



LEY REP Y LIBRE COMPETENCIA: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA – SEGUNDA PARTE

Catalina González Verdugo y Cristóbal Lema Abarca

Ley REP y Libre Competencia: De la Teoría a la Práctica - Segunda Parte¹⁻²

Agosto 2023



Catalina González Verdugo

Abogada de la Universidad de los Andes y LLM in Competition Law en UCL. Asociada senior en Cariola Díez PérezCotapos.



Cristóbal Lema Abarca

Abogado de la Universidad de Chile y candidato a MSc en Análisis Económico de la Universidad de Chile. Asociado en Cariola Díez Pérez-Cotapos.

Abstract: Aunque la Ley REP y los sistemas de gestión que deben formarse para cumplir con ella todavía están en una etapa incipiente de implementación, de los seis informes emitidos por el TDLC en esta materia se desprenden importantes conclusiones. Uno, el TDLC ha empleado un estándar menos exigente y más deferente con los productores que buscan conformar un sistema colectivo que el pretendido por la FNE. Dos, se han ido asentando criterios y requisitos para el funcionamiento de los sistemas de gestión y las licitaciones para la gestión de residuos, los cuales debieran ser considerados por los sistemas que se constituyan a futuro. Tres, surge la interrogante sobre la conveniencia de que el TDLC emita estos informes ex ante y, además, apruebe modificaciones posteriores a los documentos respectivos, siendo razonable analizar la conveniencia de repartir esas labores con la FNE.

I. INTRODUCCIÓN

La implementación de la Ley 20.920 que “Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje” (Ley REP) sigue avanzando de manera sostenida en el último tiempo, al menos en lo que respecta al ámbito de libre competencia. Entre 2021 y 2022, un total de siete sistemas de gestión colectivo (SGC) de envases y embalajes, y de neumáticos han solicitado informes favorables al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC): Envases I (Sigenem)³, Envases no domiciliarios (Prorep)⁴,

1 Los autores de este artículo están asesorando y patrocinando a productores vinculados a sistemas de gestión colectivos, en particular, a aquellos 30 que solicitaron informe favorable del TDLC en el procedimiento NC-506-22 (Neumáticos II) y aquellos 21 que lo hicieron en el procedimiento NC 507-22 (Envases II).

2 Esta es una serie de al menos dos artículos relativos a la Ley REP. El primero describe la Ley REP, la normativa respectiva y los procedimientos que han terminado o están en curso ante el TDLC (ver aquí). Este, el segundo, se abocará a los informes del TDLC en los seis primeros casos sometidos a su conocimiento y las lecciones y discusiones que de ellos surgen.

3 Solicitud de informe de Agrosuper S.A. y otras respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIGENEM, NC N° 492-21. [Causa Envases I].

4 Solicitud de informe de RIGK CHILE SpA respecto de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento de PROREP, NC-510-22 D. [Causa Envases no Domiciliarios].

[Envases II \(GIRO\)](#)⁵, [Neumáticos I \(SGN\)](#)⁶, [Neumáticos II \(SGCNFU\)](#)⁷, [Envases Agroindustriales \(CampoLimpio\)](#)⁸ y [Neumáticos III \(SIGA\)](#)⁹. De estos, los seis primeros SGC ya han recibido informes favorables del TDLC relativos a sus reglas para incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema (normalmente contenidas en sus estatutos) y las bases de licitación para la contratación de servicios de gestión de residuos (BALI)¹⁰, informes numerados del 26 al 31, respectivamente.

Si bien, todavía queda mucho camino por recorrer para que todos estos SGC estén operando, los informes emitidos durante el 2022 por el TDLC -junto con los aportes de antecedentes efectuados por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en los procedimientos no contenciosos- entregan las primeras directrices para el diseño de futuros sistemas. Estas son útiles tanto para los productos prioritarios ya abordados -envases y embalajes, y neumáticos-, como para aquellos cuyos decretos supremos todavía están pendientes -aceites y lubricantes; pilas y aparatos eléctricos y electrónicos; y baterías-. Con todo, cabe notar que los primeros informes del TDLC ya han demostrado que las realidades de productos diversos pueden ameritar tratos diferenciados.

Los lineamientos sustantivos que se pueden desprender hasta la fecha son, a grandes rasgos, de dos tipos. Primero, el TDLC ha establecido cuál es el estándar de revisión que rige esta facultad específica, además de identificar los riesgos y beneficios relacionados a los SGC. Segundo, existe un conjunto de problemáticas detectadas por la FNE, habiendo el TDLC concordado con el persecutor respecto de algunas de sus recomendaciones, pero discrepado en relación a otras. Esos dos ejes serán desarrollados a continuación, además de concluir problematizando que la Corte Suprema haya estimado procedente el recurso de reclamación en contra de este tipo de informes¹¹, y mencionando las principales lecciones provenientes de los primeros seis procedimientos que han terminado y los aspectos que aún no están plenamente zanjados.

II. ESTÁNDAR DE REVISIÓN DEL TDLC, Y RIESGOS Y BENEFICIOS ASOCIADOS A LOS SGC

1. Estándar de revisión del TDLC al emitir un informe conforme a la Ley REP

La Ley REP ordena a los SGC contar con un informe del TDLC declarando que en las BALI “no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia” y “que en las reglas y procedimientos, para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión, no existen hechos,

5 Solicitud de Informe de BredenMaster SpA y otros sobre bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del GRANSIC, NC-507-22. [Causa Envases II].

6 Solicitud de informe de Automotores Gildemeister SpA y otros respecto de las bases de licitación para la recolección y valorización de neumáticos usados y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SGN, NC-504-21 [Causa Neumáticos I].

7 Solicitud de Informe de Antonio Castillo S.A. y otros respecto de las bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SGCNFU, NC-506-22 [Causa Neumáticos II].

8 Solicitud de informe de ADAMA Chile S.A. y otros respecto de las bases de licitación para la contratación de manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIG CampoLimpio, NC-513-22 [Causa Envases Agroindustriales].

9 Solicitud de Ford Motor Company Chile SpA y otros respecto de las bases de licitación para la contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SIGA, NC-516-22 [Causa Neumáticos III].

10 Sobre los Planes de Gestión presentados por algunos solicitantes el TDLC estimó que “es un documento preliminar que tiene un alcance meramente referencial, por lo que este Informe no se pronunciará en particular respecto de la conformidad de su contenido con la libre competencia”. Informes N° 26, par. 15 y, en el mismo sentido, Informes N° 27 (par. 12) y 28 (par. 9).

11 Las decisiones que la Corte Suprema emita en los casos Neumáticos I y II (causas Roles 64.899-2023 y 169.526-2023, respectivamente) también podrían incidir en los lineamientos sustantivos y en las principales lecciones que se describen en este artículo.

actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia”¹². Fuera de ese estándar legal -que es en gran medida equivalente al del art. 3 del DL 211-, la FNE y el TDLC han desarrollado posturas que estimamos difieren en el nivel de estrictez con el cual deben analizarse los SGC.

La FNE ha destacado que además de consagrar la libre competencia como un principio de la Ley REP, esta normativa ordena que los estatutos deberán garantizar la incorporación de todo productor a un SGC, en función a criterios objetivos, y su participación equitativa, asegurando el acceso a la información y el respeto a la libre competencia; y que los SGC deberán realizar licitaciones abiertas con una convocatoria pública para que, conforme a las BALI pertinentes, tales interesados formulen propuestas para la gestión de residuos¹³. En este orden de ideas, la FNE estima que la Ley REP determina tres parámetros respecto de los estatutos: el acceso abierto, la participación equitativa y el principio general de libre competencia, mientras que los SGC deben, a través de las BALI u otros instrumentos, generar el mayor nivel de participación en las licitaciones y la obtención de ofertas económicas y técnicas óptimas¹⁴. Luego, la FNE cualifica que los SGC deben ser evaluados bajo un foco estricto, que en atención al mandato del legislador se traduce en efectuar un “análisis pormenorizado y con elevados estándares de promoción y defensa de la competencia”¹⁵.

En cambio, el TDLC parece haberse decantado por un criterio más respetuoso de la libertad de los productores de cada SGC, al plantear que¹⁶:

“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...”

El TDLC -sin desconocer los requisitos legales identificados por la FNE- otorga mayor flexibilidad a los SGC al no imponer determinados modos de organización ni funcionamiento, ni exigirles los resultados más eficientes. De este modo, su actuar se guía por un propósito más sencillo: evitar que las reglas de los estatutos y BALI impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Así, si bien el TDLC y la FNE identifican básicamente el mismo estándar legal derivado de los arts. 24 y 26 de la Ley REP y prácticamente los mismos riesgos que deben ser prevenidos¹⁷, su manera de aplicación en casos concretos ha divergido.

12 Arts. 24 inciso 4 y 26 letra c) inciso segundo de la Ley REP, respectivamente.

13 Aporte de antecedentes de la FNE en caso Envases I, de fecha 15 de septiembre de 2021 (Primer Aporte FNE Envases I), p. 16. La referencia de la FNE es a los artículos 20 y 24 de la Ley REP.

14 Primer Aporte FNE Envases I, pp. 32 y 136; aporte de antecedentes de FNE en caso Neumáticos I, de fecha 23 de marzo de 2022 (Aporte FNE Neumáticos I), pp. 35-36 y 103; y aporte de antecedentes de FNE en caso Envases II, de fecha 12 de abril de 2022 (Aporte FNE Envases II), pp. 29 y 129.

15 Aporte de antecedentes de la FNE en caso Envases I, de fecha 23 de febrero de 2022 (Segundo Aporte FNE Envases I), pp. 59 y 64; y Aporte FNE Envases II, p. 140.

16 Informe Neumáticos I y II, par. 6 (destacado propio). En el mismo sentido Informe N° 31 (par. 5).

17 Véase la sección II.2.

En atención a que los SGC están recién conformándose y que la industria del reciclaje se desarrollará fuertemente en los años venideros, la deferencia adoptada por el TDLC aparece como razonable e, incluso, indispensable para no mermar el surgimiento de SGC y, en definitiva, el éxito de la Ley REP. Asimismo, la perspectiva del TDLC parece más dúctil ante la necesidad, por un lado, de fijar reglas claras y equivalentes para todos los SGC y, por el otro, analizar cada uno de ellos conforme a sus propias características y a la evolución del reciclaje de cada producto prioritario¹⁸.

2. Riesgos y beneficios de los SGC

Bajo la lógica de que los SGC son, en principio, acuerdos de colaboración conjunta entre productores -que pueden o no ser competidores-, el TDLC ha reconocido que generan eficiencias y también riesgos, pudiendo ser una alternativa menos restrictiva que operaciones de concentración (dado que un SGC no altera permanentemente la estructura del mercado¹⁹). Consecuentemente, el TDLC señala que las conclusiones y medidas a las que arribe “deben velar, por una parte, porque los sistemas colectivos de gestión puedan desenvolverse competitivamente en el mercado en que participan, incentivando la competencia entre ellos, por ejemplo, permitiendo el cambio de productores de un SGC a otro; y, por otra, mitigar los riesgos descritos”²⁰.

a. Riesgos que deben preverse en la conformación y funcionamiento de un SGC

Siguiendo las tipologías tradicionales en esta sede, el TDLC detecta riesgos que pueden ser de índole unilateral o coordinada, derivados tanto de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos socios y funcionamiento de los SGC, como de las BALI²¹.

El TDLC menciona tres riesgos coordinados derivados de tales reglas y procedimientos: la coordinación de precios de venta o compra u otras variables competitivas relevantes, el traspaso de información estratégica entre competidoras y el boicot colectivo de terceros no asociados al SGC, todos los cuales se refieren a los mercados conexos aguas arriba²². A su vez, respecto a estas mismas reglas y procedimientos el TDLC señala riesgos unilaterales de exclusión de otros productores que quieran incorporarse a un SGC -lo que contraría directamente el principio de acceso abierto- y de exclusión de otros SGC que sean incumbentes o entrantes en el mercado. Por último, el TDLC advierte un riesgo sui generis derivado de que un SGC sea capturado por la influencia que uno o más productores puedan ejercer, dirigiendo las acciones del SGC en beneficio propio o de empresas relacionadas en el marco de licitaciones -o, al menos, en perjuicio de otros socios-. En suma, usando las palabras del propio TDLC²³:

18 Sobre esto ver Catalina González Verdugo y Cristóbal Lema Abarca, “[Ley REP y Libre Competencia: De la teoría a la práctica - Primera Parte](#)”, Investigaciones CeCo (octubre, 2022), p. 13; y, para un ejemplo concreto de un aspecto de las licitaciones abordado de manera diferente por el TDLC en distintos casos, ver sección III.6.

19 Informes N° 26 (pars. 27-31), 27 (pars. 16-20), 28 (pars. 21-25), 29 (pars. 10 y 48), 30 (pars. 10 y 50) y 31 (pars. 20-25). En nuestro conocimiento, ninguno de los seis SGC respecto de los cuales el TDLC ha emitido informe ha sido calificado como una operación de concentración.

20 Informes N° 26 (par. 31), 27 (par. 20), 28 (par. 25) y 31 (par. 24).

21 Informes N° 26 (pars. 32 y ss.), 27 (pars. 21 y ss.), 28 (pars. 26 y ss.), 29 (pars. 49 y ss.), 30 (pars. 51 y ss.) y 31 (pars. 25 y ss.).

22 En sus informes el TDLC reconoce tres grupos de mercados relevantes que pueden ser afectados por los SGC: (i) mercados de los SGC, en el cual participan los SGC de cada producto prioritario (o segmentaciones o categorías de tales productos), y cuya extensión geográfica es nacional; (ii) mercados conexos aguas arriba en que socios del mismo SGC son vendedores del mismo producto o servicio (o de sustitutos); y (iii) mercados conexos aguas abajo relacionados a los servicios de manejo de residuos (o mercados en que inciden las BALI), que podrían ser segmentados según el tipo de gestión (recolección, recepción y almacenamiento, clasificación y pretratamiento y valorización), cuya extensión territorial dependerá de los servicios de gestión licitados.

Informes N° 26 (pars. 51-83), 27 (pars. 30-47), 28 (pars. 44-66), 29 (pars. 22-43), 30 (pars. 7-45) y 31 (pars. 42-69).

23 Informes N° 26 (par. 41), 27 (par. 29) y N° 28 (par.35). En el mismo sentido, Informes N° 29 (pars. 58 y 64) y 30 (pars. 60 y 64) y 31 (par. 34).

“el Tribunal debe resguardar que los SGC puedan desenvolverse como entes económicos autónomos que compiten en un mercado por incorporar asociados y en particular que: (i) tengan incentivos para conformarse, y que los actores del mercado o productores tengan, a su vez, incentivos para ingresar a dichos sistemas de gestión; (ii) permitan el cambio de productores de un sistema a otro, de manera que se mantengan sus incentivos a competir y a ser más eficientes una vez establecidos en el mercado; (iii) actúen en beneficio de la totalidad de sus asociados y no de intereses particulares de algunos socios; y (iv) no incentiven o faciliten la coordinación, colusión o el traspaso de información sensible entre sus asociados”.

Por su parte, los riesgos unilaterales asociados a la contratación de gestores por los SGC son de tipo exclusorio -es decir, incluir requisitos arbitrarios o que restrinjan la entrada o desenvolvimiento competitivo de interesados o de otros SGC- y explotativo -por ejemplo, influenciando los precios de los servicios de gestión y manejo de residuos-. El riesgo coordinado, en cambio, está directamente relacionado con las licitaciones y las BALI, pues en estas puede facilitarse la colusión entre oferentes (*bid rigging*). En consecuencia, el TDLC concluye que su rol respecto a las BALI es²⁴:

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

b. Beneficios y eficiencias que pueden alcanzarse mediante SGC

A diferencia de lo que ocurre con los riesgos, el TDLC no realizó una sistematización de los beneficios o eficiencias que podrían lograrse mediante los SGC o sus normas de organización y operación, pese a que sí reconoce varias de estas:

- Economías de escala asociadas a gestionar residuos de forma colectiva y a la posibilidad de cumplir las metas de recolección y valorización con residuos de cualquier marca -y no solamente con aquellos residuos introducidos al mercado por los productores del SGC respectivo-²⁵.
- Mitigar el *free riding* que podría surgir al interior del SGC, sea en la conformación y/o en la operación del SGC mediante diversas reglas, por ejemplo, con la existencia de categorías de socios²⁶. Así, “para la promoción de la competencia entre sistemas colectivos, es imperativo preservar los incentivos para que logren conformarse y desenvolverse en el mercado”²⁷.

24 Informes N° 26 (par. 49), 28 (par. 42) y, en términos casi equivalentes, 31 (par. 40). En el mismo sentido, Informes N° 29 (par. 70) y 30 (par. 72). La única sutil diferencia en esta materia entre ambos grupos de informes es que estos últimos recalcaron, en el tercer punto, la necesidad de evitar ciertas condiciones (en vez de enfocarse en temas explotativos) en los siguientes términos: “este Tribunal debe resguardar que las Bases (...) (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” (Informes N° 29, par. 70, y 30, par. 72).

25 Informes N° 26 (par. 72), 27 (par. 40), 28 (par. 56), 29 (pars. 22 y 32), 30 (pars. 21 y 32) y 31 (pars. 24 y 47). En el caso de envases y embalajes, la posibilidad de cumplir las metas con residuos de cualquier marca es solo para los Gransic (20 o más productores).

26 Informes N° 26 (par. 115), 28 (par. 97), 29 (pars. 61 y 80) y 30 (pars. 63 y 83).

27 Informes N° 29 (par. 80) y 30 (par. 83).

Dados estos beneficios y el marco normativo de la Ley REP, el TDLC también asevera que existen fuertes incentivos para cumplir las metas de manera colectiva a través de un SGC y no a través de un sistema individual²⁸. Es decir, si bien los SGC y los sistemas individuales son alternativas legalmente igual de válidas para cumplir con las metas y obligaciones de la Ley REP, en los hechos formar parte de un SGC se convierte más bien en un imperativo para los productores que deseen actuar de manera eficiente, lo que distingue este tipo de colaboraciones de otros emprendimientos colectivos voluntarios.

III. DISCREPANCIAS EN TORNO A LOS SGC

A grandes rasgos, los riesgos y beneficios de los SGC antes descritos son compartidos por los productores solicitantes, por la FNE y por el TDLC. Sin embargo, los involucrados en estos procedimientos han diferido en la magnitud y probabilidad de los riesgos y, en especial, en la manera de corregirlos. Esta sección resume los principales riesgos o temáticas discutidas en los seis casos resueltos hasta la fecha por el TDLC y las posturas asumidas por los diferentes involucrados²⁹. Con todo, como se indicará en cada subsección, algunos aspectos en disputa fueron objeto del recurso de reclamación de la FNE en los casos Neumáticos I y II, por lo cual a futuro eventualmente habría que considerar la postura que la Corte Suprema adopte en estas materias.

1. Existencia de categorías de socios con diferentes derechos políticos y cargas económicas

Todos salvo uno de los SGC respecto de los cuales el TDLC se ha pronunciado contemplaron -pese a las objeciones de la FNE- categorías de socios³⁰ con derechos políticos y cargas económicas diferentes -especialmente, sujetos a cobros por incorporación de diversa magnitud-. En base al principio de trato equitativo, la FNE cuestionó la existencia de estas categorías, sugiriendo eliminarlas y, además, que las cuotas de incorporación debían solventar únicamente los costos de ingreso y no retribuir costos hundidos³¹.

Sobre este aspecto, el TDLC estimó que los socios tienen el derecho a buscar maneras de mitigar el fenómeno del *free riding* tanto en la conformación como gestión de los SGC, afirmando además que los SGC tienen incentivos para incorporar la mayor cantidad posible de socios para disminuir sus costos y ser más competitivos. En este orden de ideas, el TDLC consideró que el esquema de cargas económicas y derechos políticos igualitarios -es decir, eliminar las categorías de socios- sugerido por la FNE desincentivaría a algunos productores a entrar a los SGC, pudiendo constituir los costos de ingreso un impedimento a la entrada. En cambio, si tales derechos y cargas fueran proporcionales a los residuos introducidos en el mercado -en línea con lo sugerido por el Ministerio de Medio Ambiente-, se generaría el riesgo de concentración del poder en los socios de mayor tamaño o que introducen más residuos³².

Velando por el respeto al acceso abierto y a la participación equitativa, el TDLC fue de la opinión que la existencia de categorías de socios con cuotas de incorporación y derechos disímiles otorga flexibilidad a los SGC, permite que los productores se autoseleccionen y promueve el ingreso de nuevos socios -en especial los que introducen

28 Informes N° 26 (par. 20), 27 (par. 14), 28 (par. 14), 29 (par. 46), 30 (par. 48) y 31 (par. 19).

29 Otros temas interesantes que no podrán ser revisados dada la extensión de este artículo son: (i) la cobertura geográfica exigida por el DS 12 y sus implicancias en eventuales coordinaciones de los SGC de envases y embalajes (Informes N° 26, pars. 23-26; y 28, pars. 17-20); (ii) las directrices impuestas por el TDLC para los convenios con municipalidades -o sus asociaciones- respecto de envases y embalajes, en especial la implementación práctica de obligaciones como la prohibición de pactar exclusividades (Informes N° 26, cond. A.10); y 28, cond. B.4); y (iii) la obligación de productores de neumáticos relacionados entre sí a optar por un único SGC para la gestión de neumáticos de categoría A (Informes N° 29, cond. A.10; y 30, cond. A.12).

30 La excepción es el caso de Envases no Domiciliarios, ver Informe N° 27, par. 61 (de parte expositiva).

31 Primer Aporte FNE Envases I, pp. 34 y 37-38; Segundo Aporte FNE Envases I, pp. 23-25 y 26-28; Aporte FNE Envases II, pp. 31-32 y 34-35; y aporte de antecedentes de FNE en caso Neumáticos II, de fecha 13 de abril de 2022 (Aporte FNE Neumáticos II), pp. 48-52.

32 Informes N° 26 (pars. 115-118), 28 (pars. 97-99), 29 (pars. 80-82) y 30 (pars. 83-85).

menos residuos en el mercado-, todo lo cual está alineado con los incentivos de la Ley REP de sumarse a este tipo de sistemas. Desde otra perspectiva, estas distinciones no impiden el acceso equitativo, porque -a propuesta de los solicitantes o por orden del TDLC- cada productor puede escoger en qué calidad desea ingresar y, durante su permanencia en el SGC, cambiarse entre las categorías que existan. Estas dos libertades también mitigan el riesgo de sabotaje o favorecimiento por parte de aquellos socios que tengan la posibilidad de ejercer mayores derechos políticos -en desmedro de, por ejemplo, socios con los que compitan-³³.

En suma, el TDLC resolvió que la existencia de diferentes categorías de socios no impide ni restringe la libre competencia -sujeto ello a ciertas condiciones³⁴-, conclusión con la que concordamos por dos razones principales (también desarrolladas por el TDLC). Uno, porque en un escenario en que los SGC recién están comenzando a formarse es fundamental generar incentivos fuertes para que los productores se unan a ellos, ya que, en última instancia, el objetivo es cumplir con las obligaciones de la Ley REP de la manera más eficiente. Dos, debido a que en este mismo escenario de nacimiento de los SGC y considerando el incipiente desarrollo del mercado del reciclaje en Chile, estos deben tener suficientes alternativas para organizarse internamente, de manera de alcanzar un funcionamiento óptimo. A su vez, la propia FNE parece haberse alineado con el estándar del TDLC en esta materia, ya que la FNE no objetó las categorías de socios en Envases Agroindustriales, por considerar que los estatutos presentados por los solicitantes contemplaban los criterios fijados por el TDLC en los Informes N° 26 y 28³⁵.

2. Votación de socios de manera individual o por grupo empresarial en las Asambleas

La forma de participación y votación en las Asambleas de aquellos socios de la corporación que forman parte de un mismo grupo empresarial es un aspecto que ha generado divisiones al interior del TDLC y que, debido a ello, ha sido resuelto de manera diversa, permitiéndose en algunos casos la votación individual de cada socio -contrario a lo propuesto por la FNE- y en otros imponiendo la votación por grupo -conforme a lo sugerido por la FNE-, según se detalla en la siguiente tabla.

Caso	Voto individual por socio	Voto único por grupo
Envases I	Vergara, Pastor y Domper	García* y Gorab
Envases no Domiciliarios	Pastor, Domper, Barahona y Paredes	Ningún ministro
Envases II	Domper, Barahona y Paredes	Rojas
Neumáticos I	Solicitantes implementaron recomendación de FNE de voto único por grupo empresarial durante procedimiento.	
Neumáticos II	Barahona y Paredes	Rojas y García
Envases Agro**	Ningún ministro	Paredes, Rojas y Gorab

Fuente: Informes N° 26-31.

Nota: El color verde representa la postura que prevaleció en cada Informe del TDLC.

* El ministro García estuvo por limitar la ponderación del voto del grupo con mayor participación, de modo que su límite máximo sea equivalente al doble del segundo grupo con mayor participación.

** En Envases Agroindustriales la redacción de la regla presentada por los solicitantes -que seguía el criterio de un único voto por grupo- era ambigua, razón por la cual el TDLC impuso su clarificación como condición.

33 Informes N° 26 (pars. 119-122), 28 (pars. 101-104), 29 (pars. 84-87) y 30 (pars. 87-90).

34 Por ejemplo, (i) posibilidad de cambiarse de (o incorporarse en cualquier) categoría si están al día con sus obligaciones y pagan el diferencial de cuota de incorporación (Informes N° 26, 28, 29 y 30, cond. A.1); (ii) derecho de los socios de número a ser informados de la marcha ordinaria de la corporación (Informe N° 30, cond. A.2).

35 Aporte de antecedentes de la FNE en caso Envases Agroindustriales, de fecha 04 de octubre de 2022, pp. 30-31.

En esencia, la postura de la FNE es que tanto la normativa -Ley REP y DL 211- como la jurisprudencia del TDLC reconocen que los agentes de un grupo empresarial deben ser tratados como una unidad, siendo incompatible con la libre competencia que el trato a dichos agentes dependa de la estructura corporativa que cada cual adopte³⁶. Desarrollando esa postura, el TDLC indicó que los miembros de un grupo empresarial representan un único interés, sin existir elementos para acreditar que cada entidad actuará de manera autónoma, lo que genera un riesgo de sobrerrepresentación de los intereses del grupo respectivo y, por esa vía, que el SGC actúe en beneficio de algunos -pero no todos- sus socios³⁷. Explayándose más sobre este eventual problema, la ministra Gorab indicó en un voto de minoría que la votación por socio “puede generar incentivos para que un grupo empresarial se divida y cree múltiples razones sociales ad-hoc a fin de acceder a más derechos políticos, aun cuando ese grupo contemple sociedades que no tienen independencia para tomar decisiones comerciales y actúan como una única fuerza competitiva en el mercado”³⁸.

Por el contrario, la opinión del TDLC en los tres primeros casos -todos de envases y embalajes- fue que los intereses de productores del mismo grupo empresarial no necesariamente son homogéneos y que, de hecho, pueden estar sujetos a metas diversas, no habiendo en la Ley REP ni en su normativa asociada ninguna restricción respecto a que cada socio de un grupo vote de manera individual. Además, el TDLC estimó que los riesgos de que un socio controlador perjudique a un competidor socio del SGC, utilice el SGC para su beneficio o favorezca a un gestor relacionado, son mitigados con otros resguardos, tales como deberes de abstención en caso de conflicto de interés, requisitos para ser director (directores independientes) y la existencia de Comités de Auditoría y Compliance, siendo innecesario restringir los derechos políticos de los miembros de un grupo aun cuando actúen en función de un interés común³⁹.

Coincidimos con esta última postura del TDLC. No solo por las razones abstractas ya indicadas, sino porque en los hechos la materialización de este riesgo parece improbable: al menos en Envases II la propia FNE constató que no existían -en esa fecha- socios que formarían parte del mismo grupo⁴⁰; y porque, de ocurrir lo avizorado por la ministra Gorab -proliferación de razones sociales para aumentar los derechos políticos-, los primeros que reaccionarían serían los demás socios del SGC respectivo, previniendo que se acaparen derechos políticos de manera instrumental.

En cualquier caso, sería conveniente que en temas como este -en que no parecen haber cuestiones fácticas que justifiquen un tratamiento diferenciado a los SGC-, el TDLC adopte una postura que brinde certeza jurídica⁴¹, no solo a los socios de SGC en vías de constitución -o ya constituidos-, sino también a aquellos productores de otros productos prioritarios sujetos a la Ley REP que, en un futuro cercano, comiencen los trámites para lograr dicho objetivo.

36 Primer Aporte FNE Envases I, pp. 38-39; Segundo Aporte FNE Envases I, pp. 29-33; Aporte FNE Envases II, pp. 36-38; y Aporte FNE Neumáticos II, pp. 53-54.

37 Informe N° 30, pars. 74 y 96-98.

38 Informe N° 26, par. 1 del voto de minoría de la ministra Gorab.

39 Informes N° 27 (pars. 80-82) y 28 (pars. 110-113). En el mismo sentido, Informe N° 26, pars. 129-130 y, especialmente, la resolución del TDLC de fecha 25 de agosto de 2022 que rechazó la reposición de la FNE en contra del Informe N° 26 en Envases I.

40 Aporte FNE Envases II, p. 36. En Envases no Domiciliarios la FNE no indicó en sus aportes si existirían o no socios en dicha situación. Aporte de antecedentes de la FNE en Envases no Domiciliarios, de fecha 2 de mayo de 2022 (Primer Aporte FNE Envases no Domiciliarios) y aporte de antecedentes de la FNE en Envases no Domiciliarios, de fecha 1 de julio de 2022.

41 La inconsistencia del TDLC en este y otros aspectos también es parte del recurso de reclamación de la FNE en Neumáticos I y II, pero discrepamos de la posición asumida por la FNE porque su recurso abarca cuestiones resueltas de manera diversa por el TDLC en atención a que existían circunstancias fácticas subyacentes diferentes en unos y otros casos (véase la sección III.6, sobre forma de adjudicar las licitaciones).

3. Autonomía para determinar el modelo tarifario.

El modelo tarifario en virtud del cual se determinan las diferentes contribuciones económicas que los socios deben pagar a la corporación para la gestión de los residuos encuentra diversas formas de definición en los diferentes SGC que hasta el momento han sido conocidos por el TDLC. Así, en el caso de Envases I, Envases no Domiciliarios, Neumáticos I y Envases Agroindustriales, las solicitantes optaron por incluir un panel (o comité) técnico en los estatutos respectivos, difiriendo en su composición (miembros independientes o directores) y el procedimiento de aprobación del mismo (por parte del directorio o de la asamblea de socios)⁴². En el caso de Envases II se optó por que un tercero independiente defina el modelo tarifario a utilizar, mientras que en Neumáticos II el modelo tarifario sería determinado por el directorio y luego aprobado por la asamblea de socios⁴³.

La FNE, por su parte, estimó que la determinación relativa al modelo tarifario debiera⁴⁴:

“(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 SGC[NFU]; (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 explicita 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”.

El TDLC, al analizar esta temática, indicó que “[s]in 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 SGC[NFU] 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”⁴⁵. De manera concreta, y en línea con lo anterior, estimó que la propuesta de Envases II “no supone una afectación a la libre competencia, en cuanto ese desarrollo [el del modelo tarifario por parte de un tercero] se conforme a parámetros objetivos y conocidos por todos los socios”⁴⁶. En el caso de Neumáticos II, el TDLC también aceptó lo planteado por los solicitantes, reconociendo que el riesgo de dejar fuera de esta materia a los socios de número se minimiza dado que se trata de un mercado incipiente en que habrá competencia para captar socios de número y por lo tanto hay incentivos para que el modelo tarifario no los perjudique⁴⁷.

42 Informes N° 26, (par. 48, parte expositiva), 27 (par. 90-92, parte expositiva), 29 (pars. 118-120); y N°31 (par. 3.43, parte expositiva).

43 Informes N° 28 (par. 129) y 30 (par. 111).

44 Aporte FNE Neumáticos II, p. 64. En el mismo sentido, Primer Aporte FNE Envases I, p. 46; Primer Aporte FNE Envases no Domiciliarios, p. 44; Aporte FNE Envases II, p. 45 (aunque no exigiendo el mismo nivel de independencia al panel técnico; Aporte FNE Neumáticos I, p. 58; y aporte de antecedentes de FNE de fecha 4 de octubre de 2022 en Envases Agroindustriales (Primer Aporte FNE Envases Agroindustriales), pp. 33-34.

45 Informe N° 30, par. 111. En términos similares el TDLC rechazó extender las inhabilidades de los directores a los miembros del panel técnico en Neumáticos II, ya que “el objeto de este informe no es imponer un modelo óptimo a las Solicitantes, sino resguardar que las reglas de los Estatutos no infrinjan o restrinjan la libre competencia”. Informe N° 29, par. 120. Inversamente, en Envases Agroindustriales estimó que extender los requisitos para ser director a los miembros del Panel Técnico “es razonable por cuanto permite resguardar la independencia de las personas que desempeñen estos cargos relevantes y así, precaver riesgos anticompetitivos como los de traspaso de información comercial sensible y de discriminación en desmedro de algunos asociados del SGC”. Informe N° 31, par. 94.

46 Informe N° 28, par. 130.

47 Informe N° 30, par. 112.

Respecto a este punto, coincidimos con el análisis y conclusiones del TDLC en cuanto a que los productores deben tener autonomía para definir el modelo tarifario que mejor se ajuste a su plan operacional y corporativo, en la medida que este modelo se rija por parámetros objetivos y sea previamente conocido por los socios. En este orden de ideas, un punto relevante a considerar es que el financiamiento de la Ley REP recae en los socios y, en última instancia, en los consumidores finales. Así, un esquema diferente al propuesto por la FNE puede generar ahorros importantes para los productores, por lo cual es importante que los SGC tengan la posibilidad de elegir la alternativa que les pueda resultar más conveniente.

4. Directores independientes para los SGC

Un aspecto que fue observado por la FNE a todos los SGC fue la independencia que deben tener ciertos cargos dentro la corporación, con el fin de precaver el riesgo relativo al traspaso de información comercial sensible y la discriminación hacia algunos de los socios del SGC. La postura de la FNE en este punto es que ciertos cargos -como los de director, contralor y miembros del panel técnico- deben sujetarse a ciertas inhabilidades con el fin de resguardar la independencia. Estas inhabilidades dicen relación con que las personas que sean nombradas en dichos cargos no deben haber ejercido labores (sea relación de trabajo o cualquier tipo de servicio) en empresas socias del SGC o empresas de gestión de residuos durante: (i) los seis meses previos al nombramiento, ni (ii) los seis meses luego de haber cesado en el cargo en el SGC correspondiente, debiendo aplicarse estas inhabilidades cuando se presenten de forma sobreviniente⁴⁸.

En Envases I, Envases II, Neumáticos I, Envases No Domiciliarios y Envases Agroindustriales se incluyeron las inhabilidades previas para ejercer el cargo de director, pero en el caso de Envases Agroindustriales no se agregó la inhabilidad posterior indicada por la FNE. En el caso de Neumáticos II no se incluyeron inhabilidades con el fin de resguardar la independencia de los directores respecto de los socios, basado en el costo que esto puede acarrear al sistema. El TDLC opinó que es relevante que existan directores independientes toda vez que estos⁴⁹:

“entre otros elementos del gobierno corporativo de los SGC, permiten precaver riesgos unilaterales asociados a la existencia de derechos políticos diferenciados, en que diversas categorías de socios tengan distinta influencia en la conducción de la Asociación (v.gr., sabotaje al interior de la asociación, es decir, que los socios con más derechos obtengan ventajas porque actúan en su exclusivo beneficio y en perjuicio de otros socios que son sus competidores en los mercados aguas arriba, Informe N° 26/2022, §122).”

Siguiendo esta lógica, y en atención a que no generaría costos significativos, el TDLC ordenó en Neumáticos II la incorporación de una inhabilidad para los directores relativa a los socios del SGC⁵⁰. Sin embargo, respecto a la inhabilidad posterior de los directores, el TDLC indicó que esta podría tener “incidencia negativa en la movilidad laboral y, por tanto, en la competencia en el mercado del trabajo”⁵¹ y, así, declinó acoger la propuesta de la FNE sobre este requisito en Envases Agroindustriales. Estimamos que ambas decisiones reflejan la consideración de los costos que las reglas en cuestión generan, por un lado, en el propio SGC, y, por otro lado, en mercados vinculados a los SGC.

48 Primer Aporte FNE Envases I, pp. 41-42 y 46-48; Primer Aporte FNE Envases no Domiciliarios, pp. 41-42; Aporte FNE Envases II, p. 40; Aporte FNE Neumáticos I, pp. 50-51 y 58; Aporte FNE Neumáticos II, pp. 56-60 y 67; y Primer Aporte FNE Envases Agroindustriales, pp. 32-35.

49 Informe N° 31, para. 90

50 Informe N°30, par. 135.

51 Informe N° 31, par. 92.

5. Sistema de auditoría o *compliance* interno

En cuanto al sistema de auditoría interno, o *compliance*, el fin es poder mitigar los posibles riesgos existentes que surgen por la naturaleza de la colaboración conjunta entre productores, tal como el traspaso de información entre dos socios o más que participen en un mismo mercado aguas arriba en que venden productos o servicios idénticos o sustitutos. La FNE en sus aportes de antecedentes indicó que, basado en la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema⁵², a nivel de estatutos debía incluirse: “(i) obligatoriedad de implementar un programa de *compliance* que satisfaga los requisitos de la Guía sobre Programas de Cumplimiento, el que deberá contemplar el mayor nivel de efectividad contemplado en ella”⁵³ o, en términos similares, “que deberá contemplar el mayor nivel de intrusión contemplado en ella”⁵⁴.

En todos los casos, excepto en Neumáticos II, las Solicitantes incluyeron en sus estatutos la implementación de un programa de *compliance* para evitar o mitigar los riesgos anticompetitivos, en especial, el relacionado al traspaso de información entre socios. Sin embargo, en Neumáticos II el TDLC no ordenó incluir la obligación de implementar un programa de cumplimiento a nivel estatutario, sino que estimó como suficiente para tales efectos la obligación de que exista un Comité de Auditoría y Compliance⁵⁵.

En relación a esta temática sobre sistemas de auditoría y *compliance*, creemos que la decisión del TDLC ha sido adecuada en cuanto a no imponer una regulación detallada del programa de *compliance* en los estatutos. Si bien existiría un riesgo de traspaso de información dada la naturaleza misma de los SGC, los resguardos que en general se tomaron respecto a estas problemáticas -tal como la obligación de no traspasar información que asumen los socios, la suscripción de acuerdos de confidencialidad, la limitación de quienes pueden asistir a las instancias en que se reúnan los socios y la regulación del manejo interno de la información- son medidas que mitigan suficientemente dicho riesgo.

Se debe tener también en vista que una medida como la solicitada por la FNE, es decir, de consagrar en los estatutos la obligación de tener un programa de *compliance* con el más alto estándar -mayor nivel de “efectividad” o “intrusión”-, es un tipo de medida que en general se impone en casos de colusión por un periodo acotado, donde se entiende que cualquier otro resguardo previamente existente no fue suficiente para evitar la ocurrencia del riesgo, lo que amerita que el TDLC y/o la Corte Suprema ordenen la implementación de un programa de *compliance* con requisitos estrictos para evitar la reiteración de ilícitos colusorios.

Sin embargo, la situación de los SGC es muy diferente, dado que los productores tienen la obligación legal de cumplir con las metas establecidas por la Ley REP, y la forma más eficiente de hacerlo es a través de un SGC. Debido a esto, imponer mecanismos de auditoría y *compliance* en extremo detallados y exigentes a los SGC -con un estándar similar al que se impone a empresas condenadas por colusión- parece excesivo y oneroso, sobre todo considerando las demás medidas adoptadas para precaver los riesgos a la competencia. En este sentido, también se debe tener presente el potencial efecto de imponer un estándar tan elevado: de llegarse a incumplir parte de las obligaciones del programa los SGC podrían ser objeto de un requerimiento por parte de la FNE como en el caso de Laboratorio Biosano⁵⁶, siendo que en actividades económicas colaborativas los agentes no tienen cargas similares⁵⁷.

52 Véanse las sentencias N° [160/2017 TDLC](#), N° [165/2018 TDLC](#), N° [167/2019 TDLC](#), y N° [172-2020 TDLC](#); y las sentencias de la Excm. Corte Suprema dictadas en las causas Rol N° 1531-2018, N° 278-2019, N° 9361-2019, y N° 16.986-2020

53 Primer Aporte FNE Envases I, p. 48; y Aporte FNE Envases II, p. 46 (destacado propio).

54 Aporte FNE Neumáticos I, p. 60; y Aporte FNE Neumáticos II, p. 67 (destacado propio).

55 Informe N°30, para. 128.

56 Requerimiento de la FNE en contra de Laboratorio Biosano S.A., causa rol N°480-2023.

57 Las excepciones serían los ya mencionados casos de colusión, otros casos particulares de medidas impuestas por el TDLC y/o la Corte

6. Adjudicación en licitaciones ponderando oferta técnica y económica, o sistema de adjudicación en dos etapas

El último tema en que existió fuerte debate entre los solicitantes de algunos procedimientos, y la FNE es en la forma de evaluar las ofertas en las licitaciones: considerando aspectos técnicos y económicos, o a través de un sistema de dos etapas en que, superados los requisitos técnicos iniciales, la adjudicación se basa únicamente en los precios ofrecidos. En todos los casos en que los solicitantes perseveraron en poder adjudicar ponderando la oferta técnica⁵⁸ -Neumáticos I y II- el TDLC aceptó dicha posibilidad, mientras que en Envases Agroindustriales permitió la implementación de un sistema en dos etapas, adoptando así una acepción menos estricta que la planteada por la FNE -en que la adjudicación no depende únicamente de la dimensión económica⁵⁹.

La FNE sustentó su postura en que las exigencias técnicas contenidas en las BALI debieran tener un carácter mínimo y estar dirigidas a asegurar la correcta prestación de los servicios⁶⁰, dependiendo la adjudicación de variables exclusivamente económicas⁶¹. En cambio, el TDLC opinó que los antecedentes disponibles no permitían confirmar que los servicios en cuestión -recolección y valorización en Neumáticos II, y solamente esta última gestión en Neumáticos I- alcancen un nivel de homogeneidad que amerite aplicar el modelo de dos etapas propuesto por la FNE y que dado lo incipiente de los mercados existe un legítimo interés de priorizar la calidad o cumplimiento del servicio⁶², afirmando además que⁶³:

“en este estadio de análisis no es posible afirmar que un mecanismo en particular sea superior a otro en cuanto a su eficiencia asignativa, lo cual tampoco es materia que corresponda ser revisada en esta sede. Sobre ello, es el ente licitante quien debe ponderar las exigencias técnicas del servicio a licitar considerando, por un lado, el beneficio de una mayor probabilidad en el cumplimiento de sus metas, pero, por otro lado, el perjuicio de generar costos superiores a aquellos que se podrían lograr sin dicha exigencia. En consecuencia, el desempeño de cada mecanismo de adjudicación viene dado por la promoción de la competencia y la variedad de propuestas en el mercado, siendo así el proceso competitivo el que eventualmente determine la eficacia de un mecanismo por sobre otro. Por ese motivo, es necesario velar porque dicho proceso sea lo más competitivo, alcanzando eficiencias no solo en costos, sino que también en otros aspectos como la calidad o innovación, entre otros”.

Suprema y los remedios que las partes pudieren ofrecer para obtener la aprobación de una operación de concentración. Todos estos supuestos difieren de la situación de los SGC, en que la conformación del sistema no es plenamente voluntaria, sino la forma más eficiente de cumplir con obligaciones legales e infralegales.

58 En Envases I y II los solicitantes migraron a un sistema en dos etapas luego de las sugerencias de la FNE (Informes N° 26, par. 156, y 28, par. 148), mientras que en Envases no Domiciliarios no existen licitaciones ni se presentaron BALI dado el modelo de *monitoring* elegido por los productores de este SGC (Informe N° 27, par. 21).

59 Informe N° 31, par. 130.

60 Esto, de manera consistente con decisiones previas del TDLC, tales como las Resoluciones N° [63/2021](#) y [66/2021](#).

61 Aporte FNE Neumáticos I, pp. 92-94; y Aporte FNE Neumáticos II, pp. 98-99. La FNE también justificó su argumentación en que un informe económico de Rodrigo Harrison y José Carrasco presentado en Envases I recomendó un sistema de dos etapas. La FNE desarrolló con mayor profundidad sus ideas en los recursos de reclamación en los casos de Neumáticos (véase nota al pie 63).

En Envases Agroindustriales, la FNE criticó que, pese a que las solicitantes declararon estar adoptando un modelo de dos etapas, la adjudicación seguía ponderando elementos técnicos. Aporte FNE Envases Agroindustriales, de fecha 7 de diciembre de 2022, p. 10.

62 Informes N° 29 (par. 145) y 30 (pars. 183-184). El TDLC además indicó la consistencia de este criterio con el adoptado en decisiones anteriores como la Resolución N° 71/2022.

63 Informes N° 29 (par. 146) y 30 (par. 185) (destacado propio).

Si bien la FNE interpuso recursos de reclamación en contra de los Informes N° 29 y 30 debido a la postura del TDLC en esta materia⁶⁴, estimamos que lo decidido por el TDLC es acertado. Primero, porque reconoce la importancia de considerar las circunstancias fácticas de cada SGC y producto prioritario -particularmente, homogeneidad o no de los servicios- al momento de emitir los informes conforme a la Ley REP. Segundo, debido a que reafirma que este procedimiento específico no busca reemplazar las decisiones de los solicitantes para alcanzar el resultado más eficiente y que, de todos modos, las eficiencias dinámicas (en calidad o innovación) también juegan un rol para los SGC. Tercero, ya que entrega -de manera concreta- un razonable nivel de deferencia con los productores solicitantes, dándole libertad al SGC para escoger -y luego modificar, de ser necesario- el mejor mecanismo de adjudicación en base al funcionamiento real del mercado.

IV. LECCIONES EN MATERIA DE LEY REP

De los 6 procedimientos no contenciosos que ya han culminado con la emisión de un informe por parte del TDLC podemos desprender lecciones tanto procesales como sustantivas, además de ciertas interrogantes de diseño institucional. Por el lado procesal, la Corte Suprema acogió los recursos de hecho interpuestos por la FNE en contra de las resoluciones del TDLC que rechazaron sus recursos de reclamación en contra de los Informes N° 29 y 30 (Neumáticos I y II, respectivamente)⁶⁵. Esta posibilidad es ciertamente paradójica, dado que se han acogido recursos de reposición en contra de este tipo de informes⁶⁶; y, además, aumenta la duración e incertidumbre asociada a los diversos trámites y autorizaciones que requieren los SGC para entrar en funcionamiento, teniendo en cuenta que existen plazos asociados a la Ley REP que los productores deben cumplir.

En términos sustantivos, el principal aprendizaje es que el TDLC reconoció que su rol al emitir informes conforme a la Ley REP no es establecer reglas óptimas -desde la perspectiva de competencia o de eficiencia-, sino “simplemente” evitar la materialización de riesgos competitivos. Así, la perspectiva del TDLC se vislumbra no solo como menos exigente que la de la FNE, sino más respetuosa y deferente con la autonomía de los productores, que a través de sus propuestas e ideas buscan y plantean maneras adecuadas de cumplir con sus obligaciones legales -tanto aquellas derivadas de la Ley REP como aquellas comunes del DL 211-.

De manera concreta, las seis decisiones del TDLC que han sido examinadas en este artículo, permiten concluir que:

- Es aceptable que existan categorías de socios con derechos políticos y cargas económicas diferenciadas, en la medida en que se permite la movilidad entre estas.

64 La desestimación del sistema de dos etapas por parte del TDLC es -en nuestra opinión- el principal fundamento que llevó a la FNE a interponer recursos de reclamación en Neumáticos I y II, siendo los otros dos que el TDLC no resolvió si determinadas reglas u omisiones de las BALI tenían efectos anticompetitivos; y que los Informes N° 29 y 30 fueron inconsistentes y contradictorios entre sí y respecto a los Informes N° 26 y 28.

En suma, los argumentos *específicos* de la FNE en materia de adjudicación de las licitaciones fueron que: (i) solo el modelo de adjudicación en 2 etapas evita efectivamente los riesgos anticompetitivos, previniendo que se encarezca injustificadamente la asignación de los servicios; (ii) el TDLC no desarrolla antecedentes técnico-económicos suficientes para desviarse de sus decisiones previas; y (iii) el TDLC no explica por qué la gestión de neumáticos generaría riesgos sustancialmente menores a la de envases y embalajes que justifiquen que en torno a la primera no se adopte el modelo de 2 etapas como resguardo, siendo que en esta última sí se incorporó. Recursos de reclamación de FNE de fecha 19 de diciembre de 2022 en Neumáticos I y II.

65 Recursos de hecho de la FNE de fecha 28 de diciembre de 2022 y resoluciones de la Corte Suprema de fechas 28 de marzo de 2023, causa Rol 170.487-2022; y, 27 de junio de 2023, causa Rol 170.486-2022. Los recursos de reclamación de la FNE en Neumáticos I y II se están tramitando actualmente ante la Corte Suprema bajo los Roles 64.899-2023 y 169.526-2023, respectivamente.

66 De hecho, en Neumáticos I las solicitantes repusieron con fecha 13 de diciembre de 2022, recurso que fue acogido parcialmente por el TDLC con fecha 22 de diciembre de 2022. A mayor abundamiento, en Envases I la FNE, el MMA y la Asociación Metropolitana de Municipalidades de Santiago Sur repusieron en contra del Informe N° 26, habiendo el TDLC acogido los últimos dos con fecha 25 de agosto de 2022.

- La permisión de la votación individual por parte de los socios dependerá de la conformación del TDLC al momento de emitir el informe respectivo.
- El modelo tarifario puede ser determinado por un panel externo, por terceros o por los órganos propios de la corporación del SGC.
- Las corporaciones en que se alojen los SGC deben contar con directores independientes, aunque ciertas inhabilidades posteriores no son indispensables.
- El programa de *compliance* de los SGC puede no estar detallado en los estatutos y no necesariamente tiene que cumplir con el estándar de la Guía de Programas de Cumplimiento de la FNE.
- La adjudicación de las licitaciones puntuando aspectos económicos y técnicos es aceptable, al menos cuando se trate de servicios de gestión no homogéneos, aunque habrá que esperar el pronunciamiento de la Corte Suprema en esta materia.

Finalmente, desde la perspectiva del diseño institucional, cabe preguntarse por la conveniencia de que sea el TDLC el organismo llamado a revisar las reglas de incorporación de asociados y de funcionamiento, y las BALI de los SGC. Ello, en especial considerando que el propio TDLC ha interpretado que existe una obligación legal de someter a su conocimiento las modificaciones posteriores a tales reglas y a las BALI -imponiendo en algunos casos tal obligación como una condición de sus informes⁶⁷ y que en un período de menos de dos años se presentaron solicitudes relativas a siete SGC de tan solo dos tipos de productos prioritarios.

Consecuentemente, en años venideros podrían iniciarse uno o más procedimientos no contenciosos por cualquiera de los seis SGC que ya cuentan con informes favorables -siete si consideramos el procedimiento en curso asociado a Neumáticos III-; y, en paralelo, SGC de aceites lubricantes, de pilas y aparatos eléctricos y electrónicos y de baterías podrían solicitar informes favorables al TDLC una vez que se publiquen los decretos supremos respectivos, lo que ciertamente podría aumentar la ya elevada carga del TDLC. Por ello, deberían evaluarse alternativas para reducir la cantidad de casos a ser decididos por el TDLC, por ejemplo, que sea el TDLC quien revise las BALI y las reglas respectivas al emitir los informes favorables y que la FNE esté a cargo de las modificaciones posteriores.

67 Ver, por ejemplo, resolución de fecha 25 de agosto de 2022 en Envases I, p. 2; e Informes N° 27 (cond. 3), 28 (cond. B.7) y 29 (cond. A.9).



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Catalina González Verdugo y Cristóbal Lema Abarca, "Ley REP y Libre Competencia: De la Teoría a la Práctica - Segunda Parte", *Investigaciones CeCo* (agosto, 2023),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile