

EN LO PRINCIPAL: Recurso de Reclamación; **EN EL OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (S), en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE” o “Fiscalía”), en autos no contenciosos caratulados “*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*”, **Rol NC 504-2022**, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal” o “H. TDLC”) respetuosamente digo:

Dentro de plazo legal y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 31 del texto vigente del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL N° 211”), vengo en interponer recurso de reclamación en contra del **Informe N° 29/2022**, dictado por el H. TDLC con fecha 5 de diciembre de 2022 y notificado a esta Fiscalía con fecha 6 de diciembre del mismo año, en adelante, “**Informe N° 29/2022**” o “**informe recurrido**”, mediante la cual se declaró que las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del Sistema de Gestión Colectivo de Neumáticos Fuera de Uso (“Estatutos de SGN”)¹, así como las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros sometidas a conocimiento del H. Tribunal por ese mismo sistema colectivo de gestión (“BALI”), en el marco de los artículos 24 y 26 letra c) de Ley N° 20.920 de 2016 (“Ley REP”)², no restringen o entorpecen la libre competencia, siempre que fueran incorporados en dichos textos de Estatutos y BALI las modificaciones que se indican en la **sección III)** del mismo informe.

Al respecto, se solicita al H. TDLC tener por interpuesto el presente recurso de reclamación en contra del Informe N° 29/2022 y concederlo para ante la Excm. Corte Suprema, con el objeto de que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, dejando sin efecto el informe recurrido en todas aquellas secciones donde el H. Tribunal consideró indebidamente subsanadas las objeciones de esta Fiscalía en dichos textos de Estatutos o BALI, o bien, consideró que los riesgos detectados se mitigaban adecuadamente con los resguardos adoptados en dichos textos, solicitando se requieran por el H. Tribunal condiciones más efectivas y también,

¹ Presentado al H. Tribunal por un grupo de 4 empresas ligadas al rubro automotriz y de neumáticos, que en adelante se denominan “solicitantes” y que son los agentes constituyentes de este sistema de gestión colectiva de neumáticos usados y fuera de uso (“NFU”). Estas 4 empresas son: Automotores Gildemeister SpA, Fortaleza S.A., Derco Chile Repuestos SpA y Derco SpA.

² Ley N° 20.920, que Establece el Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y el Fomento al Reciclaje.

consistentes con las exigidas y aplicadas por otros sistemas colectivos de gestión de residuos en el marco de la Ley REP; todas razones por las que el Informe N° 29/2022 no se ajusta al DL N° 211, debiéndose reemplazar algunas de sus condiciones o medidas por las propuestas por esta Fiscalía, que se indican en el presente recurso, o bien, por aquellas que realmente permitan precaver los riesgos anticompetitivos detectados y la asimetría que respecto a dichos resguardos se está generando entre los distintos sistemas de gestión colectiva de residuos, dadas las decisiones no uniformes o consistentes del H. Tribunal.

Las consideraciones de hecho y de derecho que fundan el presente recurso de reclamación se exponen en base al siguiente índice:

Índice

| | |
|--|-----------|
| I. CONTEXTO NORMATIVO DEL INFORME N° 29/2022 EN EL MARCO DE LA LEY REP..... | 3 |
| II. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN CONTRA DEL INFORME N° 29/2022..... | 9 |
| III. SÍNTESIS DE LAS OBSERVACIONES LEVANTADAS EN APORTE ANTECEDENTES FNE Y ACOGIDAS POR EL H. TDLC RESPECTO DE TEXTOS DE ESTATUTOS Y BALI DE SGN..... | 12 |
| III.1 Observaciones del Aporte Antecedentes FNE..... | 12 |
| III.2 Observaciones recogidas por el H. TDLC en el Informe N° 29/2022..... | 16 |
| IV. FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS DEL INFORME N° 29/2022 QUE MANTUVIERON O CONSOLIDARON REGLAS QUE IMPIDEN, RESTRINGEN O ENTORPECEN LA LIBRE COMPETENCIA EN EL TEXTO DE LOS ESTATUTOS Y BALI DE SGN..... | 19 |
| IV.1 Desestimación del mecanismo de adjudicación en dos etapas como sistema para la adjudicación de las BALI de Valorización para la gestión de NFU..... | 19 |
| IV.1.1 Argumentos del Aporte Antecedentes FNE y decisión del H. TDLC | 19 |
| IV.1.2 Errores en el razonamiento del H. TDLC sobre la necesidad de adopción del mecanismo de adjudicación de dos etapas en las BALI de Valorización..... | 21 |
| IV.2 Materias donde el H. TDLC omitió resolver si determinadas reglas u omisiones de las BALI tenían efectos anticompetitivos, posponiendo y delegando dicha calificación en un órgano distinto, infringiendo los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP | 24 |
| IV.2.1 Indeterminaciones y ajustes pendientes en el texto de las BALI que fueron indicados en el Aporte Antecedentes FNE y decisión del H. TDLC al respecto | 24 |
| IV.2.2 Ilegalidad en la decisión del H. TDLC de no resolver los efectos potencialmente anticompetitivos de ciertas cláusulas de las BALI, delegándolos a una evaluación o calificación posterior que realizará otro órgano | 25 |

IV.3 Materias donde los ajustes o exigencias previstas en el Informe N° 29/2022 son inconsistentes y contradictorias con las aplicadas por otros sistemas colectivos de gestión de residuos.....28

V. CONCLUSIONES31

I. CONTEXTO NORMATIVO DEL INFORME N° 29/2022 EN EL MARCO DE LA LEY REP

1. Como se indica en el numeral 3. del informe recurrido, con fecha 3 de diciembre de 2021, las solicitantes requirieron al H. Tribunal un informe³ que determinara: **(i)** que en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del "SGN" ("Estatutos"), 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 ("BALI") que acompañaron a la Solicitud, no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.
2. Este pronunciamiento fue solicitado al H. Tribunal en el marco de los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP, disposiciones que en los pertinente indican:

(i) "Artículo 24.- Convenios con gestores. Los sistemas de gestión sólo podrán contratar con gestores autorizados y registrados.

Para tal efecto, 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 para que, con sujeción a las bases fijadas, formulen propuestas para un servicio de manejo de residuos. Las bases de licitación deberán ser entregadas de manera gratuita a los recicladores de base que manifiesten interés en participar. 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. Los sistemas colectivos de gestión deberán contar con un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declare que en dichas bases no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Las licitaciones se ajustarán a los términos que establezca el citado informe.

(...)

Artículo 26.- Autorización de los sistemas de gestión. Los sistemas de gestión serán autorizados por el Ministerio, para lo cual deberán presentar, a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, un plan de gestión que contenga, al menos, lo siguiente:

(...)

³ Que en adelante, también se denomina indistintamente, "informe favorable".

c) Las reglas y procedimientos, en el caso de un sistema colectivo de gestión, para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema, que garanticen el respeto a las normas para la defensa de la libre competencia.

*Para garantizar el cumplimiento de lo anterior, será necesario acompañar un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declare que en las reglas y procedimientos, para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión, no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia*⁴.

3. Sin perjuicio que detalles más específicos acerca del sentido y alcance de la Ley REP y de la gestión colectiva de residuos o *productos prioritarios* que ella habilita se pueden consultar en el aporte de antecedentes de esta Fiscalía (“Aporte Antecedentes FNE”⁵) y en la sección B.1. del Informe N° 29/2022 del H. Tribunal⁶, cabe recapitular indicando que el objeto de la Ley REP es instaurar un nuevo instrumento de gestión ambiental denominado “Responsabilidad Extendida del Productor” o “REP”, cuya finalidad es que los agentes internalicen los costos de la valorización o reciclaje de los productos contaminantes que generan en sus actividades, para lo cual los fabricantes o importadores⁷ deben hacerse cargo del producto⁸ una vez terminada su vida útil, debiendo cumplir con las metas de reciclaje establecidas por el Ministerio del Medio Ambiente (“MMA”) que, en el caso de los neumáticos, fueron fijadas en el Decreto Supremo N° 8 del MMA (“D.S. N° 8”⁹). Habiendo sido establecidas tales metas de recolección y valorización, la Ley REP y el D.S. N° 8 permiten a los importadores o fabricantes de este residuo cumplirlas individualmente o bien, a través de alguno de los sistemas colectivos de gestión que se constituyan al efecto¹⁰, debiéndose asegurar que el tratamiento de los residuos recolectados se realice por gestores autorizados¹¹.

⁴ Énfasis son añadidos. En adelante, salvo mención en contrario, entiéndase que todos los énfasis lo son.

⁵ Presentación de fecha 23 de marzo de 2022, rolante a folio 33 del expediente Rol NC-504-2021 del H. TDLC.

⁶ “Objeto de la solicitud y marco normativo aplicable”, Informe N° 29/2022, pp. 2-3.

⁷ Denominados *Productores de un producto prioritario* o *productores*, definidos según la misma Ley REP como todas aquellas personas que, independientemente de la técnica de comercialización: a) enajenen un producto prioritario por primera vez en el mercado nacional; b) enajenen bajo marca propia un producto prioritario adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor; y, c) importen un producto prioritario para su propio uso profesional. Numeral 21), artículo 3°, Ley REP.

⁸ Lo que corresponde a los *productos prioritarios*, según la definición contenida en el numeral 20) del artículo 3° de la Ley REP, donde se definen como toda aquella “*sustancia u objeto que una vez transformado en residuo, por su volumen, peligrosidad o presencia de recursos aprovechables, queda sujeto a las obligaciones de la responsabilidad extendida del productor, en conformidad a esta ley*”.

⁹ D.S. N° 8 del MMA, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de neumáticos, publicado en el Diario Oficial con fecha de 20 de enero de 2021. Disponible en: <https://bcn.cl/2nbbj> [Última vista: 19 de diciembre de 2022]

¹⁰ Según el artículo 19 de la Ley REP, “*las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor deberán cumplirse a través de un sistema de gestión, individual o colectivo*”.

¹¹ Definiendo la Ley REP al Gestor, como toda “*persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza cualquiera de las operaciones de manejo de residuos y que se encuentra autorizada y registrada en conformidad a la normativa vigente*”. Numeral 10), artículo 3°, Ley REP.

4. Ahora bien, la misma Ley REP autoriza que, mediante los decretos supremos que establezcan metas de valorización, se pueda restringir la aplicación de un sistema individual o uno colectivo, a fin de evitar distorsiones de mercado que pongan en riesgo la efectividad de la REP, o afecten la libre competencia en los términos del DL N° 211¹². En este sentido, si bien el D.S. N° 8 no prohibió alguno de los mecanismos de gestión, sí estableció un importante desincentivo a la gestión individual, señalando que pueden cumplir sus metas de recolección y valorización únicamente en relación a los neumáticos fuera de uso (“NFU”) en que se hayan convertido los neumáticos que esos mismos productores hayan introducido en el mercado, a diferencia de los sistemas de gestión colectivos, que pueden cumplir las metas con los NFU que cualquier productor haya ingresado al mercado¹³.
5. En dicho marco, un sistema colectivo de gestión se entiende como aquel conformado por productores de un mismo producto prioritario¹⁴, que asumen el cumplimiento de sus obligaciones de manera colectiva, constituyendo o incorporándose a una persona jurídica (generalmente una *corporación*), que tiene como fin exclusivo la gestión del respectivo producto prioritario, además de no distribuir utilidades entre sus asociados, y siendo responsable de las obligaciones de la Ley REP ante la autoridad. La Ley REP agrega a su respecto que: *“sin perjuicio de la normativa aplicable a la persona jurídica que se constituya, los estatutos deberán garantizar 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, y podrán establecer una remuneración para sus directores”*¹⁵.
6. La existencia de sistemas colectivos de gestión autorizados por una ley sectorial -en este caso, la Ley REP- reviste de la máxima importancia desde la perspectiva de la competencia, por cuanto, como correctamente reconoce el Informe N° 29/2022¹⁶, estos sistemas suponen una colaboración permanente entre empresas que pueden ser

¹² Inciso segundo del artículo 19, Ley REP.

¹³ *“Sistemas de gestión. Los sistemas de gestión podrán ser individuales o colectivos.*

Los sistemas individuales de gestión deberán dar cumplimiento a sus metas de recolección y valorización únicamente con los NFU en que se conviertan los neumáticos que esos mismos productores hayan introducido en el mercado”. Incisos primero y segundo del artículo 9° del DS 8.

¹⁴ Debiendo estar integrados exclusivamente por productores, salvo que el respectivo decreto supremo de fijación de metas permita la integración de distribuidores u otros actores relevantes (inciso segundo del artículo 20 de la Ley REP). Según el artículo 10 del D.S. N° 8, no obstante, los sistemas colectivos de gestión de NFU deben integrarse exclusivamente por productores.

¹⁵ Inciso quinto del artículo 20, Ley REP. En los incisos sexto y séptimo siguientes al antes citado, se agrega: *“Los productores deberán financiar los costos en que incurra la referida persona jurídica en el cumplimiento de su función, en base a criterios objetivos, tales como la cantidad de productos comercializados en el país y la composición o diseño de tales productos, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo que establezca las metas y otras obligaciones asociadas de cada producto prioritario.*

En caso de extinción de la persona jurídica, sus bienes pasarán a otro sistema colectivo de gestión o a los productores asociados, según sus estatutos”.

¹⁶ Considerando 5 del Informe N° 29/2022 del H. TDLC.

competidoras en distintos mercados, lo cual 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 intercambiarse, todo lo cual entrega incentivos que facilitan la colusión, así como una limitación o disminución de la independencia en la toma de decisiones de las empresas que lo integran, o bien, se aumenta la concentración del mercado. Precisamente en razón de dichos riesgos de relevancia¹⁷, la Ley REP ha requerido la participación de la institucionalidad de la libre competencia en relación con las reglas y procedimientos de incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de los sistemas colectivos¹⁸, que se incluyen en los Estatutos que diseñe el respectivo sistema colectivo de gestión.

7. Por las señaladas razones de riesgos inherentes en la figura de los sistemas colectivos de gestión, reconocidas en el diseño de la misma Ley REP que ordena el control *ex ante* o preventivo de dichas reglas, se desprende la necesidad de llevar a cabo un análisis minucioso respecto a los distintos aspectos que involucra el funcionamiento de SGN, en materias tales como la neutralidad en la toma de decisiones, el manejo de los conflictos de interés y la independencia de los órganos de administración y de gestión del sistema.
8. En cuanto a las BALI para la contratación de los servicios de manejo de residuos que deben contratar los sistemas colectivos, en cambio, los riesgos son los propios de todo proceso licitatorio, donde los oferentes pueden coordinarse respecto de las distintas variables competitivas, siendo los principales factores de riesgo un bajo número de potenciales oferentes, la escasa o nula entrada de nuevos participantes y la repetición de procesos de licitación, entre otros¹⁹. En estos procesos licitatorios el objetivo es lograr *eficiencia asignativa*, evitando que los costos asumidos por las empresas sujetas

¹⁷ En el Aporte Antecedentes FNE, debido a esta estructura que agrupa competidores de modo permanente y estable en el tiempo, se califica a estos sistemas colectivos como acuerdos de colaboración o *joint venture* entre competidores de distintos mercados. En ese contexto, agregó el Aporte Antecedentes FNE: “en caso que las interacciones que se den con motivo de la conformación y funcionamiento de estos sistemas no tengan resguardos que eviten conductas contrarias a la competencia, el daño puede producirse en múltiples mercados e industrias, así como afectar a los consumidores finales del residuo que la Ley REP ordena valorizar a los productores, en este caso, neumáticos”. Párrafo 30 del Aporte Antecedentes FNE, pp. 14-15.

¹⁸ En el mismo sentido, también el Aporte Antecedentes FNE agrega que en un acuerdo de colaboración como el de un sistema colectivo de gestión, se facilitan las condiciones de detección y castigo de desvíos de conducta, dada su duración indefinida en el tiempo, la posibilidad de transferencia de información estratégica y el contacto recurrente entre representantes de empresas competidoras.

¹⁹ “Por todo lo anterior, los énfasis en el análisis de las bases de licitación (BALI), se deben centrar 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 para que puedan preparar adecuadamente sus planes de negocios, con miras a promover la participación del mayor número de oferentes, y consecuentemente, imprimir el mayor dinamismo competitivo posible”. Aporte Antecedentes FNE, párrafo 40, pp. 17-18.

a la Ley REP tengan como consecuencia un aumento general en el nivel de precios que enfrentan los consumidores respecto del producto final, en este caso, neumáticos.

9. En suma, tanto en materia de reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de los sistemas colectivos (Estatutos), como en las reglas y diseño de los procesos licitatorios (BALI) para la contratación de empresas de gestión que lleven a cabo los objetivos de recolección y valorización propios del sistema; la revisión del H. Tribunal debía ser *minuciosa* y *exigente*, requiriendo a los promotores de todo sistema colectivo la adopción de las medidas y resguardos estructurales y conductuales *necesarios* e *idóneos* para precaver o mitigar efectivamente que las reglas de Estatutos y BALI impidieran, restringieran o entorpecieran la competencia, considerando los riesgos implícitos detectados en ambas fases del análisis. Este espíritu lo refleja la misma Ley REP de un modo prácticamente explícito, al consagrar a la libre competencia como uno de sus principios rectores²⁰, en su artículo 2°, literal e)²¹⁻²².

10. Sin perjuicio que esta Fiscalía comparte con el H. Tribunal que distintos sistemas de gestión pueden adoptar distintas estructuras corporativas o reglas de licitación, sin establecer un modelo único, y que el objetivo que su revisión es evitar que se concreten los riesgos que puedan surgir en su conformación²³, en este caso concreto, el análisis efectuado termina matizando la aplicabilidad del principio de libre competencia en la revisión de los textos de Estatutos y BALI de un sistema de gestión colectivo.

11. Dicha interpretación omite la necesidad de cierta *consistencia* en los criterios y exigencias aplicados a los distintos sistemas de gestión ante riesgos equivalentes pues, como se desprende de lo señalado *supra*, los riesgos presentes tanto en las reglas de funcionamiento, como de acceso y participación de nuevos socios, además de las propias del diseño de los procesos licitatorios a que llamen estos sistemas de gestión colectivos, son, en esencia, *los mismos* para todos ellos, pues todos suponen

²⁰ Además de los siguientes principios, indicados todos en el artículo 2° de la Ley REP: 1) El que contamina paga, 2) Gradualismo, 3) Inclusión; 4) Jerarquía en el manejo de residuos, 5) Participativo, 6) Precautorio, 7) Preventivo, 8) Responsabilidad del generador de un residuo, 9) Transparencia y Publicidad, 10) Trazabilidad.

²¹ "Artículo 2°.- Principios. Los principios que inspiran la presente ley son los siguientes: (...) e) Libre competencia: El funcionamiento de los sistemas de gestión y la operación de los gestores en ningún caso podrá atentar contra la libre competencia".

²² Además de señalarse como principio rector de la Ley REP en el literal e) del artículo 2°, la libre competencia se menciona en las siguientes materias transversales de dicho cuerpo normativo, lo que revela la importancia que le ha otorgado el legislador: 1) como posible criterio para limitar o restringir la procedencia de sistemas individuales o colectivos de gestión (inciso segundo, artículo 19); 2) como criterio que rige la participación -*equitativa*- de los socios entre sí y con respecto al sistema; 3) como criterio de revisión por el H. Tribunal respecto a las reglas establecidas en las BALI, para la contratación a terceros de los servicios de gestión de residuos; y, 4) como criterio de revisión por el H. Tribunal respecto a las reglas y procedimientos, en el caso de un sistema colectivo de gestión, para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema.

²³ Considerando 6 del Informe N° 29/2022 del H. TDLC.

una colaboración o *joint venture* permanente entre posibles competidores, que además se encuentran facultados para desarrollar licitaciones que potencialmente pueden llevar a resultados que se alejen de la *eficiencia asignativa* que debe perseguirse en estos procesos.

12. Dado ello, si se quisiese hacer distinciones o diferencias entre sistemas colectivos, es particularmente relevante justificar que éstas se fundamenten en circunstancias diferentes, cuestión que el H. Tribunal no ha realizado en este Informe, o a lo sumo lo ha realizado de forma insuficiente e incurriendo en errores en su análisis y, por ende, amerita su corrección por la Excma. Corte Suprema al resolver el presente recurso.
13. Esta necesidad de revisar la *consistencia* y *suficiencia* de los resguardos adoptados y exigidos a los sistemas de gestión colectivos, se refuerza en que cualquier error en la estructura de las licitaciones, cualquier decisión basada en un conflicto de interés, cualquier recargo, sobreprecio o resultado ineficiente desde la perspectiva asignativa que se presente en el funcionamiento de estos sistemas, por insuficiencia o inconsistencia en los resguardos exigidos, terminará por producir al menos dos efectos indeseados, perniciosos y del todo evitables:
 - i. Un encarecimiento o sobreprecio en la gestión de residuos a que todos los productores del producto primario en cuestión -en este caso, quienes comercialicen e importen neumáticos- están obligados por la Ley REP, el cual será indefectiblemente traspasado o cargado al precio final que enfrentarán los consumidores finales respecto del mismo producto, el cual, además, es un insumo básicos e insustituible para el funcionamiento de una serie de industrias o mercados conexos (como es el caso de la industria automotriz tratándose de los mismos neumáticos).
 - ii. Una asimetría en las exigencias y reglas de funcionamiento y para la asignación de licitaciones aplicables a distintos sistemas de gestión colectivos de residuos, distorsionará el nivel de competencia que entre ellos debiera existir (v.gr. por captar nuevos socios, por desarrollar procesos de licitación de empresas de gestión más competitivos y que obtengan menores precios) por razones distintas a las de mercado: por revisiones *ex ante* inconsistentes, que establecen estándares -y costos de cumplimiento- diferentes entre sistemas de gestión que realizan idénticas funciones.

II. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN CONTRA DEL INFORME N° 29/2022

14. El fundamento del presente arbitrio que se solicita acoger a tramitación para su posterior conocimiento por la Excm. Corte Suprema, se contempla específicamente en el inciso segundo del artículo 27°, complementado por el inciso final del artículo 31°, ambos del DL N° 211, las cuales señalan:

- (i) Inciso segundo, art. 27°, DL N° 211. *“Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas”²⁴.*
- (ii) Inciso final, art. 31°, DL N° 211. *“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1”.*

15. El tenor de las referidas disposiciones ha tenido diversas interpretaciones jurisprudenciales en torno a la procedencia de este recurso de reclamación frente a las distintas naturalezas de las sentencias, informes o resoluciones de término que puede dictar el H. Tribunal en función de sus distintas competencias y procedimientos señalados en el artículo 18° del DL N° 211. La postura *restrictiva* respecto del mencionado recurso indicaba que éste no procedía en aquellos casos en que el H. Tribunal conocía causas en virtud de la competencia general que le entrega el artículo 18, N° 7 del DL N° 211, el cual hace una remisión genérica a las demás atribuciones y deberes que les señalen las leyes²⁵. Según esa tesis restrictiva -sostenida también por esta Fiscalía en diversas intervenciones ante el Tribunal Constitucional- sólo procedía el recurso de reclamación ante la Excm. Corte Suprema respecto de sentencias definitivas dictadas en aplicación del numeral 1) del artículo 18° -causas contenciosas o de infracciones al DL N° 211- y de las resoluciones de término del numeral 2) del mismo artículo.

²⁴ El artículo 26 citado en dicha disposición, regula los contenidos de la sentencia definitiva y las medidas que en el contexto de la misma se pueden disponer.

²⁵ Potestad del H. Tribunal que se prevé genéricamente en el numeral 7., del artículo 18 del DL N° 211: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 7. Las demás que le señalen las leyes”.*

16. Sin embargo, después de los precedentes de los casos Roles TDLC **NC-454-2019**²⁶, **NC-455-2019**²⁷ y **NC-456-2019**²⁸, relativos al informe que debe dictar el H. Tribunal contemplado en la ley sectorial del Código de Aguas, específicamente en su artículo 129 bis 9, referente a declarar si en determinada área donde se encuentran derechos de aprovechamiento de aguas del solicitante respectivo, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, con el fin de eximir a ese solicitante del pago de la patente por no uso de aguas²⁹; se asentó el criterio de que sí procede el recurso de reclamación del artículo 27 del DL N° 211 en contra de informes o resoluciones de término dictados en el marco de la competencia general que le entrega al H. TDLC el numeral 7, del artículo 18 del DL N° 211, sobre los pronunciamientos previstos en diversas leyes sectoriales.
17. Esta procedencia del recurso de reclamación fue declarada de modo reciente, tanto por el Tribunal Constitucional, con fecha 3 de junio de 2022, al resolver los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados en contra del artículo 31 del DL N° 211, del cual se desprendía la *tesis restrictiva* de procedencia del recurso³⁰, como también por lo resuelto en las sucesivas sentencias de la Excma. Corte Suprema de septiembre y octubre del año 2022, al conocer los recursos de hecho presentados por los distintos solicitantes de las causas donde el H. TDLC declaró inadmisibles los recursos de reclamación planteados contra los informes que resolvieron las causas del H. TDLC Roles NC-454-2019, NC-455-2019 y NC-456-2019, antes citadas³¹. En resumen, después de dichos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Excma. Corte Suprema, este H. Tribunal debió admitir a tramitación los recursos de reclamación presentados en las referidas causas.
18. Ahora bien, en lo relativo al presente recurso de reclamación, el raciocinio de dichos precedentes de reciente data es directamente aplicable, dado que:

²⁶ Causa caratulada “Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 1 Aguas Arriba Embalse Lautaro y otro de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas”.

²⁷ Causa caratulada “Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Dos Embalse Lautaro – La Puerta y otros de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas”.

²⁸ Causa caratulada “Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 3 Tres La Puerta-Mal Paso y otros de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas”.

²⁹ En la referida causa, el solicitante interpuso recurso de reclamación en contra del Informe N° 15/2020, de 20 de abril de 2020, del H. TDLC, dictado en el marco del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, con relación al numeral 7 del artículo 18 del DL N° 211. En el mencionado informe, el H. TDLC declaró que, “(...) *la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas*”.

³⁰ Roles **TC N° 9847-20, 9559-20 y 10246-21**, de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 31 del DL N° 211 presentados por los distintos solicitantes de las respectivas causas del H. TDLC, resueltos todos por sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 03 de junio de 2022.

³¹ Recursos de hecho acogidos por la Excma. Corte Suprema mediante sentencias dictadas bajo los siguientes roles y fechas: 1) **58.554-2020**, de fecha 18 de octubre; **58.555-2020**, de fecha 12 de septiembre; y **58.556-2020**, también de fecha 12 de septiembre, todas del año 2022.

- i. Por una parte, al igual que en el caso del informe que el H. Tribunal debe emitir en el marco del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, en este caso también se trata de un informe contemplado en una ley sectorial: artículos 24 y 26 literal c), Ley REP. Ambos casos, por tanto, activan un procedimiento y una decisión de término que se enmarca en el numeral 7° del artículo 18° del DL N° 211.

- ii. Por otra parte, en ambos casos el H. TDLC zanja un tema de libre competencia de forma definitiva: en el caso del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, al declarar si existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en relación a la tenencia de ciertos derechos de aprovechamiento de aguas en una zona determinada; mientras que en el caso de los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP, al declarar si las reglas de Estatutos y BALI de un sistema de gestión colectivo no contienen normas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Este punto -zanjar asuntos sobre materias de libre competencia de forma definitiva- fue especialmente relevante para el Tribunal Constitucional en orden de acoger los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 31 del DL N° 211³², razón por lo que el mismo criterio resulta también atingente para el caso del presente recurso de reclamación.

- iii. Finalmente, también resulta aplicable al presente arbitrio lo declarado por la Excma. Corte Suprema al conocer de los distintos recursos de hecho presentados en contra de las decisiones del H. TDLC de denegar los recursos de reclamación interpuestos en las causas Roles TDLC NC-454-2019, NC-455-2019 y NC-456-2019³³. En las mismas, la Excma. Corte Suprema resolvió “*que resulta procedente la interposición del recurso de reclamación en contra de los informes que constituyen el acto cúlmine del ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 18 N°7 del Decreto Ley N° 211*”, recordando su

³² “DÚODECIMO. Además, hay que tener presente que lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no es un simple antecedente o insumo para la Dirección de Aguas, sino que zanja de forma definitiva un tema. Al mencionado Tribunal se le solicita por el particular que se pronuncie si la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye la Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas. Ante dicha consulta o solicitud de informe dicho Tribunal resolvió que sí se producía un efecto anticompetitivo, por lo que -de forma equivalente a una condición impeditiva absoluta- declaró que “no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Agua” (ver parte resolutive del Informe). Como se aprecia, la similitud con el ejercicio de la atribución conferida por el artículo 18, N° 2° resulta evidente.

DECIMOTERCERO. Asimismo, el que se trate de consultas en virtud de leyes especiales y que se enmarquen en procesos más amplios con participación decisoria de autoridades sectoriales no altera la igualdad sustancial de ambas hipótesis, las cuales, por lo mismo, debieran tener posibilidades recursivas equivalentes”. Considerandos 12° y 13° de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 03 de junio de 2022, en la causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 31° del DL N° 211, Rol TC N° 9847-20.

³³ Sentencia de fecha 18 de octubre de 2022, que acoge recurso de hecho tramitado bajo el rol de la Excma. Corte Suprema N° 58.554-2020.

jurisprudencia previa en orden a que, “*no se atiende a su contenido de fondo como criterio para definir los recursos procedentes, bastando que ponga término al procedimiento, sea que fije o no condiciones*” (SCS Roles 269-13, 10.557-2014 y 25.013-19)³⁴.

19. De esta forma, en resumen, la decisión contenida en el Informe N° 29/2022 cumple con los mismos criterios formales y sustantivos que fueron considerados en los citados pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional, como de la Excm. Corte Suprema, que dieron lugar a los diversos recursos de reclamación en contra de las decisiones terminales que resolvieron las solicitudes del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, resolviendo de forma definitiva materias atinentes a la libre competencia, en el marco de procedimientos que se engloban en el numeral 7, del artículo 18° del DL N° 211. Por lo tanto, resulta procedente que este recurso sea acogido a tramitación, elevándose a conocimiento de la Excm. Corte Suprema.

III. SÍNTESIS DE LAS OBSERVACIONES LEVANTADAS EN APORTE ANTECEDENTES FNE Y ACOGIDAS POR EL H. TDLC RESPECTO DE TEXTOS DE ESTATUTOS Y BALI DE SGN

III.1 Observaciones del Aporte Antecedentes FNE

20. Como fue señalado en la Sección I. del presente recurso de reclamación, el objeto del procedimiento no contencioso iniciado en el marco del artículo 18 N° 7 del DL N° 211 y de los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP, correspondía a que el H. TDLC emitiera un informe declarando: **(i)** que en las BALI para la contratación del manejo de residuos con terceros no existían reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; y **(ii)** que en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos socios y para el funcionamiento de SGN, no existían hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

21. La solicitud de inicio del procedimiento fue presentada con fecha 3 de diciembre de 2021³⁵, iniciando esta Fiscalía, con fecha 22 de diciembre del mismo año, una investigación en ejercicio de las facultades del artículo 39 del DL N° 211, para recabar antecedentes para elaborar el Aporte Antecedentes FNE³⁶, el cual fue presentado con fecha 23 de marzo de 2022 a este H. Tribunal.

³⁴ Considerandos cuarto y quinto de la sentencia de fecha 18 de octubre de 2022 de la Excm. Corte Suprema, en la causa de recurso de hecho Rol N° 58.554-2020.

³⁵ Rolante a folio 9 del expediente Rol NC-504-2021 del H. TDLC.

³⁶ Investigación Rol N° 2686-21 FNE.

22. Del análisis realizado en el Aporte Antecedentes FNE, se concluyó que era procedente realizar diversas observaciones y recomendaciones en relación a los documentos de Estatutos y BALI acompañados por los solicitantes, dado que en su versión original, los mismos no contenían todos los resguardos suficientes como para eliminar o mitigar los riesgos anticompetitivos que implica la existencia de un sistema de gestión colectivo, además de que las BALI no aseguraban resultados eficientes desde una perspectiva asignativa ni tampoco la libre concurrencia de actores en un procedimiento competitivo. Asimismo, se señaló que si bien SGN manifestaba su voluntad de implementar algunos de los ajustes requeridos, dicha cuestión debía ser planteada ante H. Tribunal, el cual es el órgano competente para emitir el informe según la Ley REP³⁷.
23. En concreto, en cuanto a los Estatutos de SGN, para garantizar el acceso abierto, la participación equitativa de los socios presentes y futuros, además de preservar adecuadamente el principio de libre competencia que debe regir su funcionamiento, el Aporte Antecedentes FNE consideró **39 observaciones** a su respecto, las cuales han sido resumidas en la Tabla N° 1 siguiente:

Tabla N° 1. Observaciones realizadas a los Estatutos de SGN en el Aporte Antecedentes FNE.

| Tema | Recomendaciones (resumen) |
|---|--|
| Plazo de inicio de la prestación de servicios | 1. Debe contemplarse un plazo máximo para el inicio de la prestación de servicios a un nuevo socio. |
| Existencia de cuotas adicionales a las Ecotasas para ingresar a SGN | 2. Los pagos de incorporación a SGN solo deben reflejar los costos directos de la revisión de antecedentes para los nuevos socios. |
| | 3. Todos los costos, incluidos los hundidos, deben remunerarse a través de las Ecotasas por todos los socios, de forma equitativa. |
| Medidas disciplinarias y causales de expulsión | 4. Debe suprimirse la causal de grave daño a los intereses de la Corporación. |
| Renuncia a SGN | 5. La revisión del Directorio respecto a una renuncia debe referirse sólo a la revisión de las facultades de quien presenta la renuncia. |
| | 6. Debe contemplarse una causal de silencio positivo para el caso que el Directorio no se pronuncie sobre una renuncia de un socio dentro del plazo de 60 días contemplado para estos efectos. |
| Disolución de SGN | 7. Se debe clarificar la expresión " <i>participaciones en la Corporación</i> " respecto de los socios que conforman SGN, al distribuir los bienes de ésta en caso de disolución. |
| Categorías de socios | 8. Se debe suprimir la distinción entre socios fundadores y activos, de modo que no existan socios privados de todo derecho político por el solo hecho de pagar una cuota de incorporación diferenciada (menor) respecto de los socios fundadores. |
| | 9. Los aportes de las Solicitantes previos a la conformación de SGN, se deben remunerar a través de un mecanismo incorporado a las Ecotasas. |
| Grupos empresariales | 10. Los derechos políticos dentro de SGN deben establecerse bajo un parámetro de grupo empresarial. |
| Representante de los socios ante SGN | 11. Los representantes de los socios no deben ser ejecutivos relevantes de los socios en materias comerciales. |
| | 12. Los representantes deben estar previamente designados y registrados ante la Gerencia de Auditoría. |

³⁷ Párrafo 338 del Aporte Antecedentes FNE, p. 110.

| | |
|--|--|
| | 13. La delegación entre miembros de SGN debe estar prohibida. |
| Requisitos para ser director | 14. Las causales de inhabilidad deben ser ampliadas en los siguientes sentidos: (i) hacia el pasado, (ii) a servicios que no constituyan relación laboral, (ii) a los servicios que SGN debe licitar; y (iv) hacia el futuro, incorporando un periodo de inhabilidad posterior al término de desempeño de funciones. 15. Se debe complementar el régimen establecido respecto a las inhabilidades cuando éstas se presentan en el ejercicio del cargo (sobrevinientes), estableciendo revisiones anuales por parte de la Gerencia de Auditoría y Compliance y el deber de declararlas para el director en ejercicio, debiendo renunciar de inmediato en caso de presentarse. |
| Requisitos para ser gerente general y gerente de auditoría | 16. Deben estar sujetos a requisitos de independencia, inhabilidades e incompatibilidades análogas a las que aplican a los directores (<i>supra</i>). |
| Integración vertical | 17. Los socios que realicen labores de gestores o estén relacionados con gestores, deben estar sujetos a un deber de abstención en los procesos de toma de decisión que afecten o puedan afectar sus intereses en el rubro de la gestión, o los de sus empresas relacionadas, debiendo constar tales abstenciones por escrito. |
| Rol del Comité de Licitaciones | 18. Todos o al menos la mayoría de los integrantes de este Comité deben ser agentes independientes y no solo uno de ellos. |
| Riesgos de intercambio de información entre empresas competidoras en SGN | 19. Se debe definir y circunscribir estrictamente la definición de "información relevante" para el cumplimiento de las funciones de SGN, de modo que sea solo aquella estrictamente necesaria para la consecución de sus fines. 20. Se deben adoptar resguardos para el manejo de la información relevante, tales como: (i) darla a conocer solo de modo agregado y previa constancia escrita sobre su correcta recepción, (ii) darla a conocer solo a socios que previamente hayan suscrito acuerdos de confidencialidad; (iii) encargar su tratamiento y preparación a terceros o bien radicarlo exclusivamente a la Gerencia de Auditoría y Compliance, quienes deberán cumplir con los protocolos fijados para el tratamiento de esta información. 21. Debe existir un deber explícito que recaiga en los socios de no intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente fuera de las Asambleas Generales de SGN y/o sus organismos formales. |
| Rol del Panel Técnico | 22. La proposición del modelo tarifario debe estar regulada en cuanto a sus plazos. 23. Los integrantes del Panel Técnico deben ser expertos en materias medioambientales, regulatorias y de derecho de competencia. 24. Los integrantes deben estar sujetos a requisitos de independencia análogos a los directores (según recomendaciones aplicables a éstos descritas <i>supra</i>). 25. El quórum de las decisiones debe ser supra mayoritario, y la minoría debe evacuar un informe con su disidencia. |
| Rol de la Comisión Arbitral | 26. Debe regularse la naturaleza del arbitraje, sugiriéndose que sea mixto. 27. Deben estar sujetos a requisitos de independencia análogos a los directores (<i>supra</i>), sin perjuicio de las causales del Código Orgánico de Tribunales. 28. Debe explicitarse el quórum de sus decisiones, el cual debiera corresponder a la mayoría de sus integrantes. |
| Cláusula arbitral | 29. Se debe ampliar el objeto del arbitraje a otro tipo de conflictos que puedan darse con motivo del funcionamiento de SGN. |
| Programa de cumplimiento y Gerencia de Auditoría y Compliance | 30. Se deben implementar medidas análogas a las que ha ido delimitando la jurisprudencia del H. Tribunal y la Excm. Corte Suprema en materia de auditoría y <i>compliance</i> . |

| | |
|--|---|
| | 31. La Gerencia de Auditoría y Compliance debe constituirse a más tardar, dentro de un plazo de 30 días hábiles desde la conformación de SGN como persona jurídica. |
| | 32. El Gerente de Auditoría y Cumplimiento debe ser un cargo a tiempo completo y recaer en una persona que cumpla con los parámetros de independencia que aplican al cargo de director. |
| Auditorías externas | 33. Debe incorporarse un auditor externo en materias de competencia independiente tanto respecto de los socios de SGN como de las empresas gestoras, que verifique el cumplimiento de las medidas y parámetros que el H. Tribunal incorpore en su informe, así como el cumplimiento general del DL N° 211. |
| | 34. Debe regularse la periodicidad mínima de las auditorías en materia de competencia, las que en ningún caso debiesen exceder de períodos anuales. |
| | 35. Debe regularse la periodicidad mínima de las auditorías. |
| | 36. Los socios no pueden acceder a información confidencial con motivo de los informes del auditor. |
| | 37. El auditor debe tener independencia para comunicar eventuales infracciones a la FNE. |
| Mecanismos específicos aplicables a las Asambleas y otras reuniones de SGN | 38. Deben incorporarse deberes específicos aplicables a estas instancias, tales como: (i) que la agenda de las reuniones deba estar definida y ser revisada por un asesor especializado de forma previa a su difusión; (ii) que en caso de cambios en la agenda original, estas modificaciones también sean analizadas por el asesor; (iii) que las sesiones no sean un foro o espacio abierto para la discusión de información relevante; (iv) que el material complementario de las reuniones sea revisado por un asesor especializado; (v) que no exista exclusión o discriminación en la participación de asociados; (vi) que se sigan los principios de conservación de la documentación que se genera en dichas instancias; y (vii) que esté presente un experto en materias de libre competencia en las asambleas y/o reuniones relevantes, quien podrá interrumpirlas si estima que existe el riesgo que se produzcan intercambios de información que excedan aquellos que son imprescindibles para las funciones de SGN. |
| Modificación de Estatutos | 39. Las modificaciones deben contar con un informe favorable del H. TDLC. |

Fuente: Elaboración propia.

24. En cuanto a las BALI, el Aporte Antecedentes FNE incluyó un total de **15 observaciones** relativas a riesgos coordinados y de conflictos de interés, así como de afectación de la intensidad competitiva en las licitaciones. Dichas observaciones se sintetizan en la Tabla N° 2 siguiente:

Tabla N° 2. Observaciones realizadas a las BALI de SGN en el Aporte Antecedentes FNE.

| Riesgos | Tema | Recomendaciones (resumen) |
|---|---|---|
| Riesgos de coordinación y conflictos de interés | Canales de denuncia | 1. Se debe dar a conocer en las BALI que SGN dispone de un canal de denuncias. |
| | Independencia del Comité de Licitaciones | 2. Los integrantes del Comité de Licitaciones deben ser independiente de los gestores de residuos y de los órganos de SGN, principalmente del Directorio. |
| Riesgos comunes a ambas BALI | Omisión de contratos a ser suscritos con adjudicatarios | 3. La omisión debe ser subsanada por SGN. |
| | Necesidad de adoptar un modelo de dos etapas | 4. Se recomienda cambiar el modelo de la licitación, reemplazando la evaluación técnica por un mínimo técnico o nota mínima, asegurando que los oferentes que esos estándares mínimos de calidad puedan competir en base a variables económicas (segunda fase). |

| | | |
|---------------------------------|--|--|
| | Reserva de facultad de SGN para no adjudicar contrato | 5. Se debe eliminar esta facultad. |
| | Evaluación de la oferta económica | 6. Se debe complementar la omisión del texto de las bases según se indica en la sección respectiva, de modo que los criterios de evaluación sean claros y públicos. |
| | Facultad de desestimar ofertas o declarar su inadmisibilidad | 7. Eliminar los aspectos discrecionales de las decisiones para desestimar o declarar inadmisibles ofertas. |
| | Cálculo de la garantía de fiel cumplimiento de contrato | 8. Las fórmulas analíticas explicadas por SGN a esta Fiscalía deben ser incorporadas al texto de las BALI, en aras de una mayor transparencia de las mismas. |
| | Cobro de garantías por la vía administrativa | 9. Se debe precisar en el texto de las BALI el sentido y alcance de la expresión “cobro de garantías por la vía administrativa”. |
| | Mantención de garantías en caso de juicios | 10. Se deben incorporar en el texto de las BALI las precisiones acerca de los juicios y procedimientos a los que se extiende la aplicación de las garantías. |
| | Solicitud de Balance General Clasificado | 11. Dicho requerimiento debe ser eliminado de las BALI, pues podría incluir información sensible y estratégica de los oferentes. |
| Riesgos de las BALI Recolección | Criterio técnico de experiencia en recolección | 12. El criterio debe ser modificado, morigerando la eventual barrera a la entrada que implica para empresas de eventuales nuevos agentes que actualmente participan de otros rubros. |
| | Adjudicación por totalidad de zonas en la región | 13. Deben expresarse analíticamente y en su caso, con ejemplos, el método para comparar las ofertas separadas por zona dentro de una región determinada con ofertas conjuntas por la totalidad de las zonas de la misma, indicando para cada posible escenario la oferta que sería adjudicada. |
| Riesgos de BALI Valorización | Experiencia en valorización de residuos | 14. Para incluirse como criterio, debiese considerarse toda experiencia relevante y no necesariamente la del rubro que se licita. En caso de adoptarse el modelo de dos etapas, debiese ser considerada como parte de los requisitos mínimos de participación (primera etapa). |
| | Vigencia del contrato | 15. SGN debe incorporar la precisión planteada a esta Fiscalía en las BALI presentadas ante el H. Tribunal. |

Fuente: Elaboración propia.

III.2 Observaciones recogidas por el H. TDLC en el Informe N° 29/2022

25. Conocido el Aporte Antecedentes FNE, las solicitantes de SGN ingresaron ciertas presentaciones acogiendo o pronunciándose sobre el alcance que, en su concepto, tenían las observaciones FNE. En cuanto a las observaciones referentes al texto de los Estatutos, con fecha 23 de mayo de 2022, las solicitantes presentaron un escrito subsanando 13 de ellas³⁸, quedando, por tanto, 26 pendientes para el pronunciamiento del H. TDLC. Ahora bien, como se aprecia de la Tabla N° 3 siguiente, de dichas 26 observaciones, el H. TDLC en su Informe N° 29/2022 recogió debidamente 9 de ellas, quedando por tanto 17 observaciones en carácter de no acogidas o sin pronunciamiento expreso.

Tabla N° 3. Observaciones de Aporte Antecedentes FNE sobre Estatutos recogidas en el Informe N° 29/2022

³⁸ Rolante a folio 51 del expediente Rol NC-504-2021 del H. TDLC

| N° observación ³⁹ | Decisión TDLC |
|------------------------------|---|
| 1 | Incluir en los Estatutos que la fecha de inicio de la prestación de servicios a un nuevo socio deberá serle informada al momento en que formalice su incorporación a SGN, debiéndose justificar en relación a las disposiciones del Plan de Gestión. |
| 2 | Dar a conocer a los postulantes a socios los montos y forma de cálculo de las cuotas de incorporación, con antelación a su incorporación. |
| 3 | Dar a conocer a los postulantes a socios los montos y forma de cálculo de las cuotas de incorporación, con antelación a su incorporación. |
| 4 | Se ordena eliminar dicha causal de los Estatutos, a pesar de que las Solicitantes ya se habían allanado a solicitud FNE. |
| 5 | Incorporar en los Estatutos que los efectos de la renuncia no quedarán sujetos a la verificación que debe hacer el Directorio sobre el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del renunciante. |
| 8 | Explicitar en los 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. |
| 16 | Incorporar a los Estatutos una regla que disponga que respecto a los cargos de Gerente General y de Gerente de Auditoría y Compliance rigen las mismas inhabilidades que se aplican para ser Director. En cuanto al Gerente de Auditoría y Compliance, el que sea un cargo de dedicación parcial y no completa, no impide ni restringe la libre competencia. |
| 20 | (i) Incorporar la prohibición de acceso a información comercial sensible del art. 37 de los Estatutos con la obligación de que todos los socios suscriban un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que se reciba y no solo al participar de la Asamblea General, debiendo reportarse a las autoridades públicas que corresponda la infracción de dicho acuerdo, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de SGN. (ii) Que el manejo de la información comercialmente sensible debe externalizarse en los términos de la Guía FNE de Asociaciones Gremiales, o bien, llevarse a cabo por el Gerente de Auditoría y Compliance o el Comité de Auditoría y Compliance. |
| 39 | Incluir en los Estatutos el deber de contar con un informe favorable de este TDLC previo a la implementación de cualquier reforma estatutaria que implique una modificación de las reglas de incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGN. |

Fuente: Elaboración propia en base a resueltos del Informe N° 29/2022 del H. TDLC.

26. De esta manera, comparando la tabla precedente con la Tabla N° 1 de observaciones del Aporte Antecedentes FNE referentes a Estatutos, se concluye que las observaciones N°s **9, 11, 13, 14, 18, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37** no fueron acogidas o no se emitió pronunciamiento expreso a su respecto, lo que constituye el marco general que fundamenta la presentación de este recurso de reclamación, sin perjuicio que respecto de algunas de estas observaciones no acogidas u omitidas en el pronunciamiento del Informe N° 29/2022 del H. TDLC, se agregarán otras consideraciones que refuerzan la necesidad de corrección por parte de la Exma. Corte Suprema, conociendo de este recurso.

27. En cuanto a las BALI, de similar forma a los Estatutos, las solicitantes subsanaron 8 de las observaciones en una nueva versión de BALI ingresadas mediante escrito de fecha 23 de mayo de 2022⁴⁰. De esta manera, quedaron 7 observaciones sobre las cuales

³⁹ Según la numeración de las observaciones referentes a Estatutos del Aporte Antecedentes FNE, sintetizadas en la Tabla N° 1 del presente recurso de reclamación.

⁴⁰ Rolante a folio 51 del expediente Rol NC-504-2021 del H. TDLC.

este H. Tribunal pudo emitir su pronunciamiento. De dichas 7 observaciones, como se observará en la Tabla N° 4 siguiente, el H. Tribunal acogió 3 de ellas, quedando 4 en calidad de no acogidas o sin un pronunciamiento expreso en el Informe N° 29/2022.

Tabla N° 4. Observaciones de Aporte Antecedentes FNE sobre BALI recogidas en el Informe N° 29/2022

| N° observación ⁴¹ | Decisión TDLC |
|------------------------------|---|
| 1 | Incorporar en ambas BALI que el canal de denuncias aludido en el párrafo 151 considerará el resguardo de la confidencialidad de la denuncia y, en casos graves, la suspensión del proceso licitatorio, además de considerar las acciones que contravengan el DL N° 211. |
| 7 | Indicar concretamente en BALI aquellos casos en que se hará efectivo el uso de esta cláusula |
| 14 | 1. De estimar necesario incorporar un requisito de experiencia, este deberá estar limitado a aquella experiencia relevante que solo pueda ser adquirida en el corto plazo y que, en ningún caso, deba estar condicionada a la exigencia de haberse adjudicado los mismos servicios en otros procesos de contratación. 2. Incluir en ambas BALI un listado taxativo de los documentos y requisitos mínimos necesarios para dar cumplimiento al requisito experiencia, además de informar debidamente a la FNE de los cambios adoptados, con una antelación razonable al llamado a las respectivas licitaciones. |

Fuente: Elaboración propia en base a resueltos del Informe N° 29/2022 del H. TDLC.

28. En suma, comparando la tabla precedente con la Tabla N° 2 de observaciones del Aporte Antecedentes FNE referente a los textos de BALI, se concluye que las observaciones N°s **2, 4, 5 y 10** no fueron acogidas o no se emitió pronunciamiento a su respecto en el Informe N° 29/2022, lo cual complementa el marco general que fundamenta la pretensión de este recurso de reclamación antes mencionado, sin perjuicio que respecto de algunas de estas observaciones no acogidas u omitidas en el pronunciamiento, se agregarán otras consideraciones que refuerzan la necesidad de corrección respecto del Informe N° 29/2022 por parte de la Exma. Corte Suprema conociendo del mismo.

⁴¹ Según la numeración de las observaciones referentes a las BALI del Aporte Antecedentes FNE, sintetizadas en la Tabla N° 2 del presente recurso de reclamación.

IV. FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS DEL INFORME N° 29/2022 QUE MANTUVIERON O CONSOLIDARON REGLAS QUE IMPIDEN, RESTRINGEN O ENTORPECEN LA LIBRE COMPETENCIA EN EL TEXTO DE LOS ESTATUTOS Y BALI DE SGN

IV.1 Desestimación del mecanismo de adjudicación en dos etapas como sistema para la adjudicación de las BALI de Valorización para la gestión de NFU

IV.1.1 Argumentos del Aporte Antecedentes FNE y decisión del H. TDLC

29. En el Aporte Antecedentes FNE⁴², se observó que ambas BALI incluían un sistema de adjudicación que ponderaba el puntaje obtenido por la oferta técnica con uno obtenido en la oferta económica. Al respecto, esta Fiscalía solicitó cambiar dicho modelo y pasar a uno de “dos etapas”, donde se estableciera una evaluación secuencial en la cual, en una primera instancia, fuera evaluado el cumplimiento de un mínimo técnico para, posteriormente, evaluar las ofertas económicas y adjudicar la licitación respectiva a la más conveniente sólo considerando esta última dimensión.
30. Esta observación no correspondía a una decisión antojadiza o carente de fundamento, por cuanto, como señaló el mismo Aporte Antecedentes FNE, ella iba en línea con lo resuelto por el mismo H. TDLC en otras oportunidades, en las cuales señaló que, desde el prisma de la competencia, las exigencias técnicas contenidas en bases de procedimientos licitatorios deben tener un carácter de mínimos exigibles a todos los participantes, debiendo fundarse objetivamente y dirigirse a la correcta prestación del servicio o venta del bien licitado⁴³.
31. Asimismo, se indicó que otro sistema de gestión colectivo de residuos de envases y embalajes (“SIGENEM”), que estaba en una instancia de tramitación paralela ante el mismo H. TDLC en la causa no contenciosa **Rol NC-492-2021**⁴⁴, había cambiado el modelo de adjudicación de sus cuatro BALI de servicios de gestión, a uno que incluía el modelo de dos etapas, siguiendo la recomendación de un informe económico presentado por ese sistema⁴⁵. La recomendación de dicho informe económico apuntaba a que, para mejorar la eficiencia del proceso licitatorio era deseable cambiar la evaluación técnica y establecer en su reemplazo un mínimo técnico o nota mínima,

⁴² Párrafos 285 y siguientes, pp. 92-94.

⁴³ A este respecto, fue citado en el Aporte Antecedentes FNE el considerando N° 59 de la Resolución N° 63/2021, a propósito del procedimiento no contencioso Rol TDLC NC N° 457-19.

⁴⁴ Caratulado “*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*”.

⁴⁵ Dicho informe económico, de los autores Harrison, Rodrigo y Carrasco, José Antonio, de enero de 2022, titulado “*Análisis Económico Sobre la Propuesta de Implementación del SIGENEM en el Mercado de Gestión de Residuos de Envases y Embalajes*”, consta en la presentación de Agrosuper S.A y Otros Álvarez Zenteno de fecha 13 de enero de 2022, a folio 138, del expediente Rol TDLC NC-492-2021.

asegurando que los oferentes que cumplan con un adecuado estándar de calidad puedan competir, en una segunda instancia, según variables económicas⁴⁶.

32. En esa segunda instancia de competencia en función de variables exclusivamente económicas, se explica que habiéndose definido adecuadamente los mínimos técnicos admisibles, las mejoras adicionales en calidad no tendrían mayor fundamento:

“Evaluar, en una segunda etapa, solo la oferta económica podría permitir a SIGENEM asignar de manera más eficiente, al no tener que llevar erróneamente a puntajes los atributos técnicos y económicos. La idea es que si dos o mas oferentes logran cumplir con el estándar de servicio requerido por SIGENEM, no importarían mejoras adicionales en calidad, sino que solo el precio al que lo puedan proveer”⁴⁷.

33. Ahora bien, a pesar de este claro y fundamentado ajuste solicitado en el Aporte Antecedentes FNE, que apuntaba a lograr una mejora sustantiva en la *eficiencia asignativa* de los procesos licitatorios de los sistemas de gestión colectivos, evitando encarecimientos innecesarios al licitar los servicios de gestión de residuos, y a pesar de que, además, comenzó a ser implementado de *motu proprio* por la gran mayoría de las distintas BALI presentadas por los sucesivos sistemas de gestión colectivos referentes a envases y embalajes que fueron solicitando el informe favorable de la Ley REP ante el H. TDLC con posterioridad a SIGENEM⁴⁸; en el caso de SGN, mediante una presentación complementaria de 23 de mayo de 2022⁴⁹, los solicitantes lo incorporaron en una nueva versión de las BALI de Recolección, pero no lo incluyeron en las BALI de Valorización. Y finalmente, en el Informe N° 29/2022, el mérito de esta observación remanente solo para las BALI de Valorización fue explícitamente rechazado.

⁴⁶ Se agregó en el mencionado informe económico, que: “A su vez, estimamos que una herramienta adicional que permite mejorar la eficacia del proceso licitatorio es contar con una evaluación secuencial del aspecto técnico (primero) y económico (segundo). Esto evita una siempre dificultosa transformación de unidades técnicas y monetarias a una unidad común. De hacerlo se debe mantener siempre la cardinalidad tanto de las ofertas económicas como de las técnicas”. Ibidem, p. 15.

⁴⁷ Ibidem, pp. 15-16.

⁴⁸ Que tuvieron en general tramitaciones paralelas a SGN ante el mismo H. TDLC. Los roles y carátulas respectivas de los indicados procedimientos donde se tramitaron estos sistemas de gestión colectivos de envases y embalajes son: 1) **Rol NC-507-2022**, caratulado “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”; 2) **Rol NC-510-2022**, caratulado “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”; y, 3) **Rol NC-513-2022**, caratulado “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”.

⁴⁹ Rolante a folio 51 del expediente Rol NC-504-2021.

34. Los fundamentos de esta negativa contenida en el Informe N° 29/2022 se incluyen desde los considerandos 145 a 147 los cuales, dada su relevancia en el análisis, se insertan a continuación:

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

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

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

IV.1.2 Errores en el razonamiento del H. TDLC sobre la necesidad de adopción del mecanismo de adjudicación de dos etapas en las BALI de Valorización

35. Al examinar las razones que tuvo presente el H. TDLC para descartar la exigencia de adoptar el modelo de adjudicación de dos etapas indicado por esta Fiscalía en las BALI de Valorización, se observan una serie de errores de hecho y de derecho que deben ser enmendados por la Excma. Corte Suprema, mediante el conocimiento de la presente reclamación.

36. **En primer término**, se observa que el H. TDLC supone o presume un cierto espacio de ponderación o discrecionalidad para que los sistemas de gestión colectivos determinen el mecanismo de adjudicación entre diversas alternativas. Sin embargo, tal espacio de indiferencia y discrecionalidad no existe y no debe existir cuando, de entre las alternativas aparentemente existentes, solo una evita de manera efectiva riesgos de conductas anticompetitivas. En este caso ese mecanismo es el modelo de adjudicación en dos etapas, el cual garantiza que en las licitaciones a que convoque SGN, los oferentes cumplirán con los requisitos técnicos mínimos orientados al desempeño necesario para cumplir con los estándares y metas de recolección y valorización de NFU -definidos por el propio ente licitante-, sin añadir otros estándares técnicos superfluos e innecesarios desde la perspectiva del beneficiario final de ambos servicios de gestión, o discrecionales, que permitan desviar la asignación de la licitación hacia un oferente en particular, en ambos casos, con un mismo efecto: solo encarecerán la asignación de dichos servicios en perjuicio del usuario final del *producto primario* en cuestión (en este caso, neumáticos).
37. Por dicha razón, a mayor abundamiento, en la Guía FNE de Compras Públicas del año 2011⁵⁰ se indica que, al momento de especificar los criterios de adjudicación, siempre debe privilegiarse por los licitantes la variable de precio, evitando las licitaciones de tipo *beauty contest* y filtrando a las empresas mediante la determinación de características técnicas mínimas -que corresponderían a la primera etapa de evaluación- para luego, hacer competir a los participantes por el valor del servicio licitado -que correspondería a la segunda etapa de evaluación en un modelo de dos etapas-.
38. **En segundo término**, cabe observar que la decisión del H. TDLC no se funda en antecedentes técnico-económicos suficientes, o, al menos, esos antecedentes técnico-económicos no se incluyen en su decisión. Analizando el raciocinio presentado *supra* de los considerandos 145 a 147 quedan al menos las siguientes dudas, no explicadas por la decisión del H. Tribunal:
- i. ¿Cuáles son las razones por las que el H. Tribunal considera que los servicios de valorización de NFU no serían *homogéneos* entre sí?
 - ii. ¿Qué características de complejidad o de calidad de servicio pueden hacer a una oferta de servicio de valorización, tan distinta de otra?
 - iii. Si según el mismo Informe N° 29/2022, la experiencia que puede exigirse al oferente es únicamente aquella relevante que solo pudiera adquirirse en el corto

⁵⁰ FNE (2011) Guía de Compras Públicas y Libre Competencia, p. 17. De igual forma, la OCDE ha indicado en materia de experiencia, que se debe exigir un mínimo común a todos los participantes, la cual no debe ser evaluada con un puntaje para adjudicarse una licitación, OCDE (2014), *Hearing on the use of tenders and auctions*, DAF/COMP/WP2(2014)15, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, p. 5.

plazo y que, en ningún caso, deba estar condicionada a la exigencia de haberse adjudicado los mismos servicios en otros procesos de compra⁵¹: ¿Es realmente posible una gradación por experiencia tan relevante que justifique calificar técnicamente a los oferentes según ese mayor o menor grado de experiencia, o bien, no sería mejor indicar el grado de experiencia mínimo exigible como requisito técnico en un modelo de dos etapas?

- iv. Si en los servicios de valorización de NFU se está frente a “*mercados incipientes y en pleno desarrollo*”, como indica el razonamiento del H. TDLC descrito *supra*: ¿Por qué sería conveniente sacrificar resguardos para evitar conductas anticompetitivas cuando, por el contrario, es más relevante proteger mercados *incipientes y en pleno desarrollo*? ¿es realmente *incipiente* el mercado de valorización de NFU? ¿No tienen los licitantes conocimiento suficiente para identificar los requisitos técnicos mínimos que necesitan para lograr el cumplimiento de sus metas en cuanto a la valorización?
39. Ninguna de tales interrogantes mínimas respecto al razonamiento del H. TDLC encuentran respuesta en alguna sección de los considerandos 145 a 147, ni en ninguna otra sección del Informe N° 29/2022. Estas interrogantes debieran encontrar respuesta, pues se trata de fundamentos que desconocen criterios técnicos-económicos asentados por la propia jurisprudencia del H. Tribunal ante otros casos, sin que se justifique si existe alguna circunstancia que explique por qué se desvía de decisiones previas, reduciendo los resguardos requeridos a este sistema de gestión, cuando no hay diferencia entre los riesgos a la libre competencia que el mismo H. TDLC ha identificado.
40. **En tercer lugar**, la decisión del H. TDLC en esta materia da espacio para que los sistemas de gestión colectivos adopten mecanismos de asignación bajo criterios discrecionales, distintos y contradictorios entre sí, en circunstancias que hasta al momento los sistemas colectivos de gestión que han solicitado informe favorable del H. TDLC en el marco de la Ley REP (envases y embalajes y neumáticos) presentan semejanzas muy claras entre sí (v.gr. ambos tipos de sistemas presentan servicios de recolección y valorización y ambos tipos de servicios presentan definiciones comunes).
41. Si bien estas *semejanzas sustanciales* entre servicios de gestión, no involucran necesariamente modelos de asignación de licitaciones idénticos, sí implican riesgos a la competencia equivalentes y, por eso, los sistemas colectivos de gestión de envases y embalajes, en su gran y absoluta mayoría, han adoptado el modelo de asignación de dos etapas para todas sus BALI de *motu proprio*, de tal modo que ni siquiera ha sido

⁵¹ Resuelvo B.1 del Informe N° 29/2022 del H. TDLC.

necesario que el H. TDLC emitiera un pronunciamiento exigiendo esta modalidad en dichos procedimientos⁵²

42. En suma: el H. TDLC no explica por qué la valorización de NFU sería tan radicalmente distinta a las de envases y embalajes, que generen riesgos a la competencia sustancialmente menores, de modo tal que esas diferencias justifiquen la adopción de menores resguardos en este modelo de adjudicación de las licitaciones para los servicios de gestión de residuos a que los respectivos sistemas colectivos de gestión deben convocar.

IV.2 Materias donde el H. TDLC omitió resolver si determinadas reglas u omisiones de las BALI tenían efectos anticompetitivos, posponiendo y delegando dicha calificación en un órgano distinto, infringiendo los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP

IV.2.1 Indeterminaciones y ajustes pendientes en el texto de las BALI que fueron indicados en el Aporte Antecedentes FNE y decisión del H. TDLC al respecto

43. En el Aporte Antecedentes FNE y a pesar de las complementaciones efectuadas en las BALI mediante el escrito de fecha 23 de mayo de 2022⁵³, que sustituyó el texto originalmente planteado de las mismas, esta Fiscalía señaló que las BALI mantenían indeterminaciones en ciertos requisitos técnicos, que generaban espacios de discrecionalidad o arbitrariedad para la adjudicación por el ente licitante, los cuales podrían afectar la libre concurrencia y resultados acordes con la *eficiencia asignativa* que cabría esperar de estos procesos licitatorios.
44. Estas ambigüedades o imprecisiones, especialmente en lo que se refiere a la evaluación de aspectos técnicos, determinaba que existieran requisitos y exigencias para los oferentes de los servicios de recolección o valorización relativamente *indeterminadas*, por lo que no era posible evaluar completamente su pertinencia, o si constituían barreras a la entrada que impedirían una mayor concurrencia a los procesos licitatorios.
45. Con todo, a pesar de dichas ambigüedades y espacios de discrecionalidad o arbitrariedad para el ente licitante fueron advertidos por esta Fiscalía, el H. TDLC igualmente emitió su informe a pesar de dichas imprecisiones. Al no poder evaluar

⁵² Informes favorables de los siguientes sistemas de gestión colectivos de envases y embalajes, que se tramitan o tramitaron en paralelo al SGN: 1) **Rol NC-507-2022**, caratulado "*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*"; y, 2) **Rol NC-510-2022**, caratulado "*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*".

⁵³ Rolante a folio 51 del expediente Rol NC-504-2021 del H. TDLC.

íntegramente un texto sin espacios de discrecionalidad o ambigüedad, sin embargo, optó por delegar ciertas materias y posponer la calificación o evaluación de las materias en otro órgano, en este caso, la FNE.

46. Estas decisiones del H. TDLC se pueden apreciar en las siguientes materias de la parte resolutive del Informe N° 29/2022, de las cuales se extrae que si bien comparte con esta Fiscalía que existen ciertos vacíos o indeterminaciones que deberían ser completadas para evaluar o calificar el impacto competitivo de ciertas cláusulas, opta el H. Tribunal por remitirlos o posponerlos a una calificación posterior, que ya no será desarrollada por el mismo H. Tribunal, sino que por otro órgano -FNE- el cual, por lo demás, no ha sido asignado con tales atribuciones en los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP.

Tabla N° 5. Materias de las BALI que el Informe N° 29/2022 pospuso a una determinación posterior

| N° resuelvo | Materia | Decisión TDLC |
|-------------|--|--|
| B.1 y 2. | Experiencia como requisito técnico | (i) De estimar necesario incorporar un requisito de experiencia, este deberá estar limitado a aquella experiencia relevante que <u>solo pueda ser adquirida en el corto plazo</u> y que, en ningún caso, deba estar condicionada a la exigencia de haberse adjudicado los mismos servicios en otros procesos de contratación. (ii) Incluir en ambas BALI un listado taxativo de los documentos y requisitos mínimos necesarios para dar cumplimiento al requisito de experiencia; además <u>informar debidamente a la Fiscalía Nacional Económica de los cambios adoptados</u> , con una antelación razonable al llamado de las respectivas licitaciones. |
| B.6 | Evaluación de requisitos de la oferta técnica en las BALI de Recolección | Explicitar en las Bases de Recolección, para cada una de las categorías que serán evaluadas dentro de la oferta técnica, y de la forma <u>más específica en que le sea posible</u> : (a) el nivel mínimo de requisitos técnicos a cumplir para que una oferta sea declarada admisible; y (b) el tipo de documentación que se considerará válida para acreditar lo anterior, remitiéndose, en la medida que sea factible, a aquellos que den cuenta fehacientemente del cumplimiento de lo solicitado, <u>no debiendo constituir, en caso alguno, una barrera a la entrada</u> . |

Fuente: Elaboración propia en base a resueltos de Informe N° 29/2022.

IV.2.2 Ilegalidad en la decisión del H. TDLC de no resolver los efectos potencialmente anticompetitivos de ciertas cláusulas de las BALI, delegándolos a una evaluación o calificación posterior que realizará otro órgano

47. Como fue descrito supra en la **Sección I.** del presente recurso de reclamación, los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP exigen al H. TDLC emitir un informe sobre si las cláusulas o contenido de los Estatutos y BALI propias de un sistema colectivo de gestión de residuos, pueden incluir reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Tal es una competencia *exclusiva* y *excluyente* del H. TDLC, dado que los mismos artículos no mencionan a ningún otro órgano que tenga la misma competencia.

48. No obstante lo anterior -y como pudo apreciarse de ciertas cláusulas que emplean los resueltos del Informe N° 29/2022 citados en la Tabla N° 5 precedente- el criterio sustantivo respecto a si determinada regla de las BALI se ajusta o no al DL N° 211, quedó sujeto a una *calificación* o *evaluación* posterior, la cual deberá realizar esta Fiscalía -con una *antelación razonable* al llamado a las respectivas licitaciones, sin indicarse tampoco cuál es el plazo que constituye *antelación razonable*-, entre otras materias, en relación a los siguientes puntos:
- i. ¿Cuál experiencia en servicios de recolección y valorización resulta atingente y solo haya podido ser *adquirida en el corto plazo*?
 - ii. El tipo de documentación que se considerará válida para la acreditación de los requisitos de la oferta técnica, remitiéndose, en la medida de lo posible, a aquellos que *den cuenta fehacientemente del cumplimiento de lo solicitado, no debiendo constituir, en caso alguno, una barrera a la entrada*.
49. Como es posible concluir, a pesar de que los anteriores resueltos del Informe N° 29/2022 demuestran que el H. TDLC coincide en general con la postura de esta Fiscalía, en orden a que es necesario suplir ciertos vacíos u omisiones para pronunciarse adecuadamente respecto del alcance competitivo de ciertas reglas de las BALI, la solución legalmente admisible no podía ser la de emitir el informe favorable de igual modo, delegando para una instancia posterior y en un órgano distinto -la FNE-, la decisión sustantiva de evaluar si dichos requisitos o diseño de aspectos indeterminados (v.gr. la experiencia que se debe considerar atingente o la documentación para acreditar los requisitos de la oferta técnica) constituyen o no una barrera a la entrada y, en su caso, un hecho, acto o convención que pueda impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.
50. De esta forma, junto con incumplir el mandato de evaluar si las reglas contempladas en los Estatutos y BALI de un sistema de gestión colectivo pueden infringir la libre competencia, como se mandata en los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP, se estaría delegando parcialmente esta competencia en un órgano que no tiene atribuciones para ello -la FNE- infringiendo el principio de legalidad de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.
51. Cabe a este respecto añadir que no se subsanan dichas infracciones legales con el mero listado de criterios que entrega el Informe N° 29/2022 para que esta Fiscalía realice este análisis *ex post* de los aspectos inconclusos que SGN deberá determinar al momento de efectuar los llamados a licitación.
52. Como se observa del tenor de dichos criterios señalados *supra*, los mismos constituyen más bien lineamientos generales que son parte de las definiciones propias de lo que constituye, por ejemplo, una barrera a la entrada o un requisito excluyente en abstracto.

Entonces, que el H. TDLC haya incluido tales criterios, no exime a esta Fiscalía del deber de “ponderar” -en su minuto, con una *antelación razonable* a los respectivos llamados a licitación- si el diseño, requisito o exigencia incluida por SGN constituye -o no- una potencial barrera a la entrada o un requisito exclusorio. Esta calificación, ponderación o juicio era, precisamente, la labor encomendada por la Ley REP al H. TDLC.

53. Finalmente, aceptar que existan informes favorables de la Ley REP incompletos, o que permitan textos de BALI o Estatutos incompletos o con aspectos que deberán calificarse al momento de efectuarse los llamados a licitación, constituye también un precedente inconveniente de cara a la presentación de las futuras solicitudes de constitución de sistemas de gestión colectivos para formalizarse, creándose incentivos a presentar textos abiertamente incompletos, con la expectativa de relajar cada vez más los criterios y exigencias aplicables, quedando las mismas sujetas a un control *ex post* distinto al control *ex ante* previsto y exigido en la Ley REP⁵⁴.
54. Este control *ex post* -creado por las omisiones de pronunciamiento del Informe N° 29/2022- por lo demás es imperfecto e incierto, dado que en el caso de encontrar esta Fiscalía que en alguna de esas materia no se ha cumplido con el criterio indicado por el H. TDLC, tampoco cuenta con facultades para ordenar directamente su modificación: estaría sujeto a la presentación de acciones contenciosas en contra del sistema de gestión colectivo, lo que se resuelve en procesos de lato conocimiento ante el mismo H. TDLC.
55. La disrupción que eso tendrá en las actividades del sistema de gestión, las demoras e incertidumbres que generará un proceso contencioso, se habrían evitado si el H. TDLC hubiera emitido un informe desfavorable ante textos de BALI incompletos e indeterminados, o bien, si hubiese ejercido sus facultades oficiosas para obligar a los solicitantes a subsanar debidamente dichos vacíos u omisiones, de modo de evaluar el ajuste de las fórmulas definitivas por ellos empleadas y su eventual cumplimiento de los estándares de la libre competencia.
56. Por todas estas razones, en estas materias donde el Informe N° 29/2022 no se pronuncia acerca del ajuste de los textos a la competencia, delegando más bien la decisión a una instancia posterior y a cargo de otro órgano -la FNE, que no tiene atribuciones para ello-, es que el mencionado informe debe ser corregido, ordenando que el informe favorable respecto del sistema de colectivo de gestión no sea emitido

⁵⁴ Este diseño de una revisión *ex post* -que altera lo previsto en la Ley REP, que era una revisión *ex ante* de borradores de textos de BALI y Estatutos- presenta, además, otros inconvenientes prácticos. Así, a modo ejemplar, si un sistema de gestión colectivo presenta un determinado diseño de dichos requisitos a esta Fiscalía y después, en una licitación posterior, los modifica o altera: ¿debe solicitarse un nuevo informe favorable al H. TDLC, como se desprendería de lo indicado en el artículo 26 de la Ley REP? Probablemente tal posibilidad no existiría, dado que sería la FNE y no el H. TDLC quien habría decidido acerca del ajuste -o no- de dichos diseños o requisitos a la libre competencia.

hasta que tales vacíos, omisiones o adecuaciones pendientes hayan sido debidamente subsanadas y el H. TDLC -y no otro órgano- pueda calificarlo así.

IV.3 Materias donde los ajustes o exigencias previstas en el Informe N° 29/2022 son inconsistentes y contradictorias con las aplicadas por otros sistemas colectivos de gestión de residuos

57. Otro punto que fundamenta el presente recurso de reclamación, además de todas las observaciones en Estatutos y BALI no acogidas explícita o implícitamente por el H. TDLC -en este último caso, simplemente por no haberse pronunciado a su respecto⁵⁵- es que al acoger o rechazar ciertas redacciones y ordenar medidas o resguardos para mitigar los riesgos inherentes tanto a Estatutos como BALI, el H. Tribunal no ha cuidado de mantener una debida *consistencia* en las exigencias aplicables a los distintos sistemas de gestión colectivos, entendiéndose que además como se señaló en la **Sección I.** del presente recurso, los riesgos inherente a todos ellos son en general comunes, lo que ameritaría la adopción de resguardos también comunes.
58. Para demostrar esta situación de falta de debida consistencia, basta con analizar en un mayor grado de detalle, las asimetrías de reglas que estarán presentando los sistemas colectivos de gestión para neumáticos, SGN y Sistema de Gestión Colectivo de Neumáticos Fuera de Uso (“SGCNFU”⁵⁶), cuyos procesos de tramitación ante el H. TDLC terminaron el mismo día -5 de diciembre de 2022-, con los Informes N° 29/2022 y 30/2022 del H TDLC, respectivamente.
59. En este sentido, se aprecia que las redacciones de las medidas y resguardos, por una parte, no son equivalentes para ambos sistemas, lo cual puede apreciarse en la siguiente tabla, respecto a los Estatutos de ambos sistemas:

Tabla N° 6. Diferencias de redacción en medidas ordenadas respecto de Estatutos en los Informes N° 29 y 30 del H. TDLC

| Materia | Redacción Informe N° 29/2022 | Redacción Informe N° 30/2022 |
|---|--|---|
| 1. Plazo máximo para el inicio de la prestación de servicios a un nuevo socio | Incluir en los Estatutos que la fecha de inicio de la prestación de servicios a un nuevo socio deberá serle informada al momento en que formalice su incorporación a SGN, debiéndose justificar en relación a las disposiciones del Plan de Gestión. | Establecer expresamente en los Estatutos que los socios estarán sujetos a un único modelo de contrato de adhesión para la prestación de 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. |
| 2. Pagos de incorporación solo deben reflejar los costos directos de la revisión de | Dar a conocer a los postulantes a socios los montos y forma de cálculo de las cuotas de | Modificar en Estatutos que el valor de la cuota de incorporación de las distintas categorías de socios se fundamente en |

⁵⁵ Véase **Sección III** del presente recurso de reclamación,

⁵⁶ Tramitado bajo el Rol TDLC NC-506-2022.

| | | |
|---|---|---|
| antecedentes para los nuevos socios. | incorporación, con antelación a su incorporación. | 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. |
| 3. Todos los costos, incluidos los hundidos, deben remunerarse a través de las Ecotasas por todos los socios, de forma equitativa. | Dar a conocer a los postulantes a socios los montos y forma de cálculo de las cuotas de incorporación, con antelación a su incorporación. | La cuota referente a socios fundadores podrá considerar en su determinación los costos hundidos relacionados con la conformación de SGN y la cuota referente a socios del 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, debiéndose modificar los Estatutos al efecto. |
| 4. Requisitos de inhabilidad e idoneidad de directores, extensibles a otros cargos, como el Gerente General, Contralor o el Gerente de Auditoría y Compliance | Incorporar a los Estatutos una regla que disponga que respecto a los cargos de Gerente General y de Gerente de Auditoría y Compliance rigen las mismas inhabilidades que se aplican para ser Director | No hay razones para estimar que contar con directores independientes de los socios imponga costos significativos, por lo que se exige extender el requisito de independencia de los Directores del numeral iii, del art. 23 de los Estatutos a las empresas socias del SGN, al momento de su designación. |
| 5, Cargos relevantes como el Gerente General, el de Auditoría y Compliance o el Contralor deben ser cargos a tiempo completo y recaer en personas que cumpla con los parámetros de independencia que apliquen al cargo de director. | Incorporar en Estatutos regla que disponga que respecto a los cargos de Gerente General y de Gerente de Auditoría y Compliance rigen las mismas inhabilidades que se aplican para ser Director | Incorporar en los Estatutos un Comité de Auditoría y Compliance, con el objeto indicado en el párrafo 124, conformado por personas que cumplan los mismos requisitos para ser director de SGN. |

Fuente: Elaboración propia.

60. Sin perjuicio que en algunos de estos casos la diferente redacción de un resguardo o condición respecto de un mismo tema o materia pudiera explicarse en que el punto de partida de los textos de Estatutos no era el mismo, ello no ocurre así en todos los casos. Asimismo, al extenderse ciertos requisitos o criterios a otras situaciones, el H. Tribunal no ha cuidado que los mismos tuvieran efectos equivalentes, con lo que se han generado asimetrías entre ambos sistemas. Así ocurre con el caso de la extensión de los requisitos de idoneidad e inhabilidades propias de los directores a otros cargos relevantes (como Gerente General, Contralor o Gerente de Auditoría y Compliance).
61. En este caso, si bien ambos informes del H. TDLC ordenan -con ciertos matices- la extensión de las inhabilidades y requisitos de idoneidad propios de los directores a esos otros cargos relevantes, el H. TDLC no atendió a que dichos requisitos e inhabilidades propias del cargo de director no eran iguales en ambos sistemas, por cuanto en el caso de SGN, que ya tenía la independencia de los directores respecto de los socios del sistema desde sus Estatutos originales, aplicaba esas inhabilidades desde los 6 meses

previos o posteriores a la elección en el cargo de director⁵⁷. Entonces, cuando ese régimen de inhabilidades se extiende a otros cargos, también aplica ese régimen de temporalidad de las inhabilidades (v.gr. 6 meses previos o posteriores a la elección del director, etc.).

62. Nada de esto ocurre en el caso de SGCNFI, donde el H. TDLC si bien igualmente extendió las inhabilidades propias de directores a otros cargos, no ordenó que esas inhabilidades tuvieran el mismo marco temporal que en el caso de SGN, dado que se limitó a señalar que debía incorporarse un Directorio independiente respecto de los socios (dado que ese sistema no tenía en sus Estatutos originales, un Directorio independiente respecto de los socios). Entonces, al extender esta inhabilidad a otros cargos como los de Gerente General, de Auditoría y Compliance o al Contralor, se obtiene que en el caso de SGN, esas inhabilidades tendrían también un régimen temporal diferenciado (v.gr. 6 meses previos o posteriores a la elección en el cargo de que se trate), mientras que en el caso de SGCNFI, solo aplicarían al tiempo presente (v.gr. no ser simultáneamente director de SGN y a la vez, trabajar en una empresa que sea socia del sistema).
63. Entonces, el ejemplo indicado muestra que SGCNFI tendría cargos relevantes en el funcionamiento de su sistema con niveles de exigencias de idoneidad e inhabilidades distintos que los mismos cargos relevantes en el caso de SGN, no existiendo reales razones vinculadas con una menor cuantificación de riesgos o en diferencias respecto de los mercados asociados al residuo valorizado (en ambos son neumáticos).
64. Por otra parte, tampoco es justificable establecer requisitos y exigencias diferentes ante riesgos inherentes a los sistemas colectivos de gestión, sus Estatutos y BALI, que son independientes del tipo de residuo que gestionarán. En ese sentido, también el H. TDLC ha sido inconsistente en cuanto a las exigencias de los sistemas colectivos de neumáticos respecto de aquellos informes que ha dictado en materia de sistemas colectivos de envases y embalajes (Informes TDLC N^{os} 26 y 28, ambos de 2022)⁵⁸, como se aprecia en la siguiente tabla:

⁵⁷ "No ejercer ni haber ejercido en los últimos 6 meses previos a la fecha de la elección, el cargo de Director, ni ser empleado, ni tener vínculo laboral alguno con las empresas asociadas a la Corporación o sus relacionadas".

⁵⁸ El Informe N° 26/2022 fue dictado en el marco del procedimiento NC-492-2021 del H. TDLC, caratulado "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". En cambio, el Informe N° 28/2022 fue dictado en el marco del procedimiento NC-507-2022 del H. TDLC, caratulado "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".

Tabla N° 7. Diferencias de exigencias y medidas entre los informes de sistemas colectivos de gestión de NFU respecto de los de envases y embalajes

| Materia | Informes N° 29/2022 y 30/2022 (Neumáticos) | Informes N° 26/2022 y 28/2022 (Envases y embalajes) |
|---|---|--|
| 1. Criterio de participación de grupo empresarial (socios de un mismo grupo empresarial votan como un conjunto) | Se recoge explícitamente: socios pertenecientes a un mismo grupo empresarial en los términos del art. 100 de la Ley N° 18.045, participan con un solo voto. | Se deniega explícitamente, señalándose que no puede asumirse comunidad de intereses a pesar de que todas las empresas formen parte de un mismo grupo empresarial, por lo que cada socia vota por separado. |
| 2. Participación simultánea de una misma empresa en dos o más sistemas colectivos de gestión de un mismo residuo. | Se prohíbe, obligando a la empresa a optar por un sistema dentro del plazo de tres meses. | No se incluye ni contempla dicha prohibición. |

Fuente: Elaboración propia.

65. Este tipo de inconsistencias, hayan sido o no consideradas por el H. TDLC, termina en definitiva generando asimetrías y diferencias relevantes en cuanto a los resguardos o medidas adoptadas por uno y otros sistemas colectivos de gestión de residuos y, lo que es peor, fomenta al ingreso de textos incompletos y que adopten los menores resguardos, ya que el H. TDLC no ha sido consistente en exigir a dichos sistemas resguardos equivalentes a los que ya han adoptado otros sistemas previos o coetáneos en cuanto a su tramitación.
66. Esta circunstancia de falta de consistencia fomenta actitudes estratégicas, al dejar vacíos u omisiones en cuanto a la definición de aspectos relevantes (v.gr. la omisión del plazo de duración de los contratos, en el caso de SGN), a diferencia de otros sistemas que sí deciden un contenido para ese punto (v.gr. SGN) que permite su adecuada evaluación en sede de libre competencia.
67. El H. TDLC, en lugar de exigirles a ambas empresas el mismo estándar, permite que ambos obtengan informes favorables que exige la Ley REP, sujetos a completar tal aspecto en una instancia posterior. También, al asignar esa instancia de revisión ex post a la FNE, el H. TDLC no ha sido consistente en los distintos informes que ha emitido en el marco de la Ley REP.
68. Por ende, por los argumentos esgrimidos en esta sección, el presente recurso de reclamación debe ser acogido, corrigiendo la Excm. Corte Suprema las indicadas inconsistencias o incoherencias.

V. CONCLUSIONES

69. De acuerdo con lo expresado en esta presentación, el Informe N° 29/2022 incurre en una serie de faltas y errores que ameritan su revocación.

70. En términos resumidos, los errores de hecho y de derecho cometidos en dicho informe recurrido, se indican a continuación:

- i) No fueron evaluadas ni resueltas todas las observaciones que esta Fiscalía formuló en el respectivo Aporte Antecedentes FNE, algunas de las cuales, sin siquiera emitir algún tipo de pronunciamiento, las que se identifican en la Sección III. del presente recurso de reclamación.
- ii) El H. TDLC desestimó, sin entregar fundamentos técnicos-económicos suficientes y obviando la evidencia técnica y sus propios precedentes, la necesidad de exigir el mecanismo de adjudicación de dos etapas en las BALI de Valorización, el cual, por lo demás, ha sido adoptado por los sistemas colectivos de gestión de envases y embalajes que han obtenido a esta fecha su informe favorable en el marco de la Ley REP (Informes N° 26/2022 y 28/2022 del mismo H. TDLC).
- iii) El H. TDLC emitió un informe favorable a propósito de las BALI de SGN, a pesar de que éstas contienen aspectos con omisiones y vacíos sustanciales, además de otra serie de aspectos donde la calificación sustantiva de si cierto requisito o exigencia afecta la libre competencia, deberá ser evaluada de modo *ex post* por un órgano distinto al H. TDLC, lo que constituye una flagrante infracción de los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP, además de una delegación improcedente de su jurisdicción e incumplimiento de su deber de inexcusabilidad como tribunal de la República.
- iv) Que al dictar el Informe N° 29/2022, el H. TDLC no adoptó resguardos mínimos para velar por la consistencia de sus criterios respecto de los otros sistemas colectivos de gestión que igualmente se tramitaban ante dicha Magistratura, resultando en exigencias y medidas asimétricas en una serie de materias, a pesar de que los riesgos que pretenden resguardar son equivalentes. Dado esto, tales diferencias no tienen ningún sustento y generarán efectos nocivos a la competencia entre sistemas de gestión del mismo tipo de residuo, pues sus costos de cumplimiento serán diferentes sin fundamento razonable.

71. Los graves errores y vicios que se han descrito en el informe recurrido permiten concluir, en nuestro entendimiento, la plena procedencia de que la Excma. Corte Suprema acoja el presente recurso de reclamación, dejando sin efecto el Informe N° 29/2022 y, en definitiva, dicte otro en reemplazo que contemple resguardos estructurales y conductuales suficientes y consistentes para eliminar o mitigar los riesgos detectados e implícitos al diseño y reglas de Estatutos y BALI del SGN como sistema de gestión colectiva de residuos.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 2°, 5°, 18, 27 y 31 del DL N° 211 y demás normas aplicables y citadas,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por interpuesto recurso de reclamación en contra del Informe N° 29/2022 de fecha 5 de diciembre de 2022, notificado a esta FNE con fecha 6 de diciembre del mismo año, y concederlo para ante la Excma. Corte Suprema, con el objeto que conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, dejando sin efecto el informe recurrido, declarando en su lugar que los resguardos exigidos al SGN no son suficientes ni consistentes como para precaver los riesgos anticompetitivos detectados, reemplazándolos por otros que efectivamente los eliminen o mitiguen.

OTROSÍ: Al H. Tribunal solicito tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica se sigue de lo dispuesto en los artículos 79 y siguientes del DFL N° 29 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, además de lo dispuesto en la Resolución Exenta FNE N° 199, de fecha 11 de abril de 2022, que Establece Orden de Subrogancia en la Fiscalía Nacional Económica y que se acompaña en el presente otrosí.

Según la referida Resolución Exenta FNE N° 199, en caso de ausencia o impedimento del titular del cargo de Fiscal Nacional Económico⁵⁹, el primer subrogante que lo reemplaza por el solo ministerio de la ley, es el Sr. Felipe Cerda Becker, titular del cargo de Subfiscal Nacional.

Sin embargo, como se indica en el certificado firmado por el Jefe (S) de la División de Administración y Gestión de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 16 de diciembre de 2022, también acompañado en el presente otrosí, el Sr. Felipe Cerda Becker se encuentra haciendo uso de licencia médica desde el día 4 de diciembre de 2022 y hasta el 2 de enero de 2023; razón por la cual también se encuentra impedido de subrogar el cargo de Fiscal Nacional Económico.

En dicha situación y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4, inciso final, y 80 de la Ley N° 18.834, y al dictamen N° 46.852 de 2006 de la Contraloría General de la República, procede que subrogue al cargo de Fiscal Nacional Económico el siguiente funcionario en el

⁵⁹ Situación que actualmente se configura, dado que, desde el día 12 de diciembre de 2022, el cargo titular de Fiscal Nacional Económico se encuentra vacante, al haber finalizado el período del último titular del mismo, Sr. Ricardo Riesco Eyzaguirre y no haberse realizado hasta esta fecha, el concurso mediante el cual se designará a un nuevo titular del referido cargo.

orden de subrogancia establecido en la Resolución Exenta FNE N° 199, la cual, como se aprecia en el mencionado texto, corresponde a mi persona, Sra. Mónica Paz Salamanca Maralla, cédula de identidad N°10.639.450-4, quien, por el solo ministerio de la ley y en virtud de las disposiciones antes referidas, ejerce como Fiscal Nacional Económico Subrogante (S), para todos los efectos legales.

Sírvase también el H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, asumiré la representación de la Fiscalía Nacional Económica a propósito de la tramitación del recurso de reclamación contenido en lo principal de este escrito, sin perjuicio de los poderes otorgados en el procedimiento seguido ante el H. TDLC, los cuales ratifico en este acto.

POR TANTO,

SOLICITO A ESTE H. TRIBUNAL: se tenga presente.