio de número sólo podrá exigir la prestación de los servicios de la Corporación una vez que haya suscrito el correspondiente contrato de prestación de servicios con la Corporación*" (folio 82, p. 7).

114. La Fiscalía planteó que no se contempla expresamente el plazo en el cual el nuevo socio puede exigir la prestación de servicios por parte del SGCNFU. De acuerdo con lo que les fue informado por las Solicitantes, expuso que esta materia se delegaría a la normativa interna de la Corporación, y conforme al plan de gestión aprobado por la autoridad correspondiente (folio 70, p. 52).

115. La FNE estimó que los Estatutos deberían contemplar un plazo máximo para el inicio de la prestación de servicios a nuevos socios, a fin de evitar tratos discriminatorios e incertidumbre (folio 70, p. 53). Agregó que también debiese ser incorporado lo expuesto por las Solicitantes en orden a que los contratos serán idénticos para todos los socios.

116. A folio 86, las Solicitantes señalaron que el contrato de adhesión que celebrará cada socio establece que el plazo para el inicio de prestación de los servicios será igual para ambas categorías de socios y será desde el momento en que suscriban dicho instrumento. Los servicios se prestarán desde que se inicien las actividades del Sistema y de manera idéntica para todas las empresas que sean socias en ese momento. Posteriormente, la prestación de los servicios comenzará tan pronto el nuevo socio celebre el contrato de adhesión antes referido. En

consecuencia, indicaron que resulta innecesario incorporar un plazo máximo para el inicio de la prestación de los servicios (p. 23).

117. Tal como señaló la FNE, el inicio de la prestación de los servicios podría dar lugar a discriminaciones entre socios. Sin perjuicio de ello, la circunstancia de que el inicio de los servicios esté sujeto a un único modelo de contrato debiera mitigar ese riesgo, tal como lo señalan las Solicitantes. Para efectos de que este compromiso sea efectivo, se ordenará que los Estatutos contemplen expresamente el que los socios estarán sujetos a un único modelo de contrato y que los servicios se prestarán desde el inicio de actividades del Sistema, o desde su suscripción, en su caso.

D.3. Sobre la interacción entre socios

D.3.1 Traspasos de información al interior del Sistema

118. 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. 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.

119. 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 ofrecen sus productos. En particular, indica que los productores pueden utilizar los sistemas de gestión ya sea como cobertura para reuniones colusorias o utilizando un exceso de tarifas para aumentar el precio de los productos.

120. 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 SGCNFU y/o sus organismos formales.

121. Por otro lado, la Fiscalía indicó que deben adoptarse resguardos para el manejo de la información relevante, 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, esgrimió que el SGCNFU 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.

122. 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 protocolos fijados para el tratamiento de esta información (folio 70, pp. 60-63).

123. Las Solicitantes indicaron que establecer un concepto de información comercialmente sensible en los Estatutos puede generar rigideces a futuro, y que la sugerencia de que la información sea manejada por un tercero sería sumamente engorrosa para la administración y operación de las labores de la Corporación, además de generar costos adicionales. En cuanto a que ciertos órganos determinados puedan acceder a la información sensible desagregada, señalaron que también generaría rigideces innecesarias en caso de restructuraciones corporativas, y no tiene justificación dado el limitado personal y órganos con que contará la Corporación. Sin perjuicio de ello, acogieron parcialmente la recomendación de la FNE, incluyendo en el artículo 49° de los Estatutos una prohibición explícita de que los socios conozcan información comercialmente sensible de otros. Afirmaron también aceptar la obligación de suscripción de acuerdos de confidencialidad, aunque ello no fue explicitado en los Estatutos.

124. Como se ha señalado, y en concordancia con lo afirmado por la FNE, el intercambio de información al interior del SGCNFU 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 están suficientemente desarrollados. Por lo mismo, se obligará a las Solicitantes a incorporar en sus Estatutos lo siguiente: (a) la prohibición de acceso a información comercial sensible incluida en el artículo 49° 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; debiendo reportarse a las autoridades públicas que corresponda la infracción a dicho acuerdo, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de SGCNFU; y (b) que el manejo de la información relevante debe externalizarse en los términos de la Guía sobre Asociaciones Gremiales de la FNE, o bien, llevarse a cabo por el Contralor o el Comité de Auditoría y *Compliance*. El agente externo, el Contralor o el Comité de Auditoría y *Compliance*

agrupará y anonimizará la información que deba ser entregada a las demás entidades y organismos de SGCNFU, como el Directorio, la Gerencia General y las Asambleas. A este respecto, el SGCNFU deberá formalizar en los Estatutos la existencia de un Comité de Auditoría y *Compliance*, el cual hoy es mencionado en ellos, pero no reconocido como un organismo formal de la Corporación, el cual deberá estar conformado por personas que cumplan con los mismos requisitos necesarios para ser director de la Corporación.

D.3.2 Mecanismos de cumplimiento normativo (*compliance*)

125. Los Estatutos contemplan en el artículo trigésimo séptimo ix que el Contralor tenga a su cargo, entre otros, el diseño y administración de un sistema integral y transversal de *compliance*, considerando los riesgos relevantes para el Sistema en libre competencia, medio ambiente y responsabilidad penal de la persona jurídica, entre otros.

126. La FNE estimó relevante incluir los siguientes aspectos: (i) obligatoriedad de implementar un programa de *compliance* que satisfaga los requisitos de la Guía de Programas de Cumplimiento, el que deberá contemplar el mayor nivel de intrusión contemplado en ella; (ii) que la persona en que recaerá el cargo de Contralor esté en funciones, a más tardar, en un plazo de 30 días hábiles desde conformado el SGCNFU como persona jurídica; y (iii) que el desempeño del Contralor sea a tiempo completo y recaiga en una persona que cumpla con los parámetros de independencia análogos a los que rijan para el cargo de director, perfeccionados según lo señalado *supra* por la Fiscalía (folio 70, pp. 66 y 67).

127. Las Solicitantes indicaron que no adoptarán esta sugerencia, por estimar que este tipo de materias no son propias de los Estatutos, sino que se trataría de cuestiones de regulación interna de la Corporación, que serán pormenorizadas posteriormente en documentación propia de la organización interna. A este respecto, hicieron presente que los Estatutos son un marco general y existen muchas materias que serán reguladas por protocolos y políticas, permitiendo la flexibilidad necesaria para afrontar los desafíos de esta nueva actividad económica (folio 86, p. 34). Agregaron que contar con un Contralor a tiempo completo resulta extremadamente oneroso y es injustificado, por cuando se han adoptado otros mecanismos que le permiten funcionar conforme a la normativa de libre competencia (folio 86, p. 34).

128. En consideración a la obligación impuesta a la Corporación de establecer un Comité de Auditoría y *Compliance*, este Tribunal no estima necesario incorporar obligaciones adicionales a ser incluidas en los Estatutos, salvo la de que el Contralor y el referido Comité estén en funcionamiento dentro de un plazo de 30 días hábiles contado desde la conformación de la Corporación como persona jurídica.

D.3.3 Representantes de los socios ante el SGCNFU

129. El artículo décimo noveno de los Estatutos establece que cada socio puede concurrir a la Asamblea debidamente representado. Dicha representación deberá constar por instrumento público y deberá evitarse que "*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 y deberá encontrarse registrado ante el Comité de Auditoría y Compliance o el Contralor de manera previa a la asistencia a una Asamblea*" (folio 82, p. 14). La delegación de la representación de un socio en otro socio no estará permitida, excepto en casos justificados en atención a las circunstancias especiales que pudiera presentar un socio. En ningún caso se permitirá la delegación de representación de un socio en otro socio que sea competidor.

130. A este respecto, la FNE señaló que, atendidos los riesgos coordinados suscitados por el funcionamiento del Sistema, las personas que participen en las Asambleas no deben ser ejecutivos relevantes de las mismas empresas en materias comerciales, relacionados con las ventas y comercialización dentro de la empresa representada y, además, deben los mandatarios estar previamente registrados ante el Secretario del Directorio, quien velará por el buen funcionamiento de este tópico (folio 70, p. 55).

131. Las Solicitantes, por su parte, señalaron que este requisito no está contenido en la Ley REP, por lo que resulta excesivo, teniendo además en cuenta que algunos productores son pequeños, de forma que algunos o todos sus empleados tienen injerencia en aspectos comerciales. En definitiva, aplicar esta regla podría impedir que uno o más socios cuenten con un representante ante la Asamblea, contrariando el principio de participación equitativa (folio 86, p. 25). Hicieron presente que contemplan otros mecanismos para garantizar que en el funcionamiento del Sistema no se generen prácticas anticompetitivas, a través de la suscripción de un protocolo de libre competencia

132. En opinión de este Tribunal, los mecanismos de cumplimiento normativo contemplados en los Estatutos constituyen un resguardo suficiente de la competencia. Con todo, en el caso de empresas de menor tamaño que no pudieran enviar a un representante sin injerencia en aspectos comerciales, el resguardo contemplado en los Estatutos de que participen acompañados de un asesor legal parece insuficiente. Por ello, se impondrá al SGCNFU la obligación de que en las

Asambleas Generales participe el Contralor o un experto en materia de libre competencia.

D.3.4 Otras materias

133. *Ausencia de gobierno corporativo independiente*. En cuanto a los requisitos para ser nombrado Director, no se contemplan inhabilidades concernientes a relaciones con los socios del sistema, ni respecto de empresas de gestión de residuos que puedan participar en las licitaciones convocadas por el Sistema. De esta forma, la FNE concluyó que el Directorio del Sistema no puede ser calificado como independiente respecto de estos, por lo que propone que existan inhabilidades en este sentido. Además, estas deberían: (i) extenderse seis meses hacia el pasado; (ii) ampliarse, incluyendo todo tipo de servicios que haya podido prestar el posible director a la empresa socia o de gestión, aun cuando no constituya estrictamente una relación laboral; (iii) deben aplicarse cuando se presenten de modo sobreviniente; y, (iv) debe incorporarse un periodo de inhabilidad respecto de empresas socias y de gestión posterior al término del desempeño de las funciones como director (folio 70, pp. 56-58).

134. Las Solicitantes indicaron que la opción de un directorio independiente, en los términos propuestos por la FNE, se descartó por la dificultad y costos asociados de encontrar personas idóneas para ejercer el cargo. Además, argumentaron que la Ley REP no señala requisitos adicionales en relación con la administración del sistema (folio 86, pp. 26-28).

135. En opinión del Tribunal, no hay razones para estimar que contar con directores independientes de los socios imponga costos significativos, por lo que se exigirá que el requisito establecido en el numeral iii del artículo 23 de los Estatutos se extienda a las empresas socias del SGCNFU al momento de su designación.

136. *Cláusula arbitral*. En el artículo cuadragésimo séptimo de los Estatutos se contiene una cláusula arbitral que refiere la solución de controversias al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. Con todo, la referida cláusula excluye expresamente la resolución de controversias técnicas vinculadas a "*la aplicación del Modelo Tarifario y de Garantías y cualquier materia de competencia de algún organismo interno designado para ello*", sin que los Estatutos establezcan un mecanismo de resolución de conflictos para esas materias, salvo por una mención a una "Comisión Arbitral", en el numeral viii del artículo 26°, la cual no es desarrollada en otras disposiciones.

137. Para salvar esta omisión de los Estatutos, se dispondrá que el SGCNFU debe incorporar en ellos un órgano encargado de la resolución de los conflictos relativos a la aplicación del Modelo Tarifario y de Garantías, el cual podrá denominarse Comisión

Arbitral, que esté compuesto por al menos tres integrantes, que gocen de independencia respecto de los socios del SGCNFU y sus personas relacionadas.

D.4. Sobre la participación de un grupo empresarial en más de un sistema de gestión colectiva

138. Es un hecho público y notorio que el 9 de noviembre de 2022 la FNE 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 una de las Solicitantes con empresas que participarán en la administración de otro sistema de gestión colectiva para residuos de neumáticos (causa Rol NC N° 504-21 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.

139. 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 relación con los incentivos particulares de ese agente económico respecto de cada sistema, ya sea en función de tarifas o la injerencia que tuviere en la administración de uno y otro.

140. 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.

141. 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.

142. De este modo, se exigirá que, respecto del SGCNFU, los socios que tuvieren 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

143. A continuación, corresponde analizar si las Bases acompañadas en autos, en su tercera y última versión que rolan a folios 83 y 84, contienen cláusulas que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia (Ley REP, artículo 24).

144. 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.

145. Previo a entrar al fondo del asunto, cabe precisar la posición de este Tribunal respecto de la intención de las Solicitantes para licitar de manera independiente los servicios de (a) transporte de NFU desde las instalaciones en que estén almacenados luego de su recolección hasta los establecimientos de los gestores que hayan resultado adjudicatarios para los servicios de valorización; y (b) el de valorización propiamente tal, que comprende, por ejemplo, las actividades de recauchaje, reciclaje y valorización energética o eliminación, entre otras (folio 32, p. 29, y folio 85, pp. 6-8); ambos puntos, se encuentran subsumidos en lo que se entiende de modo general como “servicio de valorización”.

146. Al respecto, en la Solicitud se manifestó la intención de realizar dos llamados a licitación, uno para el servicio de recolección y otro para el de valorización, conteniendo este último el servicio de transporte descrito previamente (folio 32, pp. 45-46). Sin embargo, posteriormente, las Solicitantes señalaron que “*este transporte* [letra (a) del párrafo precedente] *corresponde a la etapa de valorización y como tal, se utilizarán las BALI de valorización para licitar dichos servicios, pero tales licitaciones pueden ser independientes de las licitaciones de valorización propiamente*

tal. Lo anterior, obedece a que es altamente probable que exista una mayor cantidad de transportistas independientes que valorizadores que puedan prestar únicamente el servicio de transporte de los NFU" (folio 86, p. 14). Así, indicaron que pretendían realizar una tercera licitación para el servicio de transporte referido, utilizando las Bases de Valorización (folio 86, pp. 14-15).

147. En opinión del Tribunal, luego de estudiar pormenorizadamente las Bases de Valorización, es posible concluir que existen al menos dos aspectos que deben ser especificados y complementados ya que no son extrapolables para licitar el servicio de transporte descrito *supra* en la letra (a) del párrafo 145:

1) La variable de adjudicación de la oferta económica en dichas bases, que se define en "*Unidades de Fomento por tonelada de NFU efectivamente valorizada*" (folio 84, pp. 21-27), no se condice con el servicio de transporte de neumáticos, y se requeriría de un precio conforme a los kilómetros transportados, el peso o inclusive el volumen de la carga en traslado, o una combinación de todas ellas.

2) Se deben especificar los criterios de ponderación dentro de la oferta técnica que serán aplicables a la licitación del servicio de transporte (véase, Tabla N° 7 *infra*), a saber, por ejemplo, no es claro si se incluiría la evaluación de los espacios y medios disponibles para almacenamiento, medios contra incendios y medidas de seguridad, equipos informáticos y la capacidad de gestión de NFU (folio 84, pp. 27-29).

148. En consecuencia, el análisis de las Bases de Valorización considerará una licitación que incluya los servicios descritos en las letras (a) y (b) del párrafo 145 *supra*, esto es, la valorización propiamente tal y el transporte necesario para ello, tal como fue sometido a conocimiento del Tribunal a folio 32. En caso de que las Solicitantes estimen necesario licitar ambos servicios por separado, deberán obtener aprobación de este Tribunal, ya sea que se trate de nuevas bases para el servicio de transporte o de una reforma o complementación a las bases de licitación consultadas en autos (*v.gr.*, Informe N° 28/2022, párrafos 172 y 173).

149. Tomando en cuenta lo antedicho, del análisis de la Solicitud y de los aportes de antecedentes allegados a estos autos, es posible identificar ciertos aspectos de las Bases que, por resultar controvertidos entre los partícipes de este proceso o insuficientemente resguardados, requieren de un pronunciamiento por parte de este Tribunal, los cuales se señalan a continuación.

E.1. Sobre las especificaciones de las Bases

E.1.1 <u>Descripción del servicio a licitar</u>

150. Sobre los servicios a licitar, las Bases de Recolección lo definen como la recolección de NFU generados en los distintos puntos de generación, lo que engloba, asimismo, las actividades de: (a) transporte de NFU, desde los puntos de generación de los residuos hasta los centros de recolección y clasificación; (b) clasificación de NFU, para evaluar si proceden ser preparados para su reutilización, volviendo a entrar al mercado como neumáticos de segunda mano, o requieren de las operaciones de valorización; y (c) almacenamiento de NFU, de forma previa y posterior a su clasificación, y siempre antes de la valorización o, en ciertos casos, eliminación (folio 83, pp. 41-44).

151. Por su parte, las Bases de Valorización, sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos 145 a 148 *supra*, describen el servicio como el conjunto de las actividades de: (a) transporte de NFU, desde las instalaciones en las que se encuentren almacenados luego de su recolección y clasificación hasta los lugares de valorización o eliminación; (b) reciclaje material de NFU, lo cual también contempla el almacenamiento de NFU o de los productos obtenidos tras su procesamiento; y (c) valorización energética (o coprocesamiento) de NFU, o eventual eliminación, considerando igualmente su almacenamiento (folio 84, pp. 40-43).

152. La Fiscalía señaló que las Bases presentan indeterminaciones y omisiones relevantes respecto al servicio a contratar –en particular, en relación con la estrategia y nivel mínimo de servicio–, lo que, a su juicio, imposibilita emitir un informe en los términos requeridos por la Ley REP (folio 70, p. 93). En consecuencia, sostuvo que no fue posible realizar una evaluación de potenciales características técnicas que podrían constituir una barrera de entrada para la participación del proceso o, en el extremo, un requerimiento técnico que pueda ser proporcionado por solo un gestor (folio 70, p. 96).

153. Al respecto, por un lado, las Bases de Recolección señalan que la estrategia de recolección de NFU, a saber, los horarios y frecuencias con que se entregará el servicio sobre la base de solicitudes de los puntos de generación adeptos a la Corporación, será concretada una vez se efectúen los estudios logísticos sectoriales en las diferentes regiones de Chile, y que de su resultado dependerá: (a) si los recolectores recolectarán un porcentaje de NFU en el 100% de los puntos de generación del país; (b) si los recolectores recolectarán el 100% de los NFU generados en un porcentaje determinado de los puntos de generación del país; o (c) si se establecerá una estrategia que combine las dos opciones anteriores (folio 83, numeral 1.3, p. 42). Por su parte, las Bases de Valorización indican que su estrategia, es decir, la frecuencia con que se entregará el servicio para los gestores que resultaren adjudicados, también será concretada una vez se efectúen los estudios logísticos sectoriales en las diferentes regiones del país. De los resultados,

dependerá: (a) la cantidad de lotes para los servicios; (b) la cantidad de NFU entregada mensualmente en cada una de las instalaciones de valorización; y (c) el volumen que mensualmente deberá ser valorizado (folio 84, numeral 1.3, p. 42).

154. Por otro lado, el nivel mínimo de los servicios de recolección y valorización se encuentra a la espera de la elaboración de un estudio técnico-económico, limitándose las Bases a indicar que este nivel será el que permita cumplir con la normativa medioambiental aplicable a los generadores de NFU (Anexo N° 14, folio 83, p. 67; y Anexo N° 12, folio 84, p. 62).

155. Las Solicitantes, ante las observaciones de la FNE, indicaron que, a pesar de la indeterminación expuesta, su propuesta de Bases sí cuenta con la información necesaria para que la Fiscalía, este Tribunal y cualquier tercero puedan realizar el análisis correspondiente (folio 86, pp. 37-40). Asimismo, indicaron que estos aspectos serán regulados en las Bases definitivas.

156. En opinión de este Tribunal, es efectiva la necesidad de resguardar que la imprecisión de los aspectos señalados no materialice las situaciones descritas *supra* en los literales (a), (b) y (c) del párrafo 144. Ello, en el sentido que pueda prestarse para erigir barreras a la entrada sobre ciertos oferentes o que, ante la imposición de un nivel mínimo de prestación del servicio innecesariamente elevado, los adjudicatarios se vean imposibilitados de operar –en igualdad de condiciones– con otros sistemas de gestión colectiva, ante el riesgo de incumplirlo.

157. Por ello, este Tribunal ordenará al SGCNFU que, al momento de realizar los respectivos llamados a licitación, los elementos en comento deberán encontrarse completamente determinados a cabalidad y que: (a) las estrategias de los servicios a licitar deberán proporcionar una flexibilidad suficiente como para no impedir la participación de un agente económico que pueda prestar los servicios de forma idónea; y (b) los niveles mínimos de prestación del servicio deberán encontrarse fundamentados conforme al valor esperado de la generación de residuos de neumáticos por parte de los actuales y eventuales socios, ponderando debidamente los distintos escenarios de demanda por estos servicios de gestión junto con la probabilidad de que los mismos llegaren a materializarse y, en ningún caso, siendo innecesariamente elevados.

E.1.2 Plazo de duración del contrato

158. La propuesta de las Solicitantes no incluyó el plazo de duración de los contratos a celebrar con los gestores de residuos adjudicados, a pesar de estar contemplada su inclusión en ambas Bases (folio 83, p. 73, y folio 84, p. 80). Se expresa que los contratos no podrán prorrogarse.

159. El PG establece que "*se tiene previsto diseñar las convocatorias públicas para seleccionar los gestores de residuos que presten los servicios por un periodo de tiempo más corto que el fijado con carácter general en el párrafo anterior: entre 1 y 2 años*" (folio 85, p. 5) y que "*en la primera fase de inicio de la actividad del Sistema y para permitir la participación, en futuras convocatorias, de los proponentes que no hayan sido seleccionados, la duración de los contratos de recolección será de 1 o 2 años, en función del cumplimiento de determinados objetivos fijados por el SCG*" (folio 85, p. 22).

160. Sobre este aspecto, el MMA sugirió establecer un plazo fijo o un rango más acotado, que permita a los oferentes ponderar si están en condiciones de cumplir adecuadamente en el plazo establecido (folio 61, p. 11). Por su parte, la FNE planteó que las Bases debieran esclarecer cual será la duración de los contratos, y también identificar previamente cual será la duración de éstos en caso que esta se reduzca para la primera etapa de funcionamiento (folio 70, p. 109).

161. Las Solicitantes, luego de las observaciones anteriores, manifestaron que no es posible indicar *a priori* una duración estándar y genérica de los contratos, pero sí será determinada para cada proceso en particular, de forma que los interesados tendrán acceso a dicha información. Agregaron que las duraciones concretas de los contratos se determinarán de acuerdo con los resultados de sus estudios técnico-económicos y que en ningún caso superarán los dos años de duración (folio 86, p. 47). Dichas aclaraciones no se encuentran plasmadas en la última versión de las Bases acompañada al procedimiento.

162. En lo que se refiere a este tema, el Tribunal considera que la duración de contratos puede ser, por un lado, más extensa, producto de factores como la necesidad de recuperar inversiones, permitiendo a todos quienes estén interesados participar de la licitación, y no sólo a quienes cuenten de antemano con la infraestructura necesaria para ello. También, puede resultar del interés legítimo del licitante en reducir la incertidumbre y costos que conlleva la ejecución de uno o más concursos, o la volatilidad en el valor de un servicio. Por otro lado, si dicha duración es más acotada, disminuye el incentivo a adoptar estrategias de exclusión por parte de quienes se adjudiquen el contrato respecto de sus rivales y, si las expectativas a futuro del valor de un servicio son a la baja, pueden permitir aprovechar su volatilidad, dependiendo de los intereses del ente licitante.

163. Al respecto, cabe señalar que la Ley REP en su artículo 24 inciso tercero indica que los "*servicios de recolección y tratamiento serán licitados por separado. En el caso de la recolección, los contratos deberán tener una duración máxima de cinco años*", sin que haya límites para el caso de la valorización.

164. Sin perjuicio de lo anterior, y en concordancia con el Informe N° 28/2022 dictado por este Tribunal (párrafo 185), atendido que los factores que pueden incidir en la determinación del plazo de un contrato son variados y la existencia de límites en la legislación y en la misma propuesta de las Solicitantes, no se ordenará una duración específica, sin perjuicio de ordenar que el SGCNFU informe debidamente a la FNE de los plazos que defina, con una antelación razonable al llamado a las respectivas licitaciones.

E.1.3 Determinación de garantías de seriedad de la oferta y fiel cumplimiento del contrato

165. En lo que concierne a las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento del contrato (folio 83, pp. 34-37, y folio 84, pp. 33-37), el MMA indicó que, pese a que estas garantías pueden ser necesarias para un correcto desarrollo de los procesos de licitación y cumplimiento de los contratos, también pueden generar barreras innecesarias a la entrada de competidores. De esta forma, consideró importante que los montos y vigencias de las garantías sean adecuados y del menor valor posible para cumplir su función. A este respecto, el Ministerio destacó que las Bases no establecen el monto y vigencia que tendrán las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento del contrato. En consecuencia, sugirió establecer, *a priori*, un rango de porcentaje, en relación con el monto del contrato y una fórmula de vigencia en cantidad de días (folio 61, p. 10).

166. La FNE, en el mismo sentido, indicó que existen indeterminaciones respecto al régimen de garantías, en particular en lo referido al monto y duración de ambas, así como en las causales determinadas para su cobro (folio 70, p. 108).

167. Por su parte, las Solicitantes hicieron presente que, si bien, los montos de las respectivas garantías no estuvieron específicamente determinados en este proceso, sí lo estarán al momento de concretarse las Bases, ya que se entiende que es un elemento esencial que otorga certeza para que participen los oferentes (folio 86, p. 60).

168. En opinión de este Tribunal, las Bases deben contar con información relativa a los montos de las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento al contrato. En abstracto, la libre competencia exige que esas garantías no sean excesivas, esto es, que el monto al cual ascienden no supere lo necesario para cubrir el riesgo que prevén en cada caso y que, de esa forma, no disuadan innecesariamente la participación de interesados en la licitación o, peor aún, que pudieran verse excluidos por no contar con el respaldo financiero requerido. En otras palabras, es necesario resguardar las situaciones descritas en los literales (a) y (b) del párrafo 144 *supra*.

169. En ese sentido, la garantía de seriedad de la oferta no debe superar el valor de los perjuicios económicos que tendría un ente licitante en caso de que una oferta, al momento de su adjudicación, sea desestimada por la inviabilidad del oferente de cumplirla. Asimismo, la garantía de fiel cumplimiento al contrato no debe ser mayor al valor de los perjuicios económicos en que incurriría el licitante en caso de que, luego de formalizado el vínculo contractual entre licitante y adjudicatario, el ganador no pueda dar cumplimiento de las obligaciones emanadas del respectivo contrato para la correcta prestación del producto o servicio licitado.

170. En este caso particular, ante la ausencia de antecedentes en autos, y en consideración de lo resuelto en el Informe N° 28/2022 (párrafo 168) y a que se trata de un mercado incipiente sujeto a ciertos grados de incertidumbre, este Tribunal no privará al SGCNFU de la obtención de un informe favorable en esta materia. No obstante, deberá poner en conocimiento de la Fiscalía, con una antelación razonable a cualquier acción destinada a la ejecución de las licitaciones requeridas, los montos destinados a ambas garantías, en virtud de los lineamientos previamente esbozados.

E.2. Sobre el mecanismo de adjudicación

171. Los mecanismos de adjudicación contenidos en la propuesta de Bases de Recolección y de Valorización de las Solicitantes, consideran en términos generales las siguientes fases (folio 32, pp. 49-53; folio 83, numerales 5.11 a 5.16, pp. 25-30; y folio 84, numerales 5.12 a 5.17, pp. 24-30): (a) una vez recibidas las ofertas, se revisará el contenido de cada una de ellas con el fin de verificar la entrega de aquellos antecedentes requeridos, teniendo el ente licitante la potestad de solicitar correcciones o complementaciones a uno o más oferentes en particular; (b) luego, se procederá a analizar el contenido de cada una, declarando inadmisibles aquellas ofertas que no cumplieren con los requerimientos acordados, disponiendo los oferentes de una instancia para poder apelar contra dicha decisión; y (c) finalmente, se evaluará la oferta técnica y la económica de cada oferente cuya oferta hubiere resultado admisible, otorgando un puntaje a cada una y estableciendo un puntaje final mediante la suma de ambas ofertas, asignando así la adjudicación del concurso, o bien, declarándolo desierto.

E.2.1 Experiencia como requisito de admisibilidad

172. Ambas Bases consideran la rendición de antecedentes que den cuenta de la experiencia de los oferentes para la admisión de sus ofertas en la segunda fase del procedimiento descrito en el párrafo 171. Las Bases de Recolección requieren "*experiencia del ofertante en actividades de recogida, transporte capilar o distribución de residuos, y de clasificación y almacenamiento de los residuos recogidos*" (folio 83, p. 19). Las Bases de Valorización piden experiencia "*en actividades de valorización*

(valorización material, valorización energética) o eliminación de residuos" (folio 84, p. 19). Ninguna de ellas ahonda en la documentación que daría cuenta de ello.

173. Al respecto, la Fiscalía consideró que lo anterior presenta un alto grado de discrecionalidad y que, para el servicio de recolección, crea una barrera de entrada innecesaria desde la perspectiva del servicio que se pretende contratar. Para ello, propuso incorporar "*un criterio de experiencia relevante que favorezca la concurrencia de todos aquellos actores que puedan prestar el servicio*" (folio 70, pp. 109-110). Sobre el servicio de valorización, sugirió que debe considerarse toda aquella experiencia relevante y no necesariamente la del rubro que se licita, conforme lo resuelto en la Sentencia N° 77/2008 de este Tribunal (c. 55°).

174. El MMA por su parte, recomendó establecer una estructura mínima y una extensión máxima de la documentación que daría cumplimiento de la experiencia requerida, que pueda dar luces de lo que es importante destacar (folio 61, p. 8).

175. Las Solicitantes, ante las observaciones precedentes, señalaron que la experiencia que solicitan no está circunscrita al ámbito específico de los neumáticos y resultaría irresponsable no solicitar información al respecto. Asimismo, hicieron presente que la recolección de neumáticos cuenta con regulación especial, en el sentido que para poder realizar la actividad es necesario contar con una serie de requisitos, como, por ejemplo, contar con una autorización de parte de la autoridad medioambiental (folio 86, pp. 47-49).

176. En opinión de este Tribunal, y sin perjuicio de lo que se resolverá *infra* en los párrafos 183 a 186, 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, ninguno de los aportantes ha manifestado la necesidad u opción de eliminar por completo el requisito de experiencia, ni tampoco este Tribunal estima riesgos en la materia si aquello se realizare apropiadamente. Por consiguiente, en el escenario que el SGCNFU estime necesario este requisito, se le ordenará 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 compra.

177. Por otra parte, en lo que concierne a la ambigüedad de la documentación que se considerará como suficiente para dar cuenta de la experiencia requerida por las Solicitantes, el Tribunal concuerda con lo manifestado por la FNE y el MMA, de modo que el SGCNFU deberá incluir en ambas Bases un listado taxativo de la mínima documentación necesaria para cumplir con este requisito de experiencia. Se ordenará

además informar debidamente a la Fiscalía de los cambios adoptados en relación con los mencionados requisitos de experiencia, con una antelación razonable al llamado a las respectivas licitaciones.

E.2.2 Mecanismo de adjudicación en dos etapas

178. De acuerdo con lo indicado por las Solicitantes, la evaluación de las ofertas tanto técnica como económica, subsumida en la 3ra fase del mecanismo descrito en el párrafo 171 *supra*, consta de una puntuación total de 100 puntos por medio de la suma de ambas ofertas. En el caso de las Bases de Recolección, la oferta técnica tiene un máximo de 10 puntos, mientras que la económica de 90 puntos (folio 83, pp. 28-29). En el caso de las Bases de Valorización, la oferta técnica posee un máximo de 30 puntos y la económica de 70 puntos (folio 84, pp. 27-28).

179. A juicio de las Solicitantes, su propuesta de Bases garantiza la competencia en dicho proceso. Para ello argumentaron que su propuesta promueve la participación e incentiva a la mayor cantidad de oferentes a presentar sus ofertas, y contiene condiciones objetivas y uniformes que buscan prevenir discriminaciones o arbitrariedades que afecten la intensidad competitiva de las mismas (folio 32, p. 55). Asimismo, agregaron que para la evaluación de dichas ofertas existirá un comité especial conformado por personal del SGCNFU, sin que ningún asociado o representante de alguno de ellos pueda formar parte de él (folio 32, pp. 55-56).

180. Sobre este aspecto, la FNE propuso reformar el mecanismo de adjudicación propuesto por las Solicitantes, y adoptar lo que denomina modelo de dos etapas. Con ello, se refiere a que, en una primera instancia, se evalúe el cumplimiento de un estándar mínimo y técnico para los oferentes, y luego, en una segunda instancia, evaluar únicamente las ofertas económicas y adjudicar de acuerdo con aquella que sea más competitiva en tal dimensión. Añadió la Fiscalía que esta sugerencia va en línea con lo resuelto por este Tribunal en otras ocasiones, 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 70, pp. 99-100).

181. Las Solicitantes, ante la recomendación anterior, expusieron que no puede ser adoptada, puesto que el servicio de gestión de neumáticos no es un "*commodity*" que sea uniforme entre distintos oferentes, existiendo en realidad distintos niveles de calidad y capacidades técnicas que pueden proporcionar. Agregaron que su propuesta contempla una revisión inicial de esos requisitos técnicos y mínimos, y que, en consecuencia, consideran que es relevante asegurar un estándar mínimo de calidad y valorar, adecuadamente, las capacidades técnicas al momento de escoger

a un oferente, entre todos aquellos que superan dicho estándar mínimo (folio 86, pp. 40-42).

182. De esta forma, en atención a las posturas antedichas, resulta controvertido si el mecanismo de adjudicación propuesto por las Solicitantes al interior de ambas Bases presenta o no problemas en materia de libre competencia que requieran de la adopción de resguardos por parte de este Tribunal, en particular, en relación con los riesgos de los literales (a) y (b) del párrafo 144 *supra*. Ello, en vista que la Fiscalía consideró que no otorga la asignación óptima al agente económico que presente la oferta más atractiva.

183. Al respecto, y siendo consecuente con pronunciamientos anteriores de este Tribunal (*v.gr.*, Resolución N° 71/2022, párrafo 52), la eficiencia asignativa que pudiera derivarse de un modelo de licitación en dos etapas –como aquel planteado por la Fiscalía– se encuentra sujeta al supuesto de que el producto o servicio a licitar sea homogéneo. De ser ese el caso, el precio efectivamente podría ser la mejor variable de adjudicación, y no se justificaría que el ente licitante asigne un mayor puntaje a aquellos oferentes con características que lo diferenciaren del resto de competidores –como es la experiencia en el rubro–, puesto que ello no incide en una mayor calidad del producto o servicio licitado. Siendo, por esta razón, innecesario que se evaluaren aspectos técnicos o la experiencia y, sobre todo, contrario al objetivo de alcanzar la asignación óptima que se encuentra subsumido en toda licitación.

184. En ese sentido, los antecedentes presentados en estos autos no permiten confirmar que los servicios de gestión de residuos –tanto de recolección como de valorización– alcancen, en alguna medida, un estándar de homogeneidad entre ellos, de modo que se justifique la adopción de un modelo de licitación de dos etapas. 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.

185. Asimismo, en lo que se refiere a la eficiencia del modelo propuesto por las Solicitantes, en este estadio de análisis no es posible afirmar que un mecanismo en particular sea superior a otro, lo cual tampoco es materia que corresponda ser revisada en esta sede. Sobre ello, es el ente licitante quien debe ponderar la exigencia técnica en el servicio a licitar considerando, por un lado, el beneficio de una mayor probabilidad en el cumplimiento de sus metas, pero, por otro lado, el perjuicio de generar costos superiores que 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, siendo así el proceso competitivo el que eventualmente

determine la eficacia de un mecanismo por sobre otro, debiendo este Tribunal velar porque dicho proceso sea lo más competitivo, alcanzando eficiencias no solo en costos, sino que también en otros aspectos como la calidad o la innovación.

186. En conclusión, este Tribunal estima que, en el mecanismo de adjudicación propuesto por las Solicitantes en las Bases de Recolección y de Valorización, en lo que concierne a los aspectos abordados en esta subsección, no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia y, por este motivo, no existe necesidad de acoger la sugerencia de la FNE a propósito de esta materia.

E.2.3 Criterios de evaluación de la oferta técnica

187. Tanto en las Bases de Recolección (folio 83, punto 5.11.5 letra b, pp. 28-29) así como en las de Valorización (folio 84, punto 5.12.5 letra b, pp. 27-29), la puntuación de la oferta técnica se realizará conforme al cumplimiento de ciertos criterios de ponderación. Para ello, ambas Bases establecen que el puntaje máximo de dicha oferta se otorgará "*en función del grado de excelencia acreditada respecto al cumplimiento de los requisitos técnicos, de conformidad con los antecedentes que se proporcionen a través de los Antecedentes Técnicos u Operacionales*" (folio 83, pp. 18-21; y folio 84, pp. 19-20).

188. A mayor abundamiento, la Tablas N° 6 y N° 7 a continuación, singularizan la descripción de los criterios adoptados por las Solicitantes, y sus respectivos puntajes máximos, tanto para los servicios de recolección como de valorización, respectivamente. En ellas, se puede observar la evaluación de distintas materias técnicas, como son la calidad de los equipos informáticos, medidas de seguridad y tecnología de la maquinaria para el respectivo servicio, entre otros.

Tabla N° 6:
Criterios para evaluar la oferta técnica en las Bases de Recolección

Criterios de Ponderación	Puntaje Máximo
Contemplar ratios de horarios y frecuencias con un mayor grado de exigencias que el establecido con carácter general en las Bases	Máximo de 3 puntos (hasta un 30% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Disponer de CRC ubicado en la misma zona de recogida	Asignación de 1 punto (10% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Disponer del espacio y medios disponibles para el almacenamiento de los NFU	Máximo de 1,5 puntos (hasta un 15% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Calidad de medios contra incendios y medidas de seguridad	Máximo de 1,5 puntos (hasta un 15% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Calidad de la tecnología de la flota de vehículos a disposición de la prestación del Servicio (considerando factores tales como la eficiencia energética, la antigüedad, la	Máximo de 2 puntos (hasta un 20% de la calificación total de la Oferta Técnica)

dotación de sistemas de geolocalización, entre otros).	
Calidad de los equipos informáticos (software, hardware y conexión a internet de banda ancha) puestos a disposición de la prestación del Servicio	Máximo de 0,5 puntos (hasta un 5% de la calificación total de la Oferta Técnica)

Fuente: Elaboración propia conforme a las Bases de Recolección, folio 83, p. 29.

Tabla N° 7:
Criterios para evaluar la oferta técnica en las Bases de Valorización

Criterios de Ponderación	Puntaje Máximo
Espacio y medios disponibles para el almacenamiento de los NFU	Máximo de 3 puntos (hasta un 10% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Medios contra incendios y medidas de seguridad	Máximo de 3 puntos (hasta un 10% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Disponer de una báscula de pesaje digital	Asignación de 3 punto (10% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Disponer de capacidad de gestión de NFU en cantidad superior a la exigida en virtud de los lotes de NFU respecto de los cuales se presente una Oferta	Máximo de 6 puntos (hasta un 20% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Tecnología de la maquinaria y, en el caso de los servicios de transporte referenciados en la sección 1.1.4 del Capítulo III de las Bases, de la flota de vehículos propuestos para la prestación del servicio (en virtud de lo cual en todos los casos se tendrán consideración en relación a eficiencia energética, rapidez en la elaboración de los productos, antigüedad, etc.).	Máximo de 13,5 puntos (hasta un 45% de la calificación total de la Oferta Técnica)
Equipos informáticos (software y hardware) propuestos para la prestación del Servicio	Máximo de 1,5 puntos (hasta un 5% de la calificación total de la Oferta Técnica)

Fuente: Elaboración propia conforme a las Bases de Valorización, folio 84, p. 28.

189. De acuerdo con las Solicitantes, y en sintonía con lo enunciado en la subsección precedente, su propuesta cumple con diversos criterios en materia de libre competencia, tales como transparencia y de condiciones generales, uniformes y objetivas en ellas (folio 32, p. 54). Señalaron que, en sus Bases, se encuentran reglados todos los aspectos que son necesarios para entregar certeza sobre la utilización de un mecanismo objetivo y transparente, y que el nivel de detalle contenido en la propuesta es suficiente para entregar las certezas necesarias a los oferentes que participen, sin que se vean disuadidos de hacerlo (folio 32, p. 54).

190. En concepto de la Fiscalía, estos criterios de evaluación posibilitan un alto grado de discrecionalidad, dado que no permiten evaluar de manera objetiva la asignación de los puntajes comprendidos en el tramo entre el puntaje mínimo y el máximo. Dichas inquietudes tampoco fueron enmendadas por las Solicitantes ante

las solicitudes de clarificación de la FNE, limitándose a lo descrito en los párrafos anteriores. Así, propuso que existan criterios de evaluación claros y objetivos, que permitan determinar de manera escalonada la asignación del puntaje de cada criterio (folio 70, pp. 100-102).

191. Asimismo, el MMA compartió esta apreciación, señalando que no queda claro cuáles serán los parámetros objetivos para establecer la asignación de puntaje en los criterios señalados en las Tablas N° 6 y N° 7 (folio 61, p. 9).

192. Las Solicitantes, ante las observaciones precedentes, refutaron lo anterior y señalaron que los criterios de evaluación de la oferta técnica están suficientemente definidos y son objetivos, de modo que resultan claros los puntajes para la ponderación de cada uno de ellos, impidiendo arbitrariedades. A juicio de ellas, se encuentran especificados los parámetros a evaluar y, para efectos de la asignación del rango mínimo y máximo del puntaje correspondiente a cada criterio de evaluación, según corresponda, especificaron que se considerarán aspectos como la calidad, tecnología o propuestas específicas de cada oferente (folio 86, pp. 41-42).

193. Al respecto, para examinar si la forma que las Solicitantes sugieren para evaluar la oferta técnica presenta problemas en materia de libre competencia, es necesario recurrir a los riesgos previamente descritos en lo concerniente a estos autos. Sobre este punto, en los literales (a) y (b) del párrafo 144 *supra*, este Tribunal manifestó el deber de velar por que los criterios de evaluación adoptados no tengan la capacidad de excluir de forma arbitraria a oferentes que puedan prestar los servicios licitados de manera idónea y que, a través de ese medio, se pueda privilegiar a una empresa en virtud de su relación con algún/os socio/s (aspectos que fueron considerados, como ya se citó, en la Sentencia N° 77/2008, c. 62°).

194. Sobre el particular, es efectivo que el modo en que se encuentran redactados los criterios para ponderar con puntaje cada una de las características técnicas a presentar por los oferentes son ambiguos y dan espacio para la discrecionalidad o arbitrariedad al interior del proceso de adjudicación de ambas licitaciones. Así, con el fin de ilustrar aquello, basta considerar, por ejemplo, el criterio denominado "*espacio y medios disponibles para el almacenamiento de los NFU*", contenido en las Bases de Valorización (folio 84, p. 28). Dicho criterio posee un máximo de tres puntos, sin que exista claridad respecto de la documentación aceptada por el licitador para la prueba de dichos espacios, cuánto es el espacio que requiere el licitante, junto a las características del mismo, y si este será valorizado en sus metros cuadrados o también conforme a sus metros cúbicos, entre otras cosas. En ese sentido, la forma en que se encuentra redactada la propuesta de las Solicitantes no permite a los oferentes determinar a cabalidad la forma de obtener el puntaje máximo de cada

criterio de evaluación, ni tampoco el mínimo de documentación que permitiría evitar recibir cero puntos.

195. Atendido lo antedicho, este Tribunal acogerá en parte la sugerencia de la FNE y ordenará al SGCNFU explicitar, para cada uno de los criterios de ponderación a considerar dentro de la oferta técnica de ambas Bases, y de la forma más específica en que le sea posible: (a) la forma en que un oferente puede obtener el puntaje máximo en cada uno de los criterios, la cual deberá ser objetiva y verificable; y (b) el tipo de documentación que se considerará válida para la acreditación de 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. Respecto de la letra (a), deberá proporcionar en las Bases, a lo menos, un ejemplo para cada uno de los criterios, considerando el escenario en que a un criterio de ponderación se le asigne el máximo puntaje y otro en donde se le asigne el mínimo puntaje superior a cero, en caso de que esto último sea posible.

E.2.4 Criterios de evaluación de la oferta económica

196. Las Bases de Recolección y de Valorización evaluarán la oferta económica de cada oferente conforme a una variable de adjudicación, que corresponde: (a) en el caso de las Bases de Recolección, al precio del servicio expresado en "*Unidades de Fomento por tonelada de NFU efectivamente recolectada y clasificada*", incluyendo el Impuesto al Valor Agregado y para cada zona de recolección en que se divida el territorio nacional, (folio 83, pp. 22 y 28); y (b) en el caso de las Bases de Valorización, al precio del servicio expresado en "*Unidades de Fomento por tonelada de NFU efectivamente valorizada*", incluyendo igualmente el Impuesto al Valor Agregado y por cada lote de NFU de quienes resultaren adjudicados del servicio de recolección (folio 84, pp. 21 y 27).

197. Para la asignación del puntaje máximo, las Solicitantes indicaron que este será otorgado al "*oferente que haya ofrecido la menor cantidad en su oferta económica*" y que el puntaje del resto de las ofertas "*será proporcional a la desviación entre el importe de la oferta económica del oferente que haya obtenido la puntuación máxima y el importe de la oferta económica de cada oferente*" (folio 32, p. 50). Asimismo, agregaron que su propuesta considera un criterio para la identificación de ofertas bajas temerarias, de modo que, si una oferta se encuentra por debajo de un 20% de la media entre todas las ofertas económicas para una misma zona o lote, se solicitará a ese oferente una justificación que muestre la viabilidad de su oferta (folio 32, p. 51).

198. Por su parte, la Fiscalía solicitó al SGCNFU esclarecer la metodología recién expuesta, a través de un ejemplo práctico. En atención a aquello, la fórmula o ecuación matemática presentada por las Solicitantes (folio 70, párrafo 309, p. 103) para la asignación de puntaje fue la siguiente: $[(O_{max} - O_i)/(O_{max} - O_{min})] \cdot 100$; donde O_{max} corresponde a la oferta de mayor precio, O_{min} a la de menor precio, y O_i al precio del oferente i cuyo puntaje es el que se desea asignar. La FNE consideró que la formula excluye a oferentes que pueden resultar competitivos, puesto que castiga de manera desproporcionada a aquellos precios que no equiparen o cumplan con el mínimo, pero que se encontraren cercano a él. Ejemplificó que, ante dos ofertas, la de mayor precio siempre tendrá cero puntos, independiente de que su diferencia –en este caso, medida en unidades de fomento– sea despreciable respecto de la oferta mínima (folio 70, pp. 102-104).

199. Sobre estas observaciones, las Solicitantes compartieron las inquietudes de la Fiscalía e indicaron que ello se debió a un error en el desarrollo del ejemplo que fue entregado a dicha institución. Aseguraron que "*la oferta más cara recibirá el puntaje que corresponda al aplicar* […] *el porcentaje que exista entre el importe de su oferta económica y el de la oferta más baja*" (folio 86, p. 42).

200. Al respecto, prescindiendo de las confusiones y posteriores aclaraciones de las Solicitantes respecto de lo señalado por la FNE, a juicio de este Tribunal, las variables de adjudicación que se utilizarán en la asignación del puntaje de la oferta económica son claras y objetivas. No obstante, cabe resaltar que el mero hecho de que la Fiscalía haya tenido que solicitar una aclaración (folio 70, p. 103) respecto a la referida fórmula que las Solicitantes emplearán para la asignación de puntaje en las ofertas económicas, lleva a este Tribunal a deducir que, aun cuando éstas aclararon que el oferente que haya ofrecido la menor cantidad será quién obtendrá la máxima puntuación para dicha oferta (folio 32, p. 50) y que las inquietudes de la FNE serán resueltas, surge la necesidad de incorporar mayor claridad a la forma en que serán consideradas estas variables de adjudicación.

201. En ese sentido, esta necesidad surge ante los riesgos singularizados en los literales (a) y (b) del párrafo 144 *supra*, debido a que la falta de certeza puede prestarse para beneficiar o perjudicar, de manera arbitraria e injustificada, a ciertos oferentes al interior de las licitaciones resultantes por medio de este procedimiento.

202. Por consiguiente, este Tribunal admitirá parcialmente la sugerencia de la FNE y ordenará al SGCNFU incorporar de forma explícita, tanto en las Bases de Recolección como de Valorización, la fórmula o ecuación matemática que utilizará para la asignación de puntaje en la oferta económica, no debiendo esta castigar de

manera desproporcionada e injustificada a aquellas ofertas que sean cercanas a la oferta mínima, en consideración a las aprehensiones de la Fiscalía.

E.2.5 Integración vertical entre socios y oferentes

203. Las Bases de Recolección y de Valorización incorporan dos restricciones para la participación de empresas dentro de las eventuales licitaciones que realizará el Sistema, estas son: (a) los socios del SGCNFU, o representantes de ellos, no podrán participar del comité encargado de evaluar y adjudicar ambas licitaciones (folio 32, pp. 55-56); y (b) los oferentes no podrán mantener una relación de propiedad respecto de uno o más socios del SGCNFU (véase, letra (k) en folios 83 y 84, p. 32). De ese modo, se permitiría que empresas relacionadas a los socios del Sistema puedan participar de ambas licitaciones y adjudicarse los servicios de gestión de residuos de neumáticos, mientras no se encuentren en la situación descrita en la letra (b) precedente.

204. Por su parte, la Fiscalía consideró necesario que todos los tipos de socios que estén relacionados a gestores de residuos, según el artículo 100 de la Ley N° 18.045, o que realicen dichas labores directamente, tengan el deber de abstenerse de ejercer en dichas materias los derechos de voz y/o voto en los procesos de decisión que afecten o puedan afectar a sus intereses, o bien, los de sus empresas relacionadas, en el rubro de esa gestión y que, para efectos de registro, esta abstención figure por escrito (folio 70, pp. 59-60).

205. Las Solicitantes, luego de las observaciones anteriores, incluyeron en los Estatutos el deber de abstención sugerido por la FNE. Específicamente, indicaron que "[e]*n el caso que un socio se encuentre integrado verticalmente con empresas del rubro de gestión de residuos, se prohíbe a dicho socio participar en la votación, debiendo abstenerse de la misma, respecto de aquellas materias en que se discutan materias relativas al mercado en que dicho gestor participa*" (folio 82, artículos 10° y 11°, literal i, pp. 7-8).

206. En opinión del Tribunal, las restricciones para la participación de empresas, tanto en las licitaciones de los servicios de gestión de residuos como dentro del mismo proceso de evaluación y adjudicación de ambas, no presentan mayores problemas en materia de libre competencia, siempre que consideren los resguardos enunciados *supra* en el párrafo 90. Sin embargo, cabe hacer presente que la restricción propuesta por las Solicitantes contenida en la letra (a) del párrafo 203 precedente, relativa a que los socios del SGCNFU, o representantes de ellos, no podrán participar del comité encargado de evaluar y adjudicar los procesos licitatorios, deberá encontrarse debidamente establecida en las Bases.

E.3. Sobre las facultades del licitador

E.3.1 No aceptar a oferentes cuya gestión anterior no haya sido satisfactoria

207. Ambas Bases contemplan la facultad del ente licitante para no aceptar a oferentes "*cuya gestión en contratos anteriores no haya sido calificada como satisfactoria por la Corporación, que por ejemplo hayan implicado aplicación de Multas por atraso hasta el límite establecido para cada concepto, cobro de boletas de garantía, terminación anticipada parcial o total del Contrato y otros incumplimientos graves"* (Bases de Recolección y de Valorización, punto 5.4, folios 83 y 84).

208. Al respecto, el MMA estimó que este es un mecanismo que genera barreras innecesarias a la entrada de competidores y que –en los términos señalados en las Bases– es indeterminado y arbitrario (folio 61, p. 7).

209. Este Tribunal concuerda con el MMA en cuanto a que dicho requisito puede erigirse como una barrera a la entrada, pues no contempla de manera explícita los factores que determinan que la gestión en contratos anteriores sea catalogada como "no satisfactoria", pudiendo prestarse para arbitrariedades que materialicen los riesgos de los literales (a) y (b) del párrafo 144 *supra*. No obstante, parece razonable que, con el interés de prever adjudicar la licitación a gestores que no hayan ejecutado de forma idónea el servicio licitado en el pasado, el SGCNFU considere el desempeño de un oferente en contratos previos si fuere el caso.

210. A partir de lo anterior, en concordancia con el Informe N° 28/2022 (párrafo 179), este Tribunal ordenará al SGCNFU que las Bases de Licitación contengan un listado taxativo, y no solo ejemplar, de casos en que la ejecución de contratos previos sea considerada como no satisfactoria.

211. Adicionalmente, a fin de prevenir la arbitrariedad de esta cláusula, es necesario: (a) que ella sea incorporada de forma clara y objetiva dentro de los requisitos de admisibilidad de las ofertas, esto es, que en caso de cumplirse el o los supuestos del susodicho listado, la oferta deba ser declarada inadmisible; o bien, (b) que figure como un criterio de ponderación dentro de la evaluación de la oferta técnica de ambas Bases. Por consiguiente, este Tribunal ordenará al SGCNFU adoptar alguna de las dos opciones indicadas precedentemente.

E.3.2 Solicitud de corrección o aclaración de oferta

212. Tal como se indicó anteriormente, en la primera fase del proceso descrito en el párrafo 171 precedente, las Bases otorgan la facultad al órgano licitante de solicitar aclarar o corregir las ofertas de uno o más participantes, en caso de estimarlo necesario. Para ello, se indica en ellas que, por un lado, "[e]*n caso de que una propuesta contenga un error manifiesto o la ausencia respecto de los Antecedentes a presentar, que pueda ser corregido o levantado por un Oferente sin producir una*

distorsión o inequidad en la competencia, el Convocante podrá solicitar al Oferente correspondiente la corrección de la Oferta"; y por otro lado, que "[e]*l Convocante se reserva el derecho de solicitar aclaraciones a las Ofertas, de modo de que éstas sean completadas o detalladas adecuadamente*" (folio 83, pp. 25-26; y folio 84, pp. 24-25).

213. Al respecto, la Fiscalía consideró que las condiciones en las cuales el licitante pueda hacer uso de la facultad anterior deben encontrarse señaladas de forma taxativa para así no generar discrecionalidad o un trato preferente hacia una determinada oferta (folio 70, pp. 105-106).

214. A partir de las observaciones anteriores, las Solicitantes señalaron que especificar las causales bajo las cuales el SGCNFU podría solicitar correcciones a los oferentes puede resultar complejo, ya que la esencia de esta facultad implica la existencia de información incompleta o de un error manifiesto, cuestión que es difícil de traducir a causales determinadas. No obstante, agregaron en las Bases la siguiente redacción en complemento de la cláusula anterior: "*En caso de que una propuesta contenga un error manifiesto o la ausencia respecto de los Antecedentes a presentar, que pueda ser corregido o levantado por un Oferente sin producir una distorsión o inequidad en la competencia, el Convocante podrá solicitar al Oferente correspondiente la corrección de la Oferta*" (folio 83, p. 25; y folio 84, p. 24).

215. En opinión de este Tribunal, los reparos detectados sobre esta cláusula guardan relación con la arbitrariedad para la que puede prestarse, en el sentido que sea utilizada en beneficio de un oferente en particular y en desmedro de otro (véanse, literales (a) y (b) del párrafo 144 *supra*), distorsionando así el proceso competitivo de la licitación. Por regla general, en materia de licitaciones, no es arbitrario que un licitante pueda solicitar a los oferentes que salven errores u omisiones, siempre y cuando las rectificaciones de dichos vicios u omisiones no les confieran a esos oferentes una situación de privilegio respecto de los demás oferentes, y se informe siempre de dicha solicitud al resto de los oferentes. En el caso concreto de los servicios materia del presente Informe, si bien es atendible el impedimento de las Solicitantes para describir taxativamente las condiciones en que una oferta puede requerir ser aclarada o corregida, ello no obsta a que la cláusula deba ser aplicada con igualdad para todos los participantes del concurso.

216. En consecuencia, se le ordenará al SGCNFU que toda solicitud de aclaración o corrección realizada a un oferente respecto de un aspecto; (a) que sea parte de la evaluación de esa oferta, sea realizada igualmente para todos los oferentes, en especial a aquellos que también requieran de dicha aclaración o corrección en ese aspecto; y, (b) que pudiera ser causal de desestimación de esa oferta, sea realizada asimismo para todos los oferentes, en especial a aquellos que también requieran de

una aclaración o corrección sobre ese u otro aspecto para que sus ofertas no sean desestimadas.

E.3.3 Desestimación de ofertas

217. Tanto en las Bases de Recolección como de Valorización, el punto 10 referido al comportamiento ético de los oferentes y adjudicatarios señala que "[t]*odo incentivo destinado a obtener la adjudicación de esta Licitación, así como también otras licitaciones o contratos con el Convocante podría ocasionar la desestimación del participante*".

218. La FNE señaló que las condiciones para desestimar las ofertas no debiesen ser discrecionales, por lo que recomienda establecer que, de cumplirse dicho supuesto, la oferta deba desestimarse de forma perentoria (folio 70, p. 106).

219. Este Tribunal concuerda con lo manifestado por la Fiscalía, en cuanto esta disposición permite un ejercicio facultativo de esta causal por el convocante de la licitación. Un incentivo u oferta de esta naturaleza no solo podría materializar los riesgos singularizados en los literales (a) y (b) del párrafo 144 *supra,* sino que también el riesgo de incurrir en un eventual delito de corrupción entre particulares (artículos 287 bis y ter del Código Penal). Por ello, se ordenará al SGCNFU que establezca que la oferta del participante que incurra en la situación descrita en el referido punto 10 de las Bases, deberá ser desestimada de la/s licitación/es en que ese oferente participe.

E.3.4 Facultad de desistimiento, suspensión o cancelación del proceso licitatorio

220. Al momento de presentación de la Solicitud objeto de autos, ambas Bases señalaban que el convocante "*podrá desistirse, suspender o cancelar el presente proceso de Licitación en cualquier momento y hasta la Adjudicación, sin expresión de causa, sin que ello implique o genere responsabilidad alguna en relación con los Participantes afectados por esta decisión, y sin que ello de derecho al pago de indemnización de cualquier especie*" (folio 55, p. 30, y folio 56, pp. 29-30).

221. Sobre lo anterior, el MMA planteó que, al menos, deberían indicarse los motivos fundados que repercutieran en esa decisión (folio 61, p. 9).

222. Por su parte, la Fiscalía expuso que tanto este Tribunal como la Excma. Corte Suprema han señalado consistentemente que cláusulas que permiten al ente licitante declarar desierta la licitación sin establecer de forma taxativa sus causales, atentan contra la libre competencia *ex ante*, al disminuir los incentivos a participar en el proceso licitatorio atendido el alto nivel de discrecionalidad que otorgan, aumentando el riesgo de comportamientos arbitrarios. Por lo anterior, propone eliminar dicha cláusula –que como se señaló en el párrafo 220, a la fecha del aporte de

antecedentes de la FNE, incluía la frase "*sin expresión de causa*"–, debiendo adjudicarse siempre que los participantes cumplan con las exigencias de las Bases y efectúan ofertas de acuerdo con los requerimientos de las evaluaciones técnica y económica (folio 70, p. 104).

223. Posteriormente, en la tercera versión de las Bases, las Solicitantes a folio 86 indicaron haber acogido la sugerencia de la Fiscalía, eliminando la expresión "*sin expresión de causa*" de la referida cláusula (folio 83, p. 30, y folio 84, p. 30). Además, para hacer uso de ella, se deberá notificar a los participantes afectos a la decisión.

224. A juicio de este Tribunal, en principio, es la Corporación quien detenta los intereses para hacer uso de la cláusula en comento solo cuando sea necesario, debido a los eventuales costos y perjuicios que conlleva su aplicación. Entre ellos, por ejemplo, tener que realizar nuevamente otro llamado a licitación, o generar un atraso en la gestión de residuos de neumáticos para el cumplimiento de metas. Sin embargo, puesto que la cláusula –en la forma que se encuentra redactada y aun considerando la eliminación de la mencionada frase– entrega la posibilidad de un comportamiento discrecional por parte del ente licitante, este Tribunal debe velar por que no se materialicen las situaciones descritas en los literales (a) y (b) del párrafo 144 *supra*, lo cual es concordante con lo enunciado por la FNE y pronunciamientos de la Excma. Corte Suprema (*v,gr.*, sentencia de 27 de mayo de 2009, Rol C.S. N° 7796-2009, c. 9°).

225. Por consiguiente, el SGCNFU deberá comunicar a los partícipes de la/s respectiva/s licitación/es las razones por la cual se desestimen, suspendan o cancelen los referidos concursos, si fuere el caso.

III) CONDICIONES

Las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGCNFU, 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 82 a 85, no impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, siempre que incorporen las siguientes modificaciones:

A. Respecto de las reglas para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGCNFU.

El SGCNFU 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; y permitir que productores que deseen

incorporarse a la Corporación con posterioridad al acto de constitución, puedan hacerlo con los derechos que tienen los fundadores, debiendo cumplir con los requisitos estatutarios para ello;

2. Contemplar en los Estatutos expresamente el derecho de los socios de número a ser informados de todo lo relacionado con la marcha ordinaria de la Corporación;

3. Modificar sus Estatutos en orden a que los socios pertenecientes a un mismo grupo empresarial, entendido este concepto en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, tengan un solo voto en las Asambleas Generales ordinarias y extraordinarias de la Corporación;

4. Modificar sus Estatutos de modo que se establezca que el valor de la cuota de incorporación de las distintas categorías de socios se fundamente en un análisis de costos y riesgos, asegurando que se hayan construido utilizando criterios objetivos y no discriminatorios, en lugar de la mera disposición a pagar del postulante. La cuota referente a los socios fundadores podrá considerar en su determinación los costos hundidos relacionados a la conformación del SGCNFU, y la cuota referente a los socios de número deberá cubrir únicamente los gastos administrativos de incorporación. Este análisis, sus parámetros y los datos utilizados deben ser conocidos por los postulantes a socios con antelación a su incorporación;

5. Establecer expresamente en los Estatutos el que los socios estarán sujetos a un único modelo de contrato de adhesión para la prestación de los servicios de gestión de residuos y que esos servicios se prestarán a los socios desde el inicio de actividades del Sistema, o desde la suscripción del referido contrato, en su caso;

6. Incorporar en sus Estatutos: (a) que la prohibición de acceso a información comercial sensible incluida en su artículo 49° debe complementarse con la obligación de que todos los socios suscriban un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que se reciba; debiendo reportarse a las autoridades públicas que corresponda la infracción a dicho acuerdo, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de Sistema; y (b) que el manejo de la información relevante debe externalizarse en los términos de la Guía sobre Asociaciones Gremiales de la FNE, o bien, llevarse a cabo por el Contralor o el Comité de Auditoría y *Compliance*. El agente externo, el Contralor o el Comité de Auditoría y *Compliance* agrupará y anonimizará la información que deba ser entregada a las demás entidades y organismos de SGCNFU, como el Directorio, la Gerencia General y las Asambleas.

7. Incorporar en los Estatutos un Comité de Auditoría y *Compliance*, con el objeto indicado en el párrafo 124 de este Informe, conformado por personas que cumplan con los mismos requisitos necesarios para ser director de la Corporación;

8. Establecer que el Contralor y el Comité de Auditoría y *Compliance* estén en funcionamiento dentro de un plazo de 30 días hábiles contado desde la conformación de la Corporación como persona jurídica;

9. Establecer la obligación de que en las Asambleas Generales participe el Contralor o un experto en materia de libre competencia;

10. Extender el requisito de independencia de los Directores establecido en el numeral iii del artículo 23° de los Estatutos a las empresas socias del SGCNFU al momento de su designación;

11. Incorporar en los Estatutos un órgano encargado de la resolución de los conflictos relativos a la aplicación del Modelo Tarifario y de Garantías, el cual podrá denominarse Comisión Arbitral, que esté compuesto por al menos tres integrantes, que gocen de independencia respecto de los socios del SGCNFU y sus personas relacionadas; y

12. Los socios que tuvieren participación como asociados en otro sistema de gestión colectiva para la gestión 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 dichos sistemas, dentro del plazo de tres meses. Para el cumplimiento de lo anterior, los productores afectos deberán informar debidamente a la FNE de su decisión, a fin de que dicha entidad vele oportunamente por su cumplimiento.

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

El SGCNFU deberá:

1. Al momento de realizar los respectivos llamados a licitación, los elementos comentados en los párrafos 150 a 154 deberán encontrarse completamente determinados a cabalidad y que: (a) las estrategias de los servicios a licitar deberán proporcionar una flexibilidad suficiente como para no impedir la participación de un agente económico que pueda prestar los servicios de forma idónea; y (b) los niveles mínimos de prestación del servicio deberán encontrarse fundamentados conforme al valor esperado de la generación de residuos de neumáticos por parte de los actuales y eventuales socios, ponderando debidamente los distintos escenarios de demanda por estos servicios de gestión

junto con la probabilidad de que los mismos llegaren a materializarse y, en ningún caso, siendo innecesariamente elevados;

2. Informar debidamente a la FNE de los plazos de duración de los contratos que defina, con una antelación razonable al llamado a las respectivas licitaciones;

3. Poner en conocimiento de la Fiscalía, con una antelación razonable a cualquier acción destinada a la ejecución de las licitaciones requeridas, los montos destinados a la garantía de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento de contrato, los cuales deberán haber sido determinados sobre la base de los lineamientos de los párrafos 168 a 169;

4. Limitar en las Bases el requisito de experiencia a aquella 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 compra;

5. Incluir en las Bases un listado taxativo de la mínima documentación necesaria para cumplir con el requisito de experiencia e informar debidamente a la Fiscalía de los cambios adoptados, con una antelación razonable al llamado a las respectivas licitaciones;

6. Explicitar, para cada uno de los criterios de ponderación a considerar dentro de la oferta técnica de ambas Bases, y de la forma más específica en que le sea posible: (a) la forma en que un oferente puede obtener el puntaje máximo en cada uno de los criterios, la cual deberá ser objetiva y verificable; y (b) el tipo de documentación que se considerará válida para la acreditación de 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. Respecto de la letra (a), deberá proporcionar en las Bases, a lo menos, un ejemplo para cada uno de los criterios, considerando el escenario en que a un criterio de ponderación se le asigne el máximo puntaje y otro en donde se le asigne el mínimo puntaje superior a cero, en caso de que esto último sea posible;

7. Incorporar de forma explícita, en ambas Bases, la fórmula o ecuación matemática que utilizará para la asignación de puntaje en la oferta económica, no debiendo esta castigar de manera desproporcionada e injustificada a aquellas ofertas que sean cercanas a la oferta mínima, en consideración de lo dispuesto en el párrafo 198;

8. Establecer en las Bases la restricción propuesta por las Solicitantes contenida en la letra (a) del párrafo 203 de este Informe;

9. Incluir en las Bases un listado taxativo, y no solo ejemplar, de casos en que la ejecución de contratos previos sea considerada como no satisfactoria, y que la cláusula del párrafo 207 sea (a) incorporada en las Bases de forma clara y objetiva dentro de los requisitos de admisibilidad de las ofertas, esto es, que en caso de cumplirse el o los supuestos del susodicho listado, la oferta deba ser declarada inadmisible; o bien, (b) que figure como un criterio de ponderación dentro de la evaluación de la oferta técnica de ambas Bases;

10. Indicar en las Bases que toda solicitud de aclaración o corrección realizada a un oferente respecto de un aspecto (a) que sea parte de la evaluación de esa oferta, sea realizada igualmente para todos los oferentes, en especial a aquellos que también requieran de dicha aclaración o corrección en ese aspecto; y, (b) que pudiera ser causal de desestimación de esa oferta, sea realizada asimismo para todos los oferentes, en especial a aquellos que también requieran de una aclaración o corrección sobre ese u otro aspecto para que sus ofertas no sean desestimadas;

11. Establecer que la oferta del participante que incurra en la situación descrita en el punto 10 de las Bases, deberá ser desestimada de la/s licitación/es en que ese oferente participe; y

12. Comunicar a los partícipes de la/s respectiva/s licitación/es las razones por la cual se desestimen, suspendan o cancelen los referidos concursos, si fuere el caso.

Se previene que los Ministros Sres. Ricardo Paredes Molina y Jaime Barahona Urzúa concurren a lo resuelto, sin embargo fueron de parecer de no imponer la restricción de la subsección D.1.2, respecto del ejercicio de los derechos políticos inherentes a un grupo empresarial, por los mismos argumentos ya expuestos en los Informes N°s 26/2022 y 28/2022 que rigen los sistemas de gestión de residuos de envases y embalajes. Ello no obsta a que pueda ser adoptada como regla por los socios para el funcionamiento de la corporación, o que pueda acogerse frente a una recomendación en tal sentido, como ocurrió en el caso del sistema SGN, en autos Rol NC N° 504-21.

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° 506-22.

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

343A5915-6D5D-484F-A947-1B140CB323A0
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.