

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

INFORME N° 26/2022

Santiago, ocho de agosto de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 492-21

CONSULTANTE: Agrosuper S.A. y otras.

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

CONTENIDO

I) PARTE EXPOSITIVA

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

II) PARTE CONSIDERATIVA

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

III) PARTE RESOLUTIVA

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

I) PARTE EXPOSITIVA

1) INTERVINIENTES

A. Solicitantes

1. Agrosuper S.A., British American Tobacco Chile Operaciones S.A., Cencosud S.A., Cambiaso Hermanos Sociedad Anónima Comercial Cervecería Chile S.A., CMPC Tissue S.A., Coca Cola Embonor S.A., Compañía Cervecerías Unidas S.A, Embotelladora Andina S.A., Embotelladoras Chilenas Unidas S.A., Empresas Carozzi S.A., Empresas Demaria S.A., Evercrisp Snack Productos de Chile S.A., Ideal S.A., Industria de Alimentos Dos en Uno S.A., L'Oréal Chile S.A., Natura Cosméticos S.A., Nestlé Chile S.A., Productos Fernández S.A., Procter & Gamble Chile Limitada, Sodimac S.A., Tresmontes Lucchetti S.A., Unilever Chile Limitada, Viña San Pedro Tarapacá S.A. y, Watt's S.A. (en adelante, las **"Solicitantes"**).

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

2. De conformidad con el artículo 31 número 1) del Decreto Ley N° 211 (en adelante, "D.L. N° 211"), y dentro del plazo establecido en la resolución de inicio del procedimiento de folio 42, prorrogado a folio 61, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos (en adelante, también, la **"Solicitud"**) las siguientes entidades:

- Metalúrgicas y Mecánicas Midas Ltda.
- Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje ANIR A.G.
- Cristalerías de Chile S.A.
- Cristalerías Toro SpA
- Fiscalía Nacional Económica
- Ministerio del Medio Ambiente
- Superintendencia del Medio Ambiente
- Verallia Chile S.A.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

A. Objeto de la Solicitud y marco normativo aplicable

3. A folio 31, el 16 de abril de 2021, las Solicitantes requirieron al Tribunal que informe que las bases de licitación (en adelante, indistintamente las “**Bases de Licitación**” o “**Bases**”) y disposiciones pertinentes de los estatutos (“**Estatutos**”) y del plan de gestión (“**Plan de Gestión**”) sometidos a su conocimiento cumplen con las exigencias de la Ley N° 20.920 que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (“**Ley REP**”), en materia de libre competencia.

4. Precisan que la Ley REP establece como idea fundamental el principio en virtud del cual cada productor de una sustancia u objeto que pueda transformarse en residuos (conocidos como producto prioritario) debe hacerse responsable de ellos, desde su generación hasta su valorización o eliminación, así como también de internalizar los costos y externalidades negativas asociadas a su manejo. Para dicho efecto, el artículo 3°, numeral 20, de la Ley REP señala que se entiende por “producto prioritario” toda “[...] *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*”. Entre los distintos productos prioritarios se encuentran los aceites lubricantes, los aparatos eléctricos y electrónicos, las baterías, neumáticos, pilas y los envases y embalajes (“**EyE**”), siendo estos dos últimos los relevantes para la presente solicitud. Por otra parte, indican que el numeral 21 del artículo 3° de la Ley precisa que, en el caso de envases y embalajes, el productor es aquel que introduce en el mercado el bien de consumo envasado o embalado. Asimismo, indica que el Decreto Supremo N°12 del Ministerio del Medio Ambiente, de 8 de junio de 2020 (“**D.S. N°12**”), establece que por “envases y embalajes” se entienden todos “[...] *aquellos productos hechos de cualquier material, de cualquier naturaleza que sean usados para contener, proteger, manipular, facilitar el consumo, almacenar, conservar, transportar, o para mejorar la presentación de las mercancías, así como los elementos auxiliares integrados o adosados a aquellos, cuando cumplen con la función de informar al consumidor o alguna de las funciones ya señaladas*”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. Por otra parte, el D.S. N° 12 establece las metas de recolección y valorización de EyE por año según el tipo de residuo, distinguiendo además entre los residuos domiciliarios y no domiciliarios.

6. Respecto de los residuos domiciliarios, se establecieron las siguientes metas:

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

Fuente: Solicitud de Informe, p. 9.

7. Por su parte, en el caso de residuos no domiciliarios, las metas se muestran a continuación:

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

Fuente: Solicitud de Informe, p. 10.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8. La Ley REP autoriza a los productores a cumplir sus obligaciones y metas de recolección y valorización de manera colectiva, mediante la creación de un sistema colectivo de gestión (en adelante también “**SCG**”), que deberá ser autorizado por el Ministerio de Medio Ambiente. Dicha actuación conjunta ha sido fomentada, además, por el D.S. N°12, al indicar que los sistemas individuales de gestión deberán dar cumplimiento a las metas de manejo únicamente con los residuos prioritarios de sus propias marcas, mientras que los sistemas colectivos lo podrán hacer con productos de cualquier marca, facilitando de esa manera el cumplimiento de las metas de recolección y valorización y, por lo tanto, generando un incentivo a la asociatividad de los productores. A mayor abundamiento, el D.S. N°12 señala que el número de asociados a un SCG no es irrelevante, y que la existencia de sistemas colectivos conformados por pocos productores podría generar distorsiones en el mercado de la gestión de EyE y perjudicar a productores que persiguen introducir al mercado productos reciclables. Por lo mismo, indica que el beneficio de poder cumplir las metas de manejo con cualquier residuo de envases y embalajes queda reservado exclusivamente a aquellos SCG conformados por 20 o más productores no relacionados (denominados “**Gransic**” en el art. 2° N°17 del D.S. N°12).

9. En ese contexto, las Solicitantes han iniciado las gestiones para constituir un Gransic a través de una corporación de derecho privado denominada Sistema de Gestión de Envases y Embalajes (en adelante, “**Sigenem**” o la “**Corporación**”). En principio, esta corporación estará integrada por las 25 Solicitantes, y su finalidad exclusiva será la gestión de sus residuos de EyE. Conforme lo autoriza la Ley REP, cada SCG puede contratar con gestores particulares los distintos servicios que componen el manejo de residuos, esto es, su recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento. Para ello, los SCG tienen la obligación de convocar a licitaciones abiertas para que cada interesado pueda formular sus propuestas de servicio de manejo de residuos.

10. Por otra parte, la Ley REP considera que la reunión de productores para gestionar de manera colectiva los residuos y las condiciones en las que se contrate con terceros su manejo, puede generar eventuales riesgos de libre competencia. Atendido lo anterior es que, para poder solicitar la autorización de su operación ante el Ministerio de Medio Ambiente, los artículos 24 y 26 de la Ley REP exigen que todo SCG obtenga un informe previo del Tribunal que declare lo siguiente:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a. Que en las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; y,

b. Que en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del sistema colectivo de gestión, no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

11. Pues bien, con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones antes referidas, las empresas que formarán parte de Sigenem han solicitado un informe del Tribunal que se pronuncie específicamente sobre las bases de licitación que regulan las condiciones de contratación con terceros, así como también sobre las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos miembros y sobre el funcionamiento de Sigenem.

12. A efectos de acreditar que los instrumentos respectivos cumplen con las exigencias en materia de competencia, las Solicitantes acompañaron las Bases de Licitación que se pretenden utilizar para contratar con terceros el manejo de residuos, además de los Estatutos y el Plan de Gestión de Sigenem, que se pronuncian sobre su funcionamiento y la incorporación de nuevos asociados.

13. Agregan que los documentos acompañados han sido redactados y preparados para cumplir con las exigencias de la Ley REP y fomentar la libre competencia en los mercados relevantes involucrados, y que han tomado las precauciones y medidas de mitigación necesarias para evitar que la participación conjunta de distintos competidores en Sigenem pueda dar lugar a algún riesgo anticompetitivo, tal como potenciales abusos unilaterales, intercambios de información comercial sensible o una coordinación ilícita.

B. Breve descripción de Sigenem

14. Sigenem es un sistema de gestión colectivo compuesto por las Solicitantes y en proceso de constitución bajo la figura de una corporación de derecho privado. Conforme lo exige la Ley, Sigenem no distribuye utilidades entre sus asociados y es responsable frente a la autoridad del cumplimiento de las obligaciones y metas de gestión de residuos de las Solicitantes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15. También como lo exige la Ley REP, Sigenem tiene por finalidad exclusiva la gestión de los residuos de envases y embalajes de las Solicitantes, en su calidad de producto prioritario. Para el cumplimiento de dicha labor, Sigenem opera como intermediario entre sus productores asociados y los gestores autorizados con quienes licita la contratación del manejo de los residuos, de modo que los distintos productores no se relacionan entre sí, sino que directamente con Sigenem.

C. Mercados relevantes involucrados

16. En opinión de las Solicitantes, es posible identificar tres mercados relevantes en los que incidiría la operación de Sigenem: (i) el mercado de la producción de EyE a lo largo de Chile, en el que participan de manera individual cada una de las Solicitantes, como productoras de productos prioritarios; (ii) el mercado de los sistemas de gestión en Chile, en el que participará Sigenem; y, (iii) el mercado del manejo de los residuos de EyE en Chile, en el que participan los gestores con quienes Sigenem debe contratar el manejo de residuos.

Mercado de la producción de EyE

17. Indican las Solicitantes que, en el mercado de la producción de EyE en Chile, participan todas las empresas proveedoras de insumos y envases (productoras e importadoras), y sus distribuidores, además de empresas que utilizan los EyE para introducir sus productos al mercado. Según un estudio realizado por el Centro de Envases y Embalajes de Chile, la gran mayoría de los productores de EyE se ubican en la Región Metropolitana.

18. En el caso de los EyE, el productor introduce al mercado nacional bienes de consumo envasados o embalados compuestos por, al menos, uno de los siguientes materiales: cartón para líquidos (*Tetrapak*), metal, papel y cartón, plástico, y vidrio. Los envases y embalajes tienen funcionalidades, precios y procesos de producción distintos, circunstancias que en la práctica implican que no sean todos sustitutos entre sí. De esa manera, los EyE no constituyen un solo mercado relevante. Sin embargo, las Solicitantes indican que, para efectos de la Solicitud, la producción de EyE se tratará conjuntamente como un solo mercado relevante. Lo anterior, porque la Ley REP, al tratar la gestión colectiva de EyE, regula la administración conjunta de dichos productos, sin realizar un tratamiento diferenciado en materia de gestión

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

colectiva ni distinguir entre distintos tipos de EyE, sino que agrupando a todos ellos en su calidad de productos prioritarios.

19. Este mercado relevante se caracteriza por la ausencia de barreras a la entrada y por ser muy atomizado, toda vez que participan en este todas las empresas que introduzcan al mercado productos envasados o embalados con cartón, metal, papel, plástico o vidrio.

20. Según informó recientemente el Ministerio de Medio Ambiente, en Chile se generan anualmente alrededor de 2.082.396 de toneladas de residuos de EyE, de las cuales 758.580 son producidas por las Solicitantes, esto es, un 36,43%.

21. La tabla que se incluye a continuación contiene el detalle del total de las toneladas producidas, distinguiendo por productos, tanto a nivel nacional como a nivel de Sigenem:

Producto	Producción Nacional (ton.)	Producción SIGENEM (ton.)	Porcentaje
Papel - cartón	721.615	207.647	28,8%
Plástico	730.671	324.306	44,4%
Vidrio	486.576	173.032	35,6%
Metal	120.960	44.135	36,5%
Tetrapak	22.844	9.460	41,4%
Total	2.082.396	758.580	36,43%

Fuente: Solicitud de Informe, p. 18.

Mercado de los sistemas de gestión de residuos de EyE

22. A la fecha no existen sistemas de gestión colectivos de envases y embalajes en nuestro país. Sin embargo, considerando la obligación de gestión que impone la Ley REP, dentro de los próximos años debiesen comenzar a constituirse nuevos sistemas de gestión, ya sean individuales o colectivos (como Sigenem), respecto de este y los demás productos prioritarios.

23. En opinión de las Solicitantes, el mercado de los sistemas de gestión de EyE carece de barreras a la entrada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mercado del manejo de residuos de EyE

24. Señalan las Solicitantes que, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley REP, los sistemas colectivos de gestión sólo podrán contratar con gestores autorizados y registrados. Por su parte, el artículo 3° define “gestor” como toda aquella “[...] *persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza cualquiera de las operaciones de manejo de residuos [...]*” y por “manejo” de residuos “[t]odas las acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento”. Así las cosas, en este mercado participan recolectores, almacenadores, transportistas de residuos y aquellos que se encargan de las distintas fases de su tratamiento y valorización.

25. En este contexto, debe distinguirse si se trata del manejo de residuos domiciliarios o no domiciliarios.

26. Por otra parte, una segunda distinción dice relación con la función u oportunidad en la que participa cada gestor en el proceso de gestión de los residuos. En ese sentido, es posible dividir a los gestores en tres grandes grupos: (i) los gestores logísticos, cuya función principal consiste en recoger residuos y almacenarlos inicialmente, con el objetivo de transportarlos luego a una instalación de almacenamiento final, a una instalación de pretratamiento, de valorización o directamente de eliminación, como sería un relleno sanitario; (ii) los gestores de pretratamiento que realizan todas aquellas operaciones preparatorias o previas a la valorización o eliminación, tales como separación, desembalaje, corte, trituración, compactación, mezclado, lavado y empaque, entre otros, destinadas a reducir el volumen de los residuos, facilitar su manipulación o potenciar su valorización; y (iii) los gestores de tratamiento o destino final quienes se encargan de la eliminación, valorización y/o reciclaje de los residuos.

27. En definitiva, en este mercado es posible diferenciar seis submercados relevantes en el país, dependiendo de la calidad del residuo y las diversas etapas de su manejo: (a) el de manejo de residuos domiciliarios por gestores logísticos; (b) el de manejo de residuos no domiciliarios por gestores logísticos; (c) el de manejo de residuos domiciliarios por gestores de pretratamiento; (d) el de manejo de residuos no domiciliarios por gestores de pretratamiento; (e) el de manejo de residuos domiciliarios por gestores de tratamiento o destino final; y (f) el de manejo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de residuos no domiciliarios por gestores de tratamiento o destino final. En cada uno de estos submercados participan numerosos actores prestando distintos servicios y cumpliendo diversas funciones a lo largo del proceso.

28. Por otra parte, todos los submercados identificados tienen directa relación con la operación de Sigenem, precisamente porque la Ley REP obliga a los SCG a contratar con los gestores el manejo de los residuos. En dicho escenario, podrían llegar a existir eventuales riesgos de abusos de posición dominante o la imposición de restricciones verticales que pudiesen impactar este mercado relevante en específico, riesgos que, según las Solicitantes, habrían sido identificados y adecuadamente mitigados por Sigenem en los documentos sometidos a conocimiento del Tribunal.

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

29. A la época de la presentación de la Solicitud, las Solicitantes acompañaron una primera versión de las Bases de Licitación y de los Estatutos de la Corporación. Con posterioridad, en el plazo para aportar antecedentes, distintos intervinientes hicieron observaciones a dichos documentos.

30. A folio 145, las Solicitantes manifestaron su disposición a acoger varias de las observaciones realizadas. Ante ello, a solicitud de la FNE, el Tribunal les ordenó acompañar una nueva versión de las Bases de Licitación y de los Estatutos, incorporando los cambios que serían acogidos.

31. En cumplimiento de lo ordenado, a folio 156 las Solicitantes acompañaron una segunda versión de las Bases de Licitación y de los Estatutos.

32. Con motivo de esta nueva versión, la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio del Medio Ambiente hicieron presente al Tribunal que, si bien varias de sus observaciones habían sido acogidas o ya no eran aplicables, subsistían una serie de reparos en materia de competencia.

33. Luego, a folio 188, las Solicitantes presentaron una tercera versión de las Bases de Licitación y de los Estatutos. Indicaron que revisaron detalladamente las recomendaciones de las autoridades, aceptando incorporar gran parte de ellas. En ese contexto, a continuación, se hará referencia al contenido de la tercera y última

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

versión de las Bases de Licitación y de los Estatutos, pues es respecto de estas que debe recaer el informe de autos.

E. Reglas de incorporación y funcionamiento del Sigenem contenidas en los estatutos

i) Objeto y socios de la Corporación

34. El fin exclusivo de Sigenem será la gestión de residuos de EyE domiciliarios y no domiciliarios. Podrán ser socios de la Corporación exclusivamente productores de productos prioritarios de EyE, salvo que la normativa vigente permita la integración de los distribuidores u otros actores.

35. La Corporación estará integrada por tres categorías de socios: permanentes, activos clase A y activos clase B. Dicha clasificación entre socios estaría justificada en la necesidad de equilibrar los esfuerzos de inversión en costos hundidos y gestionar adecuadamente los riesgos de conductas oportunistas (*free riding*) que han tenido que enfrentar las empresas que asumen el riesgo de conformación de Sigenem. A juicio de las Solicitantes, dicha clasificación no puede considerarse como anticompetitiva, discriminatoria o inequitativa, toda vez que cualquier empresa –independiente de su tamaño– que desee ingresar a Sigenem en la calidad de socio permanente o activo puede hacerlo, conforme se regula en los Estatutos.

36. Los requisitos para ser socio de la Corporación son los siguientes: (i) ser productor de EyE conforme a la Ley REP; (ii) el pago de la cuota de incorporación correspondiente a la categoría de socio; (iii) el pago de las tarifas por el costo de gestión (“**ecotasas**”); y (iv) el pago de la garantía legal para el cumplimiento de metas.

37. El monto de la cuota de incorporación de las distintas categorías de socios deberá ser aprobada por la Asamblea General (los organismos de la Corporación se describen en los párrafos 45 y siguientes *infra*) sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios. En el caso de los socios permanentes, la cuota de incorporación debe considerar: (i) los costos derivados de la conformación de la Corporación; y (ii) todos los costos en que incurre la Corporación para la incorporación de un nuevo socio permanente. Quienes suscriban el acta de constitución adquirirán esta calidad. Por su parte, quienes con posterioridad a la constitución estén interesados en adquirirla, deberán cumplir con los requisitos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecidos en los Estatutos para la categoría de socio permanente. Estos tienen derecho a un voto en la Asamblea General.

38. Por su parte, la cuota de incorporación de los socios activos clase A equivaldrá a una proporción del total de la cuota de incorporación que paga un socio permanente y debe incluir todos los costos en que incurre Sigenem para la incorporación de un nuevo socio activo clase A. Tienen derecho a la proporción de un voto equivalente al porcentaje que su cuota de incorporación represente del valor total de la cuota de incorporación que paga un socio permanente.

39. En el caso de los socios activos clase B, la cuota de incorporación será equivalente a una proporción del total de la cuota de incorporación que paga un socio permanente, inferior a la del socio activo clase A, y debe incluir todos los costos en que incurre Sigenem para la incorporación de un nuevo socio activo clase B. Tienen derecho a participar en las reuniones de la Asamblea General sólo con derecho a voz, por lo que no participan de la elección del Directorio.

40. En cuanto a la adquisición de la calidad de socio, el ingreso a la Corporación se producirá a solicitud del interesado. La posibilidad de presentar solicitudes estará permanentemente disponible y el Directorio se pronunciará sobre las solicitudes de ingreso en el plazo máximo de 60 días, garantizando el respeto a las normas de la libre competencia y a cualquier otra normativa vigente. La negativa de admisión será fundada y no podrá negarse el ingreso a la Corporación a quienes cumplan con los requisitos, que son objetivos, transparentes y no discriminatorios.

41. En materia de pérdida de la calidad de socio, esta puede tener lugar por renuncia o por expulsión. En lo que respecta a la renuncia, cualquier socio podrá renunciar a la Corporación dando aviso por medio de carta al Directorio, y la renuncia se hará efectiva una vez que la carta sea revisada por el Directorio y se verifique el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del renunciante. El Directorio tendrá un plazo para pronunciarse no superior a 30 días desde la solicitud. En caso de no pronunciarse en dicho plazo, se entenderá que opera una regla de silencio positivo sobre la solicitud de renuncia.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

gestión de la Corporación y/o hasta el pago completo de las obligaciones pecuniarias del renunciante.

43. Por otra parte, las causales de expulsión de la Corporación son las siguientes: (i) incumplimiento reiterado de las obligaciones con la Corporación, según detallan los Estatutos; y (ii) causar grave daño de palabra, por escrito o con obras a los intereses de la Corporación, de conformidad a lo establecido en el Código de Ética. El daño debe haber sido probado por medios incuestionables y la resolución que recaiga sobre su determinación deberá ser fundada debidamente.

44. La Comisión de Ética resolverá la procedencia de la expulsión, a proposición y previa investigación de la Gerencia de Auditoría, ante quien el socio tendrá el derecho de ser oído, presentar sus descargos y defenderse de la acusación que se formule en su contra. De la expulsión se podrá apelar para ante una Asamblea General citada al efecto, la cual resolverá en definitiva la aplicación de la medida.

ii) Organismos de la Corporación

Asamblea General

45. En el marco del funcionamiento de la Asamblea General, con el objeto de dar cumplimiento a la regulación de libre competencia en materia de intercambios de información, los Estatutos establecen una serie de resguardos:

- a) La agenda de las asambleas deberá ser preparada con antelación y revisada por un asesor especializado, luego de lo cual deberá ser enviada a los asistentes por correo electrónico con clara indicación de los temas a tratar y solo podrá modificarse previa revisión por parte del asesor. La Asamblea General debe limitarse a discutir y analizar los temas indicados en la agenda.
- b) En caso de haber material complementario, este deberá ser revisado previamente por un asesor especializado.
- c) No se podrá intercambiar información sensible o antecedentes comerciales estratégicos, ni ningún otro antecedente relacionado con las decisiones de negocios de la Corporación fuera de las asambleas generales de la Corporación y sus organismos formales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- d) Los socios que, por estar integrados verticalmente, de forma directa o a través de una compañía relacionada con la Corporación, puedan enfrentar conflictos de interés reales o aparentes, deberán procurar abstenerse de decisiones cuya participación pueda generar afectación a los intereses de la Corporación. Tales abstenciones deberán constar por escrito en el acta de cada sesión.

- e) Se procurará evitar que la representación del socio sea desempeñada por una persona que ejerza cargos de carácter comercial, que estén directamente relacionados con la comercialización o ventas dentro de la compañía socia, pero en caso de que fuese necesario por causa de gobernanza y estructura interna de la compañía socia, el representante deberá asistir acompañado por el asesor legal de la compañía.

Directorio

46. El Directorio estará compuesto por 7 directores que se mantendrán en el cargo por períodos de 4 años, con posibilidad de reelección.

47. Para ser director se exige no 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: (i) las empresas asociadas a la Corporación o sus relacionadas; (ii) las empresas gestoras de los servicios que la Corporación deba licitar; y (iii) las empresas productoras, distribuidoras o comercializadoras de EyE.

Panel Técnico

48. El Panel Técnico propondrá el modelo tarifario y de garantías, el que debe ser aprobado por la Asamblea General. Estará integrado por tres profesionales expertos en materias medioambientales, regulatorias o de libre competencia. Sus integrantes serán propuestos por el Directorio y aprobados por la Asamblea General. Por su parte, anualmente se reunirá para proponer perfeccionamientos al modelo tarifario.

Comisión Arbitral

49. Resolverá cualquier discrepancia técnica sobre la aplicación del modelo tarifario y de garantías. Estará integrada por tres profesionales propuestos por el Directorio y aprobados por la Asamblea General.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Auditoría Externa de Libre Competencia

50. Los auditores externos deberán ser expertos en materias de libre competencia. Deberán auditar cada 5 años el cumplimiento de lo dispuesto en el informe del Tribunal que autorice las reglas y procedimientos de la Corporación de conformidad con las disposiciones de la Ley REP. Deberán emitir un informe cuyo contenido será entregado a la Corporación y la FNE cada vez que se emita.

51. La empresa o profesionales a cargo de la auditoría externa serán propuestos por el Directorio y aprobados por la Asamblea General.

iii) Resguardo de información comercial sensible

52. La información comercial sensible que sea entregada por los socios a la Corporación para el cumplimiento de su propósito tendrá siempre el carácter de confidencial, y solo podrá ser utilizada para los fines de la Corporación y el cumplimiento de sus obligaciones.

53. Se procurará que dicha información sea la necesaria y suficiente para que las Asambleas Generales, el Directorio y cualquier otro organismo que lo requiera, adopte las decisiones propias de sus facultades y funciones.

54. Los socios no podrán acceder de ningún modo o tomar conocimiento de dicha información de una manera que pueda afectar la libre competencia, ni intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente en instancias no definidas formalmente por la Corporación.

55. La entrega de información deberá ser canalizada hacia los organismos internos de la Corporación a través de los mecanismos que el Directorio apruebe para el debido resguardo y confidencialidad, debiendo procurar su seguridad y registro por escrito.

56. El personal de la Corporación está obligado a guardar absoluta confidencialidad en el ejercicio de sus funciones. No podrá revelar al resto de los socios información confidencial recabada para la consecución de los fines de la Corporación y el cumplimiento de obligaciones legales.

57. La infracción a estas obligaciones deberá ser puesta en conocimiento de la Gerencia de Auditoría, quien actuará de conformidad a lo dispuesto en los Estatutos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

iv) Patrimonio

58. El patrimonio de la Corporación estará formado por los bienes que forman su patrimonio inicial, que son los aportes y cuotas de incorporación efectuadas por los socios permanentes, socios activos clase A y socios activos clase B.

59. Formarán también parte del patrimonio las donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte que se le hicieren, las ventas de sus activos y por las erogaciones y subvenciones que obtenga de personas naturales o jurídicas, de las municipalidades o del Estado y demás bienes que adquiriera a cualquier título. Los ingresos percibidos, beneficios o excedentes de la Corporación, no podrán por motivo alguno distribuirse a sus socios, debiendo emplearse en el cumplimiento de sus fines estatutarios.

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

F. Bases de Licitación

61. Las Solicitantes someten al conocimiento del Tribunal cuatro bases de licitación, a saber: (i) el servicio de recolección de residuos reciclables de EyE; (ii) el servicio de instalaciones de recepción y almacenamiento; (iii) el servicio de clasificación y pretratamiento de residuos reciclables de EyE; y (iv) la venta de residuos de EyE para su valorización.

62. Señalan que las Bases de Licitación se ajustan a criterios fijados en materia de licitaciones por informes previos del Tribunal, son gratuitas y se puede acceder a ellas vía *web*. La única exigencia para su entrega es que los interesados firmen un acuerdo de confidencialidad para resguardar información confidencial de Sigenem.

Estructura de las Bases

63. Cada una de las Bases está compuesta de las correspondientes bases administrativas y técnicas más tres anexos, que consisten en una declaración de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

confidencialidad, una declaración de conflictos de interés y el modelo de contrato a suscribir con el adjudicatario.

64. Las bases administrativas son similares en las cuatro licitaciones. Por su parte, las bases técnicas detallan las características del servicio o producto licitado y establecen niveles mínimos de calidad exigidos, por lo que difieren según el servicio o producto a licitar.

65. Sin perjuicio de ello, todas las Bases contemplan la posibilidad de realizar licitaciones separadas por zonas geográficas y tipo de material.

Crterios de participación y presentación de ofertas

66. Las ofertas deben contener los antecedentes técnicos y comerciales requeridos, además de la oferta económica.

67. Los antecedentes técnicos deben incluir la descripción y características del servicio que se ofrece, según las especificaciones contenidas en las bases técnicas. Cada una de las Bases contiene un listado de puntos mínimos que debe contener dicha descripción. En caso de que se omita uno o más de esos puntos, la oferta se considerará incompleta y no pasará a la evaluación de la oferta económica.

68. En cuanto a los antecedentes comerciales, solo las bases de licitación del servicio de recepción y almacenamiento exigen un listado de experiencia en servicios similares, indicando la ubicación de la instalación, el tiempo de operación y kilos de material recibido.

Proceso de evaluación de ofertas

69. La evaluación de las ofertas será realizada por una Comisión Evaluadora designada por el Directorio de Sigenem. Dicha comisión contará con la presencia de al menos cinco personas de tres de sus gerencias, el Gerente General y un representante del Directorio. Sus miembros deben realizar cada seis meses una declaración de intereses y tienen un deber de abstención estricto si presentan conflictos de interés, particularmente con gestores de residuos.

70. La Comisión Evaluadora emitirá un primer informe que detalle la admisibilidad o inadmisibilidad de las ofertas, para luego proceder a la apertura de las ofertas económicas de aquellas declaradas admisibles.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

71. Se establecerá un precio de reserva máximo que se revelará al abrir las ofertas económicas. Todas las ofertas por sobre ese precio serán consideradas inadmisibles.

72. La Comisión Evaluadora emitirá un segundo informe con el análisis técnico y económico de las ofertas admisibles y su orden de prelación según criterios de evaluación. El Directorio aprobará o rechazará la propuesta de esta comisión por resolución fundada. Puede rechazar la propuesta si esta no se encuentra de conformidad a los requisitos y parámetros de evaluación contenidos en las Bases.

Método de evaluación de las ofertas

73. Una vez que la oferta ha sido declarada admisible, la oferta económica pondera el 100%. Dado que el criterio de evaluación es exclusivamente económico, se solicitarán ofertas con dos decimales para disminuir probabilidades de empate.

74. En el caso de las licitaciones de servicios, se ordenan las propuestas desde la más económica hasta la más alta y luego se le asigna un puntaje según la siguiente fórmula:

$$\text{Puntaje de oferente} = \text{oferta más económica} / \text{oferta del oferente} * 10$$

75. A su vez, en las licitaciones de venta para valorización, se ordenan las ofertas económicas desde la más alta (mayor precio de compra) a la más baja y se le asigna un puntaje de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Puntaje de oferente} = \text{oferta del oferente} / \text{oferta más alta} * 10$$

Adjudicación

76. Las licitaciones pueden ser adjudicadas total o parcialmente, y en favor de uno o más oferentes. Siguenem se reserva el derecho de declarar desierta la licitación cuando no se presenten ofertas o cuando estas no cumplan con los requisitos contenidos en las Bases, en ambos casos por resolución fundada.

Garantías y Multas

77. Las Bases exigen la entrega de dos garantías, de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento del contrato. La garantía de seriedad de la oferta asciende a 5 millones de pesos en las bases de licitación de recolección; de clasificación y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pretratamiento; y de valorización, y a un millón de pesos en el caso de las bases de licitación de recepción y almacenamiento.

78. Por su parte, la garantía de fiel cumplimiento de contrato asciende a un 5% del monto total del contrato adjudicado en el caso de las bases de licitación de recolección; de recepción y almacenamiento; y de valorización, mientras que, en el caso de las bases de licitación de clasificación y pretratamiento, asciende a un 2,5% del monto total del contrato adjudicado. Las Bases establecen la forma de calcular el monto total del contrato en cada caso (salvo las de valorización). Esta garantía se mantendrá vigente durante toda la duración del contrato. Los casos en que puede cobrarse se encuentran estipulados en las Bases.

79. Adicionalmente, Sigenem retendrá un 5% de cada estado de pago para constituir un fondo de garantía, que será íntegramente devuelto al final del contrato.

80. Por otra parte, las Bases detallan las causales y montos de las multas por incumplimiento de servicios, así como los montos a que ascienden los respectivos seguros de responsabilidad civil en cada caso.

Plazo del contrato

81. Los plazos del contrato varían en cada licitación. En las bases de licitación de recolección el plazo es de 5 años; en las de recepción y almacenamiento, 24 meses; en las de clasificación y pretratamiento, 15 años; y en las de valorización, 6 meses.

Cláusula Arbitral

82. Cualquier controversia entre los contratantes será sometida al conocimiento de un árbitro mixto conforme al reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Término del Contrato

83. Sigenem podrá poner término anticipado al contrato por carta certificada con 30 días de anticipación, en una serie de hipótesis de incumplimiento, que se detallan en cada una de las Bases. Las causales de terminación comunes a todas las Bases de Licitación se indican a continuación: (a) incumplimiento de pago de leyes previsionales y laborales del personal bajo dependencia; (b) incumplimiento de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obligaciones tributarias; (c) si el prestador cae en insolvencia evidenciada por la incapacidad de pagar sus deudas a medida que vayan venciendo y/o de cumplir adecuada y oportunamente con sus obligaciones bajo el contrato; (d) si el prestador cae, solicita o le es solicitada su quiebra o liquidación, propone convenios generales con sus acreedores judiciales o extrajudiciales o se le designan síndicos, administradores de bienes o interventores; (e) no dar inicio a la prestación del servicio en el tiempo convenido en el contrato; (f) acciones u omisiones graves de los empleados del gestor que pudiesen producir un perjuicio al sistema de gestión; y (g) el abandono o suspensión, total o parcial de los servicios sin previo aviso al sistema de gestión por fuerza mayor.

84. Por su parte, el proveedor podrá poner término anticipado al contrato en cualquier momento en caso de que Sigenem presente un atraso igual o mayor a 90 días respecto del pago de los servicios mensuales.

85. Ninguna de las partes tendrá derecho a reclamos por daños y perjuicios, lucro cesante o cualquier otro debido al término anticipado del contrato por la parte contraria.

Fórmulas de reajuste anual del precio

86. Todas las Bases de Licitación, salvo las de valorización, contemplan mecanismos de reajuste del precio. En las bases de licitación de recolección, el precio se reajustará en base a la variación anual del índice de costo de transporte *50% + variación anual del IPC * 50%, mientras que, en el caso de las bases de licitación de recepción y almacenamiento, y clasificación y pretratamiento, el precio se reajustará de acuerdo con el IPC.

G. Conclusiones de las Solicitantes

87. Las Solicitantes concluyen que las reglas contenidas en las Bases de Licitación no impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en los términos referidos en el artículo 24 de la Ley REP. En particular, señalan que se fomenta la competencia ex ante; los criterios de evaluación son objetivos y claros; los criterios de adjudicación están predefinidos y son públicos y transparentes; se establecen específicamente las obligaciones del adjudicatario; hay transparencia en materia de garantías, retenciones y multas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

88. Asimismo, sostienen que las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados se adecúan a la libre competencia, conforme con el artículo 26 de la Ley REP, toda vez que son objetivas y transparentes; están basadas en los legítimos objetivos de Sigenem y se aplican de manera uniforme; los procedimientos de incorporación también son objetivos, transparentes y de aplicación general; las reglas y procedimientos de incorporación son sostenibles en el tiempo; las reglas y procedimientos no son irrazonablemente restrictivos; y los criterios para la expulsión de un afiliado no son arbitrarios.

89. Por último, concluye que las reglas y procedimiento sobre el funcionamiento de Sigenem fomentan la libre competencia y evitan riesgos de conductas coordinadas, cumpliéndose así el requisito exigido por el artículo 26 de la Ley REP, y agrega que, para mitigar los riesgos de intercambio de información sensible y coordinación anticompetitiva, Sigenem ha establecido reglas y procedimientos de comportamiento, objetivos y de general aplicación, que permiten que su funcionamiento garantice el respeto a la libre competencia.

3) ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

90. A folio 90 aportó antecedentes **Metalúrgicas y Mecánicas Midas Ltda.** (“Midas”), empresa dedicada al reciclaje en diversas áreas, como el tratamiento de residuos de plásticos, metales, papeles, cartones y vidrios, entre otros.

91. Midas sostiene que los Estatutos no establecen claramente cómo se resguardará la información sensible de los socios y quién podrá acceder a ella. Agrega que tampoco señalan cuáles serán las sanciones disciplinarias para los directores, socios y personal dependiente de Sigenem en caso de divulgación de información comercial sensible, ni si existirá una obligación de confidencialidad para el director, socio o personal de Sigenem, una vez que concluya su relación laboral o societaria. Asimismo, plantea que los Estatutos no prevén qué sucederá con las empresas socias que tengan conflictos de interés por integración vertical o que estén relacionadas comercialmente con empresas gestoras de recolección o tratamiento de residuos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

92. A folio 94 aportó antecedentes la **Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje ANIR A.G.** (“ANIR”), quien señala que los EyE no deben ser tratados como un solo mercado relevante, toda vez que las subcategorías de materiales que los componen no son sustitutas entre sí. En ese sentido, distingue seis industrias de reciclaje diferentes: aluminio, cartón, plásticos de polietileno (PE), plásticos de tereftalato de polietileno (PET), plásticos de polipropileno (PP) y vidrio, y describe el mercado relevante, el poder de mercado y concentración de mercado de cada una ellas por separado. Además, describe los mercados de la recolección y disposición final, de espacios de aporte voluntario y de los clasificadores de residuos sólidos.

93. En materia de valorización de residuos, en el caso del cartón, señala que las empresas productoras consideran el reciclaje de material como parte de su proceso de fabricación, pero lo hacen a través de empresas filiales. En lo referido a los plásticos, plantea que una parte importante de la producción se fabrica con mezclas de materia prima virgen y con pellets de material reciclado, por lo que las empresas de reciclaje están ligadas con las que elaboran los EyE. Por otra parte, destaca que solo el aluminio y el vidrio se pueden reciclar infinitas veces sin perder sus propiedades, mientras que los plásticos y el papel y cartón poseen una vida útil de reciclaje.

94. De acuerdo con lo señalado por ANIR, existe un importante poder comprador de residuos tratados en el exterior, lo que permite cierta competencia en la determinación del precio de venta nacional de residuos a los valorizadores, en la industria de valorización de aluminio, papel y cartón y plásticos. Sin embargo, esto no ocurre en el caso del vidrio. El material para producir vidrio no es exportado o importado y su reciclaje se realiza íntegramente en el país. En ese contexto, calcula los índices de concentración en el mercado de valorizadores, separado por industrias, y concluye que el mercado del reciclaje de cartones y vidrio se encuentra altamente concentrado.

95. En cuanto al poder de mercado y dominancia de Sigenem, si bien las Solicitantes indican que el 36,4% de los EyE producidos en el país pertenecerán a Sigenem al comienzo de su operación, ANIR considera que se sobrestimó la cifra de producción nacional de residuos, y que su participación en realidad alcanzaría un 57% del total de EyE producidos en Chile, lo que permitiría concluir que detentará una posición dominante en el mercado de sistemas de gestión colectivos de EyE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

96. ANIR destaca que la normativa chilena habría tenido en consideración los casos de Alemania y España, y que en ambos casos hay un solo gran actor dominante en los sistemas de gestión, lo que permite anticipar lo que podría ocurrir en Chile en cuanto al rol de Sigenem en el mercado.

97. En cuanto a las condiciones de competencia en las Bases de Licitación, señala que existe una alta concentración en los mercados de valorización de cartones y vidrios, lo que permite anticipar muy poca cantidad de oferentes en esos servicios. Agrega que para entrar al mercado las empresas deben realizar inversiones previas de envergadura, lo que dificulta aún más la entrada, lo que debiese ser considerado y mitigado en las Bases.

98. Respecto de la resolución de controversias relativas a la aplicación de multas, señala que el arbitraje obligatorio del Centro de Arbitraje y mediación de la Cámara de Comercio de Santiago parece desproporcionado, teniendo en cuenta el monto de las multas establecidas y el tamaño de las empresas que podrían participar en esas licitaciones. Argumenta que este mecanismo potencialmente sube los costos de operación, perjudicando a empresas con menor capacidad financiera, representando una barrera de entrada a favor de empresas de mayor tamaño y ya consolidadas. Sugiere que debiese fijarse un mecanismo similar al establecido en los Estatutos respecto a los socios.

99. En otras materias, plantea que no existe prevención para el caso de que empresas relacionadas participen en los procesos de licitación, tanto en el mercado aguas arriba como agua abajo, lo que representa un eventual riesgo anticompetitivo que debe ser mitigado. Agrega que las Bases no contemplan mecanismos de reclamación por parte de oferentes no adjudicados y que, si bien el Plan de Gestión señala que los convenios con municipalidades se regularán en los Estatutos y en la normativa interna del sistema de gestión, no hay referencia a ellos en los Estatutos.

100. Por último, expone que una cuota de incorporación alta puede operar como barrera de entrada a la incorporación de nuevos socios.

101. A folio 98 aportó antecedentes **Cristalerías de Chile S.A.** (“Cristalerías de Chile”), empresa que participa en el mercado de producción de EyE y en el de manejo de residuos de EyE, todo ello en relación con el vidrio. Señala que es el principal fabricante de envases y botellas de vidrio en Chile.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

102. Precisa que no es un “productor de producto prioritario” según la Ley REP, ya que no introduce en el mercado un bien de consumo envasado o embalado, por lo que en definitiva no está sujeta a la responsabilidad extendida del productor.

103. Sin embargo, participa en el mercado de manejo de residuos y embalajes a través de la Red de Reciclaje Sostenible de Vidrio, mediante su recolección en contenedores denominados ‘campanas’, para luego reciclarlo. Mediante el programa “Elige Vidrio” integra a gestores locales y municipios en el proceso de recolección. En ese marco, destaca que algunos de sus clientes le exigen que las botellas o envases que les fabrique y venda cuenten con un porcentaje mínimo de vidrio reciclado.

104. En cuanto a las Bases de Licitación para valorización, señala que estas incidirán en la posibilidad de adquirir vidrio reciclado para incorporarlo a su proceso productivo, y que conductas arbitrarias o exclusorias del adjudicatario pueden afectar sustancialmente la competitividad del mercado ‘aguas abajo’ de elaboración de botellas de vidrio con material reciclado. En consecuencia, solicita que el Tribunal tome en consideración la relevancia que el vidrio reciclado tiene para la economía circular y la viabilidad comercial de las empresas fabricantes de EyE de vidrio.

105. A folio 103 aportó antecedentes **Cristalerías Toro SpA** (“Cristoro”), empresa que fabrica botellas de vidrio. Además, participa en el mercado de la recolección (directamente y a través de terceros), pretratamiento y valorización de residuos de EyE en Chile. Al igual que Cristalerías de Chile, precisa que no califica como productor de productos prioritarios conforme a la Ley REP, por lo que no está obligado a cumplir con las metas de recolección y valorización.

106. Señala que la Ley REP cambia la estructura del mercado del reciclaje en el país mediante la introducción de un agente económico que detentará inevitablemente una posición dominante en el mercado de los sistemas de gestión de envases y embalajes en Chile.

107. Por otra parte, plantea que ciertas disposiciones de las Bases requieren ajustes para adecuarse al D.L. N° 211, por cuanto incluyen requisitos que pueden restringir la participación de oferentes o generar incertidumbre para las partes, con las pérdidas de eficiencia que ello implica. En particular, manifiesta incertidumbre acerca de si podrá seguir participando de las actividades de recolección, pretratamiento y valorización.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

108. En cuanto a los mercados relevantes definidos por las Solicitantes, sostiene que el supuesto mercado de producción de envases y embalajes confunde mercados distintos. Ante ello, Cristoro distingue: (i) los mercados relevantes de fabricación y comercialización de cada uno de los EyE, donde no es posible agrupar en un solo mercado relevante todos los tipos de EyE, que tienen usos y funcionalidades completamente distintos; y (ii) los mercados relevantes en que compiten las Solicitantes (mercados de bebidas, alimentos, detergentes, cosméticos, panadería, etc.). Precisa que, desde una perspectiva económica, la calidad de productores de productos prioritarios es solo una consecuencia natural de comercializar sus propios productos envasados y no corresponde propiamente a la actividad económica de las Solicitantes.

109. En lo referido al mercado de los sistemas de gestión de residuos de EyE, señala que, atendido que el DS N°12 limita la posibilidad de que los productores opten por cumplir las metas de recolección y valorización a través de un sistema individual, los productores de EyE tenderán a la conformación de sistemas colectivos. En consecuencia, el mercado relevante correctamente definido sería el de sistemas *colectivos* de gestión de residuos de EyE, en el que Sigenem tendrá una posición dominante.

110. Si bien la Ley REP no limita la coexistencia de múltiples sistemas de gestión para cada producto prioritario, tanto la experiencia comparada (Holanda, Bélgica y España) como la práctica permiten sostener que solo se conformaría un sistema colectivo de gestión de EyE, generándose un actor que concentraría la totalidad del poder de negociación y adjudicación del manejo de residuos de EyE.

111. Adicionalmente, la Ley REP impone como obligación a los consumidores que entreguen los residuos de los productos prioritarios al respectivo sistema de gestión, lo que impedirá, o al menos dificultará, el desarrollo de cualquier iniciativa de recolección y manejo de residuos fuera de un sistema de gestión.

112. En cuanto al mercado de manejo de residuos, las Solicitantes lo subdividen en seis submercados relevantes. En opinión de Cristoro, en realidad se trata de seis mercados distintos, por cuanto las inversiones y conocimientos que requieren y las necesidades que satisfacen son completamente distintas. Cristalerías Toro participa en todos ellos en lo que respecta al vidrio.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

113. Agrega que las distintas materialidades de EyE requieren diferentes técnicas para su recolección, clasificación, pretratamiento y valorización. Si bien algunas responden a técnicas similares, al menos respecto del vidrio conforman mercados relevantes totalmente distintos. Esto obliga a que las licitaciones respecto del vidrio se realicen separadamente de las otras materialidades.

114. Subraya que, atendido que el vidrio post consumo es unpreciado insumo en el proceso productivo, las restricciones en las actividades de reciclaje de vidrio afectarán la competencia aguas abajo entre los fabricantes de botellas de vidrio.

115. Por otra parte, manifiesta la necesidad de modificar una serie de puntos en las Bases de Licitación. En primer lugar, estima que se debiese establecer un estándar de calidad mínimo exigido en el manejo de residuos, que permita asegurar dicho estándar en la compra para su valorización. Al no estar determinado de antemano cuál es la calidad que se exigirá, los valorizadores deberán incorporar esa variable. Sostiene que una fórmula más eficiente sería exigir requisitos mínimos de calidad para los oferentes de todas las Bases.

116. En segundo término, plantea la necesidad de someter a las municipalidades a licitaciones bajo las Bases. Sostiene que la libre competencia exige que las municipalidades participen en licitaciones abiertas al igual que el resto de los interesados. Precisa que, respecto del servicio de recolección, permitir convenios directos con municipalidades permitiría aprovechar los activos existentes, pero respecto de las otras etapas debiesen participar en licitaciones abiertas.

117. Por último, manifiesta que el plazo de adjudicación por 15 años del servicio de clasificación y pretratamiento restringe la competencia en ese mercado, por lo que se requiere un análisis de eficiencias que justifique una restricción de tal magnitud. De lo contrario, solicita reducir al plazo a uno suficiente para recuperar las inversiones realizadas pero que permita competencia periódica por el servicio licitado.

118. A folios 110, 137 y 163 aportó antecedentes la **Fiscalía Nacional Económica** (“FNE” o “Fiscalía”). En cuanto a los miembros y características de Sigenem, la Fiscalía expone que las actividades económicas principales a que se dedican sus socios son la comercialización y distribución de productos alimenticios, bebestibles, de limpieza personal y del hogar, tabaco y *retail*. Indica que, en algunos de esos rubros, las participaciones de mercado conjuntas de las solicitantes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alcanzan niveles de alrededor de un 90% (cerveza, jugos, bebidas gaseosas, tabaco). En ese contexto, señala que la participación de competidores puede suscitar riesgos coordinados. Por lo demás, hace presente que existen relaciones societarias o comerciales entre algunos de sus socios. Entre estas últimas, destaca la existencia de relaciones verticales del tipo proveedor-distribuidor.

119. Adicionalmente, da cuenta de que dos de las Solicitantes tienen participación como gestores en rubros que deberán ser contratados por Sigenem mediante licitaciones (integración vertical).

120. En cuanto a la relevancia de las Solicitantes en la generación de EyE, sostiene que estas informaron que, en conjunto, en 2018 habrían alcanzado un 36,4% en la generación de EyE puestos en el mercado. Por su parte, la FNE estimó la participación de las Solicitantes para 2019 y 2020, y concluyó que se mantiene en alrededor de un tercio del total estimado para cada período. Asimismo, desagregó esta participación por materialidad, y concluyó que la participación más alta es en vidrio (45% en 2020).

121. La Fiscalía observa que las Solicitantes representan una porción relevante tanto a nivel agregado como desagregado, por lo que Sigenem podría afectar el funcionamiento de las industrias conexas relativas a los servicios que debe licitar.

122. A continuación, analiza las reglas de acceso y funcionamiento de Sigenem contenidas en los Estatutos, desde tres perspectivas establecidas en la Ley REP: acceso abierto, participación equitativa y principio general de libre competencia.

123. En ese contexto, identifica ciertos riesgos de monopolización derivados de la ausencia de reglas adicionales de funcionamiento de Sigenem. Sostiene que los primeros Gransic podrán detentar un alto poder de mercado y tendrán aptitud exclusiva, en virtud de las diferencias en la relación costo-eficiencia en la recolección. En particular, plantea que las comunas de la Región Metropolitana presentarían ventajas que podrían ser irreplicables a favor de quien o quienes logren recolectar en ella. Tal cuestión sería extrapolable al resto del país en que, a mayor distancia de la Región Metropolitana, probablemente mayor será el costo de transporte hacia las plantas de pretratamiento. En consecuencia, sería esperable que se produzca una carrera de los primeros Gransic por prestar servicios y expandirse rápidamente dentro de las comunas con una mejor relación costo-

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eficiencia; tanto desde el punto de vista de la posibilidad de recolectar una mayor cantidad de residuos, como de los costos de transporte de ellos.

124. Adicionalmente, argumenta que, dada la ausencia de reglas para la asignación de territorios entre los diversos Gransic que se constituyan, en el escenario actual el resultado esperable es la existencia de un Gransic monopólico.

125. Por otra parte, estima que la ausencia de regulación de los convenios con municipalidades o asociaciones de estas puede generar riesgos para la competencia. Al respecto, destaca que aquellas serán sustitutos de los gestores de residuos ante los sistemas de gestión colectiva, pero su contratación no se regirá por las Bases aprobadas por el Tribunal, sino que se asignará mediante convenios directos. Plantea que, por ejemplo, no se encuentra regulado qué ocurrirá si dos o más Gransic pretendiesen alcanzar un convenio con una municipalidad o asociación de estas, lo que redundaría en una falta de transparencia en la determinación del Gransic con el que celebrarían el convenio.

126. Asimismo, estima que los convenios tendrán la aptitud de cerrar el acceso de otros sistemas a la recolección de EyE en las respectivas comunas, ya que sería ineficaz contar con dos camiones recolectores abarcando las mismas viviendas. También releva que los convenios podrían incluir cláusulas de exclusividad o duración indefinida o plazos muy extensos, lo que puede afectar el cumplimiento de metas de otros sistemas de gestión, incrementando sus costos.

127. Ante ello, sugiere que las reglas de funcionamiento de Sigenem debiesen contemplar mecanismos que aseguren que los convenios preserven la libre competencia. En particular, propone los siguientes: (i) prohibición para Sigenem de pactar exclusividades en los convenios; (ii) obligación de Sigenem de suscribir un plazo máximo de vigencia de los convenios, que no exceda los tiempos de duración que tendrá para contratar con gestores, según el tipo de servicio que corresponda; (iii) disponer que Sigenem pueda determinar cuál o cuáles servicios desea contratar vía convenio, sólo en la medida que éstos le faciliten la implementación de la Ley REP, sin que esté obligada a contratar uno, varios o la totalidad de aquellos las municipalidades ofrezcan; (iv) disponer que Sigenem sólo podrá pactar convenios si son ofrecidos mediante licitación pública; y (v) los convenios deberán contemplar auditorías respecto de los cobros que efectúen las municipalidades en virtud de los servicios que presten, para asegurar la debida transparencia en el mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

128. En lo referido a las Bases de Licitación, en primer lugar, analiza las características de cada una de las industrias en que inciden los servicios licitados. En cuanto a la industria de recolección de residuos, señala que este servicio es similar al de recolección de residuos sólidos domiciliarios, y que para su provisión se requiere fundamentalmente de medios de transporte acondicionados para el traslado y planificación logística. Con todo, al no requerirse servicios de disposición de residuos, el mercado de recolección selectiva presenta menos barreras de entrada que la recolección de residuos sólidos domiciliarios. Precisa que la magnitud de dichas barreras dependerá del nivel de segregación en que los residuos sean puestos en los puntos de generación.

129. Señala que los recolectores no podrían mezclar los residuos de vidrio con los de cartones, papeles y envases ligeros. Por tanto, los residuos de vidrio podrían ser retirados por un recolector distinto que el del resto de residuos.

130. Los actores principales en esta industria serían los mismos de gestión de residuos sólidos domiciliarios (Starco, Demarco, KDM, Dimensión y Disal). Al existir sinergias entre ambos servicios de recolección, las empresas que participan de la recolección de residuos sólidos domiciliarios son potenciales oferentes en las licitaciones de recolección selectiva.

131. Por otra parte, algunas municipalidades cuentan con servicios de recolección selectiva, tales como Ñuñoa, Lo Barnechea, Vitacura, Talca y Las Condes, que son operados por las empresas señaladas en el párrafo precedente. Adicionalmente, se han implementado planes piloto de recolección selectiva domiciliaria vinculados a otras municipalidades de la Región Metropolitana.

132. Luego, la Fiscalía se refiere a los servicios de instalaciones de recepción y almacenamiento, que incluyen puntos limpios, puntos verdes y puntos de acopio, y señala que en cada licitación Sigenem determinará las comunas en que deberán estar ubicadas las instalaciones y el número de instalaciones requeridas. En cuanto a las características de la industria, precisa que se trata de una alternativa a la recolección selectiva. En esta hipótesis, los residuos recibidos pueden ser vendidos directamente a los valorizadores.

133. Enseguida, identifica una serie de empresas que han participado en licitaciones públicas para la instalación de puntos verdes y puntos limpios, tales como Rembre, Triciclos, Geociclos, Tapul, Ecologic Chile y Keops. Agrega que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

barreras de entrada al mercado serían bajas, por lo que sería esperable que exista una serie de potenciales candidatos en las licitaciones.

134. En lo relativo a la clasificación y pretratamiento de residuos, precisa que el servicio incluye la clasificación de los EyE de origen domiciliario previamente acopiados por empresas recolectoras, con la finalidad reducir su tamaño para su posterior bodegaje, hasta que sean vendidos por Sigenem a empresas valorizadoras y sean retirados por estas. Indica que las plantas de tratamiento de EyE son instalaciones especializadas en la clasificación, de forma manual y/o mecánica, de los diferentes tipos de EyE procedentes del proceso de recolección selectiva domiciliaria. Se clasifican de acuerdo con la tecnología de clasificación y cantidad de residuos a clasificar por año, en automáticas, semi automáticas, manuales y puntos de selección. Señala que la capacidad instalada para pretratamiento en Chile se compone de una planta de clasificación manual, de KDM, en Tilttil, y dos plantas de menor capacidad ubicadas en la Región Metropolitana. De acuerdo con plan de gestión de Sigenem, la planta de KDM sería la única instalada en territorio nacional capaz de ofrecer el servicio de pretratamiento durante los primeros años de operación de la Corporación. Sin embargo, habría al menos seis proyectos con resolución de calificación ambiental aprobada para construcción de nuevas plantas de pretratamiento en la Región Metropolitana, que iniciarían operaciones entre 2022 y 2024.

135. La Fiscalía precisa que se requieren elevadas inversiones para participar de este rubro: entre US \$10 millones y US \$40 millones, así como plazos extendidos desde su presentación hasta su entrada en operación. Con todo, se trataría de una industria en una etapa inicial de desarrollo, con gran potencial de crecimiento en el corto plazo. De hecho, a partir de 2023, asumiendo que los proyectos en desarrollo se materialicen, existiría capacidad ociosa para el pretratamiento de EyE, a excepción del vidrio. Esta potencial capacidad ociosa en el proceso de pretratamiento podría erigirse en una barrera a la entrada para la ejecución de proyectos, en la medida que no puedan asegurar una porción significativa de la demanda.

136. En definitiva, concluye que la licitación de servicios que realice Sigenem es de suma relevancia para el desarrollo de la incipiente industria de pretratamiento, pues asignará una porción de demanda relevante en ella.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

137. En cuanto a la valorización de residuos, la FNE precisa que el objeto de la licitación será la venta, mediante la suscripción de contratos de suministros, de los residuos de EyE obtenidos desde las estaciones de transferencia, puntos limpios y plantas de clasificación que determine Sigenem en cada licitación. En principio, cada comprador deberá retirar la carga desde el sitio adjudicado, pesarla, tener un sistema en línea y garantizar la trazabilidad de los residuos hasta su valorización.

138. Respecto de las características de esta industria, señala que, a diferencia de los otros servicios licitados, en los que, en general, se puede gestionar más de un tipo de residuo a la vez, el proceso de valorización varía según el tipo de residuo de que se trate. En ese contexto, distingue los siguientes actores: (i) valorizadores, quienes realizan procesos industriales para la recuperación y reutilización de residuos, y (ii) intermediarios de materias primas, que operan como eslabón previo a la valorización final: acopian residuos para luego transferirlos a valorizadores nacionales o extranjeros.

139. La Fiscalía da cuenta de que existiría escasa o nula capacidad de valorización en territorio nacional en ciertos tipos de plásticos y cartón para bebidas. Por otra parte, existiría cierta capacidad de valorización de aluminio a nivel local. Respecto de las demás materialidades, existiría un exceso de capacidad instalada para su valorización en los primeros años de implementación de la Ley REP. Si dicha capacidad se mantuviera constante, con el paso del tiempo existiría un déficit para la valorización nacional de ciertos tipos de plástico (PE, PET, PP), papel, cartón y vidrio.

140. En el caso de los metales férricos, existiría exceso de capacidad aun si esta se mantuviese constante hasta el año 2030, lo que podría disuadir la entrada de valorizadores de dicha materialidad.

141. En cuanto a los actores que participan de este mercado, sostiene que existe un número acotado de empresas en la valorización de papel y cartón, vidrio y metales férricos. Con todo, agrega que debe tenerse presente que las metas de valorización pueden cumplirse vía exportaciones. Por ende, los intermediarios ejercerían cierta presión competitiva sobre valorizadores.

142. Agrega que existe consenso entre los participantes de la industria respecto de que existen altos costos y extendidos tiempos de ingreso. Para la valorización de vidrio, los costos de ingreso oscilarían entre los US \$3 millones y US \$5 millones,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con tiempos de ingreso entre 18 y 24 meses. En papeles y cartones, los costos serían superiores a US \$30 millones, con tiempos que se extenderían al menos por 4 años. Para plásticos PET, la inversión podría alcanzar los US \$10 millones, con tiempos de ingreso entre 2 y 3 años.

143. Luego de la descripción de las industrias involucradas, la Fiscalía hace un análisis de los riesgos unilaterales y coordinados detectados en las Bases de Licitación. En cuanto a los riesgos unilaterales, señala que, incluso en el escenario en que Sigenem gozase de una posición monopólica como Gransic, su poder de mercado en lo tocante a los procesos de licitación se vería morigerado por los siguientes factores: (i) el control preventivo de las Bases; (ii) la obligación regulatoria de contratar servicios de los gestores; (iii) la alta concentración en ciertos segmentos de la gestión de residuos; y, (iv) las alternativas que presentarían los gestores para ofrecer sus servicios y/o adquirir materias primas.

144. En lo relativo a los riesgos de coordinación y conflictos de interés, destaca como elementos de riesgo el bajo número de potenciales oferentes en ciertos segmentos (vidrio, papel y cartón, y metales férricos); la escasa o nula posibilidad de entrada de nuevos oferentes en los segmentos de pretratamiento y valorización, en los cuales existen altos costos y dilatados tiempos de entrada, y en los que la capacidad de tratamiento es actual o potencialmente excedentaria en algunos segmentos; y la repetición de licitaciones. Este riesgo sería más relevante en recolección, instalaciones de recepción y almacenamiento y valorización.

145. Plantea que la relación de propiedad existente entre socios de Sigenem y ciertos gestores, crearía un eventual conflicto de interés entre el ente licitante y potenciales oferentes en los procesos de licitación. Recomienda la conformación de un comité de evaluación independiente.

146. Adicionalmente, la Fiscalía consigna algunos riesgos de afectación de la intensidad competitiva de las licitaciones. En primer lugar, identifica detalladamente riesgos comunes a todas las Bases de Licitación, y luego se refiere a los riesgos particulares de cada una de ellas. Parte importante de las propuestas de la FNE para subsanar estos riesgos fueron acogidas por Sigenem en la tercera versión de las Bases de Licitación.

147. En particular, la FNE considera que el ajuste del sistema licitatorio, de una etapa a dos etapas, en principio resulta favorable para la competencia. Sin perjuicio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de ello, sería necesario analizar si las exigencias técnicas de la primera etapa están fundadas objetivamente y se dirigen a la correcta prestación del bien o servicio. En ese marco, plantea que las Solicitantes no argumentaron en relación con la razonabilidad de los requisitos técnicos. Ante ello, la Fiscalía comparó las exigencias de la primera versión de las Bases con los requisitos mínimos de la segunda versión, y concluyó que los requisitos técnicos establecidos en la segunda versión de las Bases son, en general, menos exigentes que los parámetros contenidos en la primera versión de las Bases para obtener el mayor puntaje en la oferta técnica.

148. Por otra parte, en cuanto al poder de mercado que detentará Sigenem, la Fiscalía plantea que es razonable asumir que sus miembros no se limitarán a las 25 Solicitantes. Al contrario, considera que es dable anticipar que expandirá su alcance a nivel de empresas socias de forma intensa y rápida. De hecho, información pública emanada de las propias Solicitantes da cuenta de que entre 200 y 300 empresas estarían al alero de la marca “ReSimple”, bajo la cual ha comenzado a desplegar actividades Sigenem. Por otro lado, hay alrededor de 14.000 empresas que deberán cumplir con la Ley REP que no se encuentran adscritas a alguno de los dos Gransic en conformación, y es muy probable que dichas empresas se integren con celeridad a alguno de ellos.

149. En relación con esta materia, la FNE resolvió que la creación de Sigenem no requeriría serle notificada pues no tendría la naturaleza jurídica de una operación de concentración.

150. En lo referido al análisis de competencia de las reglas de acceso y funcionamiento de Sigenem, la Fiscalía levanta tres puntos principales. En primer lugar, acerca de la existencia de diversas categorías de socios, señala que dicha diferenciación no está suficientemente justificada; que los montos asociados a la cuota de incorporación de cada categoría se encuentran indeterminados y no está claro cómo se determinarán; que la fijación de la cuota de incorporación es realizada por la Asamblea Ordinaria, que en un principio estará integrada solo por las Solicitantes; y que, si bien los Estatutos señalan algunos parámetros para la determinación de las tarifas, estos no son suficientes. Plantea que, si se llegara a considerar que la existencia de categorías de socios no es contraria a la normativa aplicable, es necesario adoptar medidas que supriman o, en subsidio, reglamenten exhaustivamente la discrecionalidad de las Solicitantes en esta materia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

151. En segundo término, la FNE manifiesta que todos los costos, incluidos los hundidos, deben remunerarse a través de las ecotasas. A su juicio, todo pago a Sigenem debe estar directamente relacionado con los costos y no con la disposición a pagar de los socios. Argumenta que, una vez que la Ley REP se encuentre en régimen, la porción que representen los costos hundidos no debería significar un especial recargo de las ecotasas, y que, tratándose de un costo necesario para la operación de la Ley REP, resulta razonable que sea asumido por todos los obligados a ella. Agrega que, de la información de que dispone la FNE, no existiría limitación regulatoria, económica ni fáctica a que los costos que se asumen por socios permanentes puedan ser considerados en las ecotasas.

152. Por último, la Fiscalía recomienda que los derechos políticos dentro de Sigenem deban establecerse bajo un parámetro de grupo empresarial y no a nivel de RUT. Sostiene que la noción de grupo empresarial es considerada en distintas disposiciones del D.L. 211 y que el Tribunal la ha considerado en sus decisiones. Expresa que es indeseable que agentes económicos similares sean tratados de forma desigual en atención a su estructura societaria. En ese marco, destaca el planteamiento del Ministerio de Medio Ambiente, que considera un derecho a voto proporcional a los envases y embalajes puestos en el mercado. Considera que puede ser una alternativa idónea en este caso, pero debe complementarse con resguardos de los derechos de los socios con una baja incidencia en la cantidad de EyE del sistema.

153. A folios 111 y 166 aportó antecedentes el **Ministerio del Medio Ambiente** (“MMA” o “Ministerio”). En lo relativo al mercado relevante, el Ministerio plantea que las Solicitantes no son claras respecto a qué debe entenderse por “mercado relevante de los sistemas de gestión”. Señala que los sistemas de gestión no son servicios o productos que se transen en un mercado, sino un mecanismo instrumental para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la Ley REP. Por eso, a su juicio el concepto de “mercado relevante de sistemas de gestión” no tendría sentido a la luz de la normativa aplicable.

154. En materia de información comercial sensible, el MMA destaca que las Solicitantes afirman que Sigenem deberá “recolectar y administrar información sobre materias sumamente sensibles, como las estadísticas o proyecciones de producción de sus distintos socios”. Ante ello precisa que, si bien Sigenem contará con información sensible de sus miembros, no se le exige recabar proyecciones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

producción de aquellos. Para determinar el cumplimiento de las metas, el sistema de gestión sólo requiere información correspondiente al año anterior, no información futura.

155. Asimismo, indica que, en cualquier caso, un sistema colectivo de gestión para planificar su operación futura sólo requeriría una estimación agregada de los envases que sus asociados conjuntamente introducirán al mercado, pero no el detalle de las proyecciones de producción de cada productor que lo integra.

156. En cuanto a los Estatutos de la corporación, el Ministerio hace presente una serie de observaciones. En primer lugar, señala que el Tribunal debiese revisar los pagos que se exigirán a los socios. En particular, su justificación, sus valores y los criterios para fijarlos.

157. Luego, en materia de participación equitativa de los asociados, plantea que los derechos diferenciados entre sus socios no parecen justificados. Argumenta que la participación equitativa de los productores implica que el derecho a voto no puede estar definido a partir de la realización de un pago, sino que debería ser proporcional a la magnitud de las obligaciones que el productor delega en el sistema de gestión. En ese sentido, si un productor realiza un aporte monetario por la vía del pago de tarifas que asciende al doble que el aporte de otro productor resultaría equitativo que el voto del primero tenga el doble del peso que el voto del segundo, en tanto los pagos realizados por concepto de tarifa son proporcionales a las obligaciones delegadas en el sistema de gestión.

158. En tercer término, plantea que las garantías y retenciones contempladas en las Bases pueden constituir barreras de entrada.

159. Por último, afirma que no está claro que los estándares técnicos sean los mínimos necesarios, por lo que podrían generar restricciones a la competencia, y agrega que los criterios debieran centrarse en aspectos de desempeño de los proveedores en lugar de fijar tecnologías específicas para proveer los servicios.

160. A folio 112 aportó antecedentes la **Superintendencia del Medio Ambiente**, quien señaló que no le corresponde plantear observaciones sobre la legalidad de las Bases de Licitación que han dado origen a este expediente, ni respecto de si estas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, en atención a que ello

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

escapa del ámbito de intervención que la Ley N°20.920 ha dispuesto dentro de sus competencias.

161. A folio 170 aportó antecedentes **Verallia Chile S.A.** (“Verallia”), empresa que participa en el mercado de pretratamiento, valorización y producción de envases y embalajes y tiene interés en ingresar en el mercado de recolección, recepción y almacenamiento de vidrio.

162. Verallia identifica una serie de problemas en las Bases de Licitación. En primer término, plantea que se debe señalar expresamente que los partícipes podrán ofertar exclusivamente por vidrio, sin necesidad de recolectar, recibir, almacenar, clasificar y/o pretratar otros EyE. Agrega que, de no aclararse las inconsistencias, se corre el riesgo de que las ofertas solo por vidrio sean declaradas inadmisibles.

163. Enseguida, señala que las Bases de Licitación solo permiten que participen sociedades ya constituidas y no consorcios, *joint ventures* u otro tipo de asociaciones. De esta forma, los únicos que tendrán posibilidades de ser seleccionados serán actores ya establecidos en el mercado. Ante ello, propone exigir a los oferentes que deseen participar como consorcio o *joint venture* que acrediten la existencia del acuerdo colaborativo y se obliguen a constituir una sociedad destinada a ejecutar el contrato en un determinado plazo, en caso de que les sea adjudicado.

164. En tercer lugar, expone que las bases de licitación de recepción y almacenamiento exigen experiencia, a pesar de que los Solicitantes anunciaron que eliminarían este requerimiento. Expresa que, en caso de no eliminarse, al menos debiese permitirse que la experiencia se pueda acreditar por medio de empresas relacionadas.

165. A continuación, manifiesta que se debe asignar el costo de transporte de material para valorizar al adjudicatario del contrato de recolección, almacenamiento o pretratamiento. Indica que, si la empresa adjudicataria del vidrio reciclado es productora de envases de vidrio (y, por lo tanto, lo necesita para su propio proceso de fabricación de envases de vidrio), se ahorrará el costo de transporte del vidrio hasta la planta de valorización, lo que lo otorgará una importante ventaja competitiva. Propone asignar el costo de transporte al adjudicatario del contrato de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

recolección, almacenamiento o pretratamiento, según corresponda. Con todo, esto podría introducir un factor de incertidumbre, el que se podría reducir fijando un radio de entrega máximo, más allá del cual el costo de transporte corresponderá al valorizador.

166. En quinto término, hace presente que el contrato de pretratamiento a largo plazo podría aumentar las barreras de entrada al mercado correspondiente. Afirma que al plazo para recuperar la inversión y la capacidad de la planta de pretratamiento no debiese ser parte de las Bases, sino parte de la oferta, de modo que cada interesado ofrezca el plazo y capacidad que le parezca adecuado, que sería la solución propuesta en la causa rol NC N° 507-22.

167. Por último, plantea que las Solicitantes deben tomar resguardos que garanticen el cumplimiento de las metas que impone la Ley REP, toda vez que la creación de un mercado de productos reciclados podría aumentar su costo en tal medida, que su utilización llegue a ser ineficiente en comparación con la utilización de productos alternativos.

168. En cuanto a los informes económicos presentados en autos, a folio 94 ANIR acompañó el informe titulado “La industria del reciclaje en el contexto del Sistema de Gestión de Envases y Embalajes”, que rola a folio 93. Por su parte, a folio 139 las Solicitantes acompañaron el informe “Análisis económico sobre la propuesta de implementación del Sigenem en el mercado de gestión de residuos de envases y embalajes”, rolante a folio 138.

II) PARTE CONSIDERATIVA

1) PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. En efecto, el inciso cuarto del citado artículo 24 de la Ley REP establece que “[l]os 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”; a su vez, el artículo 26 de la misma ley dispone que “[l]os 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: (...) 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”. Adicionalmente, el artículo 20 inciso cuarto de la misma ley establece que “(...) 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 (...)”.

3. Para cumplir con dicho objetivo, a continuación, se transcriben las disposiciones legales más relevantes de la Ley REP atinentes a este Informe.

4. En primer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley REP, la Responsabilidad Extendida del Productor es aquel “régimen especial de gestión de residuos, conforme al cual los productores de productos prioritarios son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de los productos prioritarios que comercialicen en el país”. Por producto prioritario, la mencionada ley entiende que se trata de una “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” (art. 3° N° 20 Ley REP).

5. Por su parte, el artículo 10 de la ya citada Ley REP señala que entre los productos prioritarios se encuentran los envases y embalajes, los que, a su turno, son definidos en el artículo 2° N° 5 del D.S. N°12 como aquellos “productos hechos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de cualquier material, de cualquier naturaleza que sean usados para contener, proteger, manipular, facilitar el consumo, almacenar, conservar, transportar, o para mejorar la presentación de las mercancías, así como los elementos auxiliares integrados o adosados a aquellos, cuando cumplen con la función de informar al consumidor o alguna de las funciones ya señaladas”.

6. Para efectos de la Ley REP, un productor de EyE es aquel que introduce en el mercado el bien de consumo envasado y/o embalado (artículo 3° N° 21), al que se autoriza a cumplir las obligaciones establecidas en dicha ley mediante sistemas colectivos de gestión, que permiten alcanzar economías de escala y cumplir con los fines de política pública de dicho estatuto legal. Los sistemas colectivos de gestión conformados por 20 o más productores no relacionados (denominados Gransic en el D.S. N°12), pueden cumplir las metas de manejo con residuos de envases y embalajes de cualquier marca, generando un incentivo a la asociatividad.

7. La Ley REP previó que, al permitir la gestión colectiva entre productores no relacionados, se podían producir eventuales problemas a la libre competencia, razón por la cual se necesita el informe previo de este Tribunal sobre las materias que se indican en el primer párrafo de esta parte considerativa.

2) ÁMBITO DEL INFORME: OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA

8. En el caso de autos, las Solicitantes conformarán un sistema colectivo de gestión de EyE denominado “Sigenem”, el que estará formado por 25 empresas de diversos giros. Señalan que este sistema está en proceso de constitución como corporación de derecho privado sin fines de lucro, y que operará como intermediario entre sus productores asociados y los gestores autorizados. Su finalidad exclusiva será la gestión de sus residuos de EyE domiciliarios y no domiciliarios (folio 31, pp. 12-14, 41).

9. Al respecto, cabe señalar que el D.S. N°12 establece que los envases se dividen dos categorías, domiciliarios y no domiciliarios (art. 4). Define “envases domiciliarios” como *“aquellos envases que se generan normalmente en el domicilio de una persona natural”* (art. 2° N°9), mientras que los “envases no domiciliarios” son definidos como *“aquellos envases que no constituyen envases domiciliarios”* (art. 2° N°10). Luego, establece metas de recolección y valorización distintas para residuos domiciliarios y no domiciliarios, según se indica en las tablas insertadas a continuación de los párrafos 6 y 7 de la parte expositiva. En paralelo, la Ley REP

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

define “consumidor industrial” como “*todo establecimiento industrial, de acuerdo a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, que genere residuos de un producto prioritario.*” (art. 3º N°5). Atendidas las definiciones reseñadas, es razonable concluir que son precisamente dichos establecimientos industriales, en contraposición a los domicilios de personas naturales, quienes generan residuos no domiciliarios.

10. Si bien la Ley REP establece la obligación de todo consumidor de entregar el residuo de un producto prioritario al respectivo sistema de gestión (art. 34 inciso 1º), enseguida dispone que los consumidores *industriales* podrán valorizar por sí mismos o a través de gestores autorizados y registrados, los residuos de productos prioritarios que generen, en cuyo caso deberán informar al MMA sobre la valorización efectuada (art. 34 inciso 2º, y art. 24 del D.S. N°12). En caso de que escojan esta última opción, deberán, a su vez, optar entre “*1) Informar directamente al Ministerio sobre la valorización efectuada. Si así lo hiciere, las toneladas valorizadas por dicho consumidor industrial serán asignadas a todos los sistemas colectivos de gestión de forma proporcional a las toneladas, de la subcategoría correspondiente, introducidas en el mercado por sus integrantes durante el año anterior a aquel en que se valorizaron dichos residuos; o, 2) Celebrar un convenio con un sistema de gestión, para que éste informe en su nombre y representación. En este caso, las toneladas de residuos que haya generado ese consumidor industrial y que hayan sido efectivamente valorizadas, se le imputarán al sistema de gestión con el que haya celebrado el convenio ya referido*” (art. 24 D.S. N° 12).

11. Como queda de manifiesto de las normas transcritas, la regulación de la gestión de los residuos de envases y embalajes no domiciliarios difiere de aquella aplicable a los residuos domiciliarios, toda vez que la normativa permite a los consumidores industriales que los valoricen por sí mismos o a través de gestores autorizados, en vez de entregarlos a un sistema de gestión. En este caso, pueden informar directamente al Ministerio o celebrar un convenio con un sistema de gestión para que este informe al Ministerio en su nombre. De ser así, los residuos valorizados por dicho consumidor industrial se imputarán al cumplimiento de las metas de recolección y valorización de residuos no domiciliarios del sistema de gestión con quien hayan suscrito el respectivo convenio.

12. De la regulación expuesta en los párrafos anteriores se desprende que existen dos alternativas respecto del rol de un SCG en el cumplimiento de las metas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de recolección y valorización de residuos no domiciliarios. En efecto, puede (a) extenderse a la gestión y valorización de dichos residuos, en caso de que le sean entregados por los consumidores industriales para esos efectos, o (b) limitarse a suscribir un convenio con los consumidores industriales para informar al Ministerio acerca de la valorización efectuada por aquellos, en cuyo caso tendrá una labor de monitoreo o *monitoring* de la gestión de residuos realizada por los consumidores industriales con quienes haya contratado. Dicha función de monitoreo es la que ha escogido Sigenem para la gestión de residuos no domiciliarios, según se señala en su Plan de Gestión.

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

14. En la parte expositiva de este Informe se indicó con detalle el contenido de las reglas de los Estatutos, así como de las Bases de Licitación propuestas. Cabe hacer presente que este Informe se pronunciará sobre la tercera versión de dichos Estatutos y Bases de Licitación, las que fueron acompañadas a folio 188 de estos autos, porque constituyen una versión final que recoge las observaciones realizadas por distintos intervinientes durante el proceso.

15. Por otra parte, si bien las Solicitantes acompañaron una única versión del Plan de Gestión a folio 31, en el resumen ejecutivo de dicho documento se consigna que *“los análisis, consideraciones y supuestos efectuados constituyen una primera aproximación al plan operacional del Plan de Gestión que deberá ser presentado por el Sistema de Gestión al Ministerio de Medio Ambiente para su posterior aprobación”* (folio 30, p. 8). En ese entendido, esta magistratura concuerda con la observación de la Fiscalía a folio 110 en cuanto a que el Plan de Gestión sometido a conocimiento del Tribunal es un documento preliminar que tiene un alcance meramente referencial, por lo que este Informe no se pronunciará en particular respecto de la conformidad de su contenido con la libre competencia. Sin perjuicio de ello, se entiende que todo lo que aquí se resuelva respecto de los Estatutos y de las Bases de Licitación, resulta aplicable al Plan de Gestión en la medida que este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reproduzca las reglas o criterios contenidos en aquellos. No obstante, en el desarrollo de este Informe se harán referencias al contenido del Plan de Gestión en la medida que resulte pertinente.

16. Sin perjuicio de lo ya expuesto en la primera parte de este Informe, a modo de síntesis, la última versión de los Estatutos de Sigenem acompañados en estos autos regulan, entre otras, las siguientes materias: (i) su objeto; (ii) los requisitos para ser socio, la distinción entre socio permanente, socio activo clase A y socio activo clase B, así como los derechos que cada una de estas categorías les confiere; (iii) la adquisición y pérdida de la calidad de socio; (iv) los organismos de la Corporación, esto es, la Asamblea General, el Directorio, la Alta Dirección -compuesta por la Gerencia General y la Gerencia de Auditoría-, la Comisión de Ética, el Panel Técnico y la Comisión Arbitral; (v) el tratamiento de la información comercial sensible; (vi) el patrimonio; y (vii) el destino de los bienes de la Corporación. El análisis de estas materias y de su conformidad con el D.L. N° 211 se realiza en la sección 6 *infra*.

17. A su turno, el contenido de las Bases de Licitación de los servicios señalados en el párrafo 13 *supra* dice relación con: (i) su estructura (bases administrativas, bases técnicas y anexos); (ii) la posibilidad de realizar licitaciones separadas por zona y tipo de material; (iii) los criterios de participación y presentación de ofertas; (iv) la forma y método de evaluación de las ofertas; (v) el criterio de adjudicación; (vi) las garantías y multas; (vii) los seguros de responsabilidad civil por daños a terceros; (viii) el plazo del contrato; (ix) las causales de término del contrato; y (x) las fórmulas de reajuste anual del precio. El análisis de las Bases de Licitación se realiza en la sección 7 *infra*.

18. De este modo, la estructura que se utilizará para resolver la presente Solicitud es la siguiente: (i) en la sección 3 se describe el marco de análisis utilizado para la posterior evaluación de los riesgos asociados a la Solicitud; (ii) en la sección 4 se identifican y caracterizan los mercados relevantes en los que incide la Solicitud; (iii) en la sección 5 se analizan las condiciones de competencia en los mercados relevantes previamente definidos; (iv) en la sección 6 se analiza si en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de Sigenem existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; (v) en la sección 7, se realiza el mismo ejercicio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respecto de las Bases de Licitación; y (vi) por último, en la parte resolutive, se expone la conclusión del Tribunal.

3) MARCO DE ANÁLISIS

19. Según se consigna expresamente en el artículo 2º de la Ley REP, uno de los principios rectores de dicha ley es la libre competencia. En ese sentido, la letra e) del artículo referido establece que “*el funcionamiento de los sistemas de gestión y la operación de los gestores en ningún caso podrá atentar contra la libre competencia*”. Por esta razón, la misma ley –artículos 20 inciso cuarto, 24 inciso cuarto y 26 inciso primero y letra c)– considera que la asociación de productores para gestionar de manera colectiva sus residuos, y las condiciones en las que se contrate su manejo con terceros, puede generar eventuales riesgos en materia de libre competencia, por lo que solicita se obtenga un informe previo de este Tribunal. Dicho informe debe centrarse en analizar que las reglas que se establecen para la incorporación de nuevos asociados al SCG y su funcionamiento y las bases de licitación respectivas, no atenten en contra de la libre competencia.

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

21. En esta línea, el D.S. N°12 establece ciertas obligaciones asociadas a las metas de recolección y valorización que deben cumplir los SCG de 20 o más productores (Gransic), como Sigenem. Entre ellas, el artículo 35 de dicha norma prescribe que los Gransic deberán instalar y operar, por medio de uno o más gestores, instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de envases en las comunas que tengan una población superior a la que se indica en la siguiente tabla, en los plazos que la misma señala:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 1

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

Fuente: D.S. N°12.

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

Tabla N° 2

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

Fuente: D.S. N°12

23. La interpretación del Ministerio del Medio Ambiente respecto del cumplimiento de estas obligaciones ha variado durante el transcurso de este procedimiento. En un primer momento, mediante el Oficio Ordinario N° 213404, de 13 de septiembre de 2021 (que rola a folio 108), indicó que *“ambas obligaciones deben ser cumplidas individualmente. En consecuencia, de existir varios GRANSIC constituidos, todos estos deberán dar cumplimiento a las exigencias establecidas en estos artículos de forma individual, sin perjuicio de lo cual, en la práctica, puedan llegar a acuerdos para hacer más eficiente la recolección y dar cumplimiento conjuntamente a las exigencias de cobertura establecidas en el Decreto”*. Sin embargo, mediante el oficio circular N°1, de 13 de enero de 2022 (“Circular MMA”, que rola a folio 161), el Ministerio efectuó una interpretación distinta, al señalar que,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del análisis de ambos artículos, así como de otras disposiciones tanto de la Ley REP como del D.S. N°12, *“es posible desprender que las exigencias de cobertura [geográfica] deben ser cumplidas por el conjunto de los GRANSIC. En consecuencia, su cumplimiento debe determinarse en razón de las actividades realizadas por todos los GRANSIC que se encuentren operando en un momento dado (...)”*.

24. Asimismo, en la Circular MMA se señala que no es posible entender que cada Gransic deba cumplir con las obligaciones de cobertura de manera individual, pues esto implicaría una cobertura muy elevada en un período acotado de tiempo, lo que sería contrario al principio de gradualismo recogido por la propia Ley REP.

25. Adicionalmente, en esta se indica que, para efectos de evaluar el cumplimiento de las obligaciones y exigencias estatuidas al conjunto de los Gransic, el Ministerio considerará la cantidad de envases introducidos al mercado por los productores que lo conforman como un indicador de la proporción en que debería aportar como mínimo cada uno de éstos en el cumplimiento de la cobertura territorial conjunta.

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

27. Al respecto, cabe señalar que, por su estructura, los SCG constituyen, en principio, acuerdos de colaboración conjunta entre productores, los que pueden o no ser competidores. De acuerdo con la literatura y jurisprudencia en la materia (Vgr. Resolución N°22/2007, Resolución N°54/2018) estos acuerdos no necesariamente constituyen operaciones de concentración económica, salvo que cumplan alguna de las hipótesis previstas en el artículo 47 del D.L. N°211. En este orden de ideas, en general los acuerdos de colaboración conjunta pueden ser una alternativa menos restrictiva para la competencia que una operación de concentración, porque no modifican la estructura de mercado en forma permanente. Sin embargo, igualmente pueden producir riesgos anticompetitivos, ya sea unilaterales como coordinados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

31. Por otra parte, los acuerdos de colaboración conjunta entre productores también pueden asociarse con una serie de beneficios económicos –por ejemplo, permiten prácticas como el ahorro de costos a través del aprovechamiento de economías de escala– entregando la posibilidad de incrementar la eficiencia en los mercados donde participan. En consecuencia, las conclusiones y medidas que se establezcan en este informe deben velar, por una parte, porque los SCG puedan desenvolverse competitivamente en el mercado en que participan, mitigan los riesgos descritos; y, por otro, crear los incentivos para conformar este tipo de sistemas e incentivar la competencia entre ellos, por ejemplo, permitiendo el cambio de productores de un SCG a otro.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

33. Un primer elemento que se debe tener en consideración es que los productores que formen parte de un mismo SCG no necesariamente serán competidores en sus respectivos mercados, dadas las múltiples actividades económicas, diferentes entre sí, que pueden generar los mismos tipos de residuos considerados en el D.S. N°12. Sin embargo, para evaluar los riesgos descritos en los párrafos precedentes, especialmente los coordinados, el análisis de competencia debe recaer en los mercados en que dos o más competidores se encuentran como vendedores de un mismo producto. En el caso particular de las Solicitantes, los antecedentes presentados en autos muestran que, en efecto, algunos productores compiten en la comercialización y distribución de un mismo producto, pudiendo agregarse también en el futuro otros asociados que se encuentren en la misma situación.

34. Como ya se explicó, al interior de los SCG podrían generarse instancias que faciliten, produzcan o incentiven los riesgos de coordinación, mediante la ejecución de prácticas como la coordinación de precios de venta o compra, la limitación de la producción, o inclusive, la asignación de zonas o cuotas de mercado, entre otras, las que pueden causar efectos negativos en la producción, precios, u otras variables relevantes como la calidad de los productos, todo lo cual que reduce el bienestar social y afecta la libre competencia.

35. Otro riesgo de conductas coordinadas en este tipo de acuerdos de colaboración conjunta es aquel derivado del traspaso de información estratégica entre competidores. El traspaso de información estratégica posibilita que surjan efectos anticompetitivos, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas que participan de estos tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores (Comisión Europea (2011), *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*).

36. Siempre en el ámbito de los riesgos coordinados, en el marco de un acuerdo de colaboración entre competidores puede producirse un boicot colectivo. Esto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puede suceder, por ejemplo, cuando solo algunos de los miembros del SCG intercambian información sensible, lo que puede significar una desventaja significativa para las empresas que no participan de dicho intercambio. Cabe indicar que este tipo de exclusión es posible si la información intercambiada es suficientemente estratégica para la competencia y además abarca una parte importante del mercado (Comisión Europea (2011)).

37. En cuanto a los riesgos unilaterales, es posible que exista exclusión por parte de los socios de un SCG hacia un productor en particular que desee ingresar a dicho sistema, o por parte de un SCG respecto al resto de los sistemas colectivos de gestión que operen o deseen operar en el mercado.

38. En cuanto a la potencial exclusión de productores que quieren ingresar a un SCG, cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 inciso 4° de la Ley REP, un sistema de gestión no puede excluir a un productor que desee ingresar como asociado, con el fin de dificultar su cumplimiento normativo o de aumentar sus costos en la gestión de sus residuos. En efecto, dicha norma señala que *“los estatutos deberán garantizar la incorporación de todo productor del respectivo producto prioritario, en función de criterios objetivos”*.

39. Sobre el segundo riesgo unilateral, esto es, la posibilidad de exclusión por parte de un SCG del resto de los sistemas colectivos de gestión que operen o deseen operar en el mercado, ello resulta particularmente relevante cuando se trata de un mercado incipiente. Lo anterior podría suceder si es que el SCG realiza conductas estratégicas que impidan o dificulten la entrada de otros sistemas colectivos, o que entorpezcan el ejercicio de sus operaciones en el mercado, a fin de ser excluidos de él. Por ejemplo, un SCG podría establecer condiciones que dificulten la salida de sus socios, con el fin de que potenciales sistemas entrantes vean dificultada la adquisición de nuevos socios y, por ello, no puedan lograr constituirse o, si lo hacen, no obtengan menores precios en sus compras conjuntas.

40. Otro riesgo asociado al funcionamiento de estos sistemas dice relación con los derechos políticos de sus asociados contenidos en los Estatutos. Por ejemplo, un socio con facultades de control puede perjudicar a alguno de sus competidores que sea parte del mismo SCG, o bien lo puede utilizar para su propio beneficio. Asimismo, como se detalla más adelante, podría querer beneficiar a una empresa relacionada en las licitaciones relativas a la gestión de los residuos. Por estos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

motivos, se analiza la estructura de los socios y los derechos políticos propuestos por las Solicitantes, así como la distribución de las multas por incumplimiento de las metas asociadas a la gestión de residuos.

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

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

42. Los acuerdos de colaboración conjunta que involucren a compradores de un mismo insumo pueden aumentar el poder de mercado desde la perspectiva de la demanda de forma equivalente a como una concentración entre oferentes puede aumentar el poder de mercado desde la perspectiva de la oferta (FNE (2022), “*Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*”). Respecto a este punto, el análisis de los eventuales riesgos para la libre competencia también debe resguardar que las licitaciones efectuadas por los SCG no generen riesgos unilaterales exclusorios o explotativos ni riesgos coordinados.

43. Respecto de los riesgos unilaterales exclusorios, se debiera evitar que las bases de licitación incluyan requisitos arbitrarios o que restrinjan la entrada o el desenvolvimiento competitivo de oferentes al proceso de licitación, o de otros sistemas colectivos.

44. Así, es necesario resguardar la eventual influencia que pudieran tener ciertos socios sobre el SCG, de manera que las bases de licitación no incorporen criterios de evaluación que beneficien o favorezcan su adjudicación hacia un actor o grupo de actores que se encuentre relacionado con esos socios. De ser así, el SCG no estaría actuando en beneficio de la totalidad de sus asociados, perjudicando a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aquellos cuyos intereses no están siendo contemplados. Este principio se puede ver reflejado en el artículo 20 de la Ley REP, el cual exige en su inciso cuarto que “*los estatutos deberán garantizar [...] la participación equitativa de productores, que aseguren acceso a la información y respeto a la libre competencia*”.

45. Por su lado, atendido que los socios de un SCG demandarán de manera conjunta los servicios de gestión de residuos, cabe analizar si estos sistemas entregan, a quienes participan en ellos, una posición dominante en la compra de tales servicios. Esto podría producir la exclusión de otros sistemas competidores o impedir de manera injustificada la participación de ciertos proveedores. En ese sentido, los términos y condiciones de las bases de licitación no deben ir en contra de la preservación de incentivos para que múltiples actores del mercado deseen conformar este tipo de sistemas.

46. Por otra parte, atendido el eventual poder de mercado que podrían tener el conjunto de empresas que participan del SCG, también se podrían generar riesgos explotativos en los mercados conexos aguas abajo, en los mercados en que inciden las bases de licitación, dada la influencia que tendrían estas para generar distorsiones en variables relevantes como son los precios.

47. Finalmente, respecto de los riesgos coordinados, el diseño de las bases de licitación de los servicios de gestión de residuos debe evitar la colusión entre oferentes (“*bid rigging*”) y contemplar mecanismos para enfrentarla. Por ejemplo, no debieran realizarse reuniones informativas con la participación simultánea de todos los posibles oferentes o interesados en participar de dicho concurso.

48. En consideración al marco analítico desarrollado en los párrafos previos, este Tribunal estima necesario tener a la vista los elementos que se describen en los párrafos siguientes, al momento de analizar si la conformación de un SCG puede generar eventuales riesgos en materia de libre competencia.

49. Respecto de los riesgos asociados a las bases de licitación para los servicios de gestión de residuos, el Tribunal debe resguardar principalmente que éstas: (i) no incorporen criterios de evaluación que beneficien o favorezcan la adjudicación a un actor o grupo de actores que se encuentre relacionado con algunos socios del SCG; (ii) no excluyan de manera injustificada a un proveedor que pueda prestar los servicios solicitados de manera competitiva; (iii) prevean que no se generen riesgos explotativos una vez que la licitación se encuentre adjudicada y funcionando; y (iv)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su diseño evite la colusión por parte de los oferentes para hacer fracasar la licitación (“*bid rigging*”) y contemple mecanismos para enfrentarla.

50. Siguiendo con el orden de la estructura señalada en el párrafo 18 de este informe, a continuación se define y analiza el mercado relevante, como también los mercados conexos y las condiciones de competencia.

4) MERCADOS RELEVANTES

51. Tal como se señaló en el párrafo 16 de la parte expositiva, de acuerdo con las Solicitantes, es posible identificar tres mercados relevantes –todos de carácter nacional– en los que incidiría la operación de Sigenem: (i) el de producción de EyE; (ii) el de sistemas de gestión de residuos; y (iii) el de manejo de residuos de EyE. Sobre esta materia existe cierta controversia en estos autos, como se describe a continuación.

52. En cuanto al mercado relevante de producción de EyE, las Solicitantes señalan que en este participan todas aquellas empresas proveedoras (es decir, productoras e importadoras) de insumos y envases, y sus distribuidores; además de empresas que utilizan los EyE para introducir sus productos al mercado. Por su parte, indican que la gran mayoría de productores de EyE se ubican en la Región Metropolitana. Señalan las Solicitantes que los EyE tienen funcionalidades, precios y procesos de producción distintos, circunstancias que en la práctica implican que no sean todos sustitutos entre sí. De este modo, los EyE no constituirían un único mercado relevante, a pesar de que –para efectos de la Solicitud–, la producción de EyE se trata conjuntamente como un solo mercado relevante atendido que la Ley REP, al tratar la gestión colectiva de EyE, regula la administración conjunta de dichos productos, sin realizar un tratamiento diferenciado en materia de gestión colectiva ni distinguir entre distintos tipos de EyE, sino que agrupando a todos ellos en su calidad de productos prioritarios.

53. Respecto de este primer mercado definido por las Solicitantes, ANIR señala que los EyE no deben ser tratados como un solo mercado relevante, puesto que las subcategorías de EyE no son sustitutas entre sí (folio 94, p. 2).

54. Siguiendo una línea similar, Cristoro señala que dicha definición es errónea, atendido que combina un sinnúmero de mercados relevantes que serían totalmente distintos. En este sentido, indica que en los mercados de la fabricación y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comercialización de cada uno de los tipos de EyE (no de productos envasados, sino del envase o embalaje) se puede observar que, tanto desde la perspectiva de la demanda como de la oferta, envases y embalajes de distinta materialidad tienen usos y funcionalidades que son distintas, como el vidrio y el cartón. Así, señala que, en su caso, el mercado relevante sería aquel de fabricación y comercialización (o importación y comercialización) de botellas de vidrio, y que además se encontrarían los mercados relevantes en que compiten las Solicitantes (por ejemplo, en los de bebidas, alimentos y detergentes), ya que cada una de ellas compite en la comercialización de sus respectivos productos y no por introducir envases al mercado (folio 103, p.6).

55. Finalmente, cabe señalar que la FNE no se refiere directamente a este primer mercado definido por las Solicitantes. No obstante, caracteriza las actividades principales a las que se dedican los futuros socios de Sigenem, las que comprenden diversos segmentos de comercialización y distribución, entre ellos, los de productos alimenticios, bebestibles, y de limpieza personal y hogar (folio 110, p. 18). En este sentido, estas actividades se refieren a segmentos que utilizan EyE para introducir sus productos al mercado, mas no a la generación misma de EyE.

56. En relación con los argumentos esgrimidos por los aportantes de antecedentes, las Solicitantes señalan que no se habrían entregado antecedentes suficientes para concluir que la clasificación que fue propuesta por los intervinientes, en particular ANIR y Cristoro, es adecuada. En este sentido, reiteran que la Ley REP y el D.S. N° 12, al tratar la gestión colectiva de EyE, regulan la administración conjunta de dichos productos, sin realizar un tratamiento diferenciado en materia de gestión colectiva ni distinguir entre distintos tipos, sino que agrupando a todos ellos en su calidad de productos prioritarios. Indican que, aun cuando lo que señalan los terceros fuese efectivo y debiese segmentarse el mercado de producción de EyE, la clasificación sería inoficiosa e imprecisa desde un punto de vista de competencia porque en ninguno de los mercados específicos Sigenem participa directamente, no pudiendo tener poder de mercado en la producción.

57. Un segundo mercado propuesto por las Solicitantes corresponde al de los sistemas de gestión de residuos de EyE, en el que participará Sigenem. Sobre este punto, señalan que actualmente la gestión de residuos domiciliarios es de cargo de las municipalidades, pero que con motivo de la entrada en vigencia de la Ley REP, cada productor será responsable de la gestión de residuos de productos prioritarios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que introduzca al mercado, sea de manera individual o en colaboración con otros productores. Indican que a la fecha de la Solicitud no existían SCG de EyE, pero que debiesen comenzar a constituirse.

58. Respecto de este segundo mercado relevante, Cristoro levanta el argumento de que, atendida la normativa vigente, los SCG de 20 o más productores (Gransic) son una solución totalmente distinta a los sistemas individuales o colectivos con menos de veinte productores, por cuanto solo los primeros pueden cumplir las metas de recolección y valorización con EyE de cualquier marca. De este modo, señala que el mercado relevante en discusión debiese ser el de los sistemas colectivos de gestión de residuos de EyE (folio 103, p. 8).

59. Por su parte, el MMA señala que la definición de este segundo mercado relevante pareciera no tener sentido a la luz de la normativa. En particular, indica que, de una interpretación literal, podría entenderse que el producto o servicio transado en este caso sería el “sistema de gestión”. No obstante, de una revisión de la Ley N°20.920, sería claro que ello no es así puesto que un sistema de gestión no es un servicio o producto que se transe en un mercado, sino que un mecanismo instrumental establecido en la Ley REP para dar cumplimiento a las obligaciones de los productores. Descartando lo anterior, el MMA indica que otra alternativa es interpretar que a lo que se refieren las Solicitantes es al mercado de “venta de servicios de cumplimiento de metas y obligaciones de productores de envases y embalajes”, donde los oferentes son los sistemas de gestión y los demandantes son los productores. Sin embargo, señala que esto último tampoco parecería razonable puesto que son los mismos productores quienes conforman los sistemas de gestión (folio 111, p. 2).

60. Finalmente, cabe señalar que la FNE –en lo que se refiere a los sistemas de gestión– solo hace referencia al mercado relevante en que incide la Solicitud indicando que, en el momento incipiente en que se encuentra la implementación de la Ley REP, no resulta clara una definición de mercado relevante (folio 110, p. 52).

61. Por último, las Solicitantes exponen que existiría un mercado de manejo de residuos de EyE, en el que participarán los gestores con quienes Sigenem contrate el manejo de residuos, los cuales deben ser autorizados y registrados conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley REP. Para estos efectos, el artículo 3° de la misma define “gestor” como *“toda aquella persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza cualquiera de las operaciones de manejo de residuos”*, y por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“manejo de residuos” a *“todas las acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento”*.

62. De esta manera, de acuerdo con las Solicitantes, participarían en este mercado recolectores, almacenadores, transportistas de residuos y aquellos que se encargan de las distintas fases de tratamiento y valorización de residuos. Agregan que para un correcto análisis de este mercado es necesario realizar dos grandes distinciones. En primer lugar, con respecto a la generación y origen de los residuos consistentes en envases y embalajes, estos se pueden clasificar en domiciliarios y no domiciliarios. En segundo término, atendida la función y oportunidad en que participa cada gestor, sería posible dividir a los gestores en tres grandes grupos: (i) gestores logísticos, los que recogen residuos para su almacenamiento inicial con el objetivo de transportarlos luego a una instalación de almacenamiento final, a una instalación de pretratamiento, de valorización o derechamente de eliminación, como sería un relleno sanitario; (ii) gestores de pretratamiento, que hacen las operaciones preparatorias a la valorización o eliminación, destinadas a reducir el volumen de los residuos, facilitar su manipulación o potenciar su valorización (separación, corte, lavado, etc.); y (iii) gestores de tratamiento o destino final, los que eliminan, valorizan y/o reciclan los residuos. En este sentido, considerando las divisiones anteriores, las Solicitantes indican que en el mercado de manejo de residuos de EyE es posible diferenciar seis submercados relevantes.

63. Respecto de este tercer mercado relevante, ANIR en línea con su argumento de que los EyE no deben ser tratados como un único mercado relevante– realiza un análisis por separado respecto de las seis industrias de reciclaje para la valorización de residuos: aluminio, cartón, plásticos de polietileno (PE), plásticos de tereftalato de polietileno (PET), plásticos de polipropileno (PP) y vidrio (folio 94, p. 5).

64. Cristoro, por su parte, sostiene que, tanto desde la perspectiva de la oferta como de la demanda, se concluye fácilmente que se trata de mercados relevantes distintos, incluso de agrupaciones de mercados relevantes, por cuanto las funciones que cumplen los oferentes en cada uno de ellos, las inversiones y conocimientos que requieren, y las necesidades que satisfacen, son completamente distintas entre sí. A modo de ejemplo, indica que no compiten en un mismo mercado quienes recolectan vidrio con quienes lo valorizan al incorporarlo en su proceso productivo. Asimismo, señala que las actividades descritas también pueden ser distintas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dependiendo del material del envasado, diferenciación que aplica particularmente al caso del vidrio. De acuerdo con Cristoro, la diferenciación anterior parecería estar respaldada por el Plan de Gestión (folio 103, p. 10-12).

65. Indagando en lo señalado por Cristoro, el Plan de Gestión, acompañado a folio 81, señala que el Sistema de Gestión podría afectar el mercado de residuos de EyE, específicamente los mercados de recolección y valorización. Se indica que en Chile estos mercados existen, pero no están suficientemente desarrollados para poder cumplir con las exigencias de la Ley REP. Adicionalmente, en dicho Plan de Gestión también se realiza un análisis de valorización separando por tipo de material, y en el cálculo de tarifas se hace referencia a mercados de valorización o reciclaje, de clasificación y de recolección.

66. Por su parte, respecto al reciclaje de residuos de EyE, se acompañaron al proceso distintos informes según tipo de material de EyE (informes acompañados a folio 125 por ANIR). Adicionalmente, en el informe de folio 93, acompañado también por ANIR, se indican las principales empresas recicladoras, diferenciando por tipo de material.

67. Siguiendo lo señalado en la Sentencia N° 181/2022, por regla general, cuando se analiza un caso de competencia se define, en primer lugar, el o los mercados relevantes, y luego los mercados conexos involucrados. En este caso, para delimitar el mercado relevante, se deben considerar los posibles sustitutos que podrían ejercer presión competitiva sobre el agente económico correspondiente. En la presente Solicitud, el agente económico es el sistema colectivo de gestión Sigenem.

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

69. De acuerdo con lo establecido por las Solicitantes, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley REP, cada productor será responsable de la gestión de residuos de productos prioritarios que introduzca al mercado. En el presente caso, dicha responsabilidad será asumida mediante un sistema de gestión colectivo de EyE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

70. De esta forma, el mercado relevante para la presente consulta es el conformado por la gestión de residuos EyE para el cumplimiento de la Ley REP a través de los sistemas de gestión colectivos (en adelante e indistintamente como "mercado de los sistemas de gestión").

71. Cabe señalar que, en el presente caso, el sistema de gestión colectivo que se busca conformar considera tanto residuos domiciliarios como no domiciliarios. No obstante, atendido lo expuesto en estos autos y la normativa vigente, la gestión y metas a cumplir para ambos tipos de residuos difiere (las diferencias respecto de las metas en cada caso se reflejan en las tablas insertadas a continuación de los párrafos 6 y 7 de la parte expositiva, mientras que las diferencias en cuanto a la gestión se exponen en los párrafos 9 a 12 *supra*). Por tal motivo, se debe tener en consideración que los SCG no competirán necesariamente en un mismo mercado atendido el tipo de residuos que manejen.

72. Adicionalmente, este Tribunal concuerda con que los SCG de 20 o más productores son una solución distinta a los sistemas individuales y a los SCG de menos de 20 productores. Ello se debe, en particular, a los beneficios como las economías de escala, que se encuentran asociados a gestionar los residuos de forma colectiva, y a la posibilidad de cumplir las metas de recolección y valorización con residuos de cualquier marca. En efecto, atendida la normativa vigente, los sistemas colectivos de 20 o más productores (Gransic) pueden cumplir metas con residuos de cualquier marca, mientras que los de menos de 20 productores solo pueden hacerlo con residuos introducidos al mercado por ellos mismos.

73. Por su parte, al contrario de lo señalado por el MMA, se estima que este mercado relevante tiene sentido a la luz de la normativa, puesto que estos sistemas de gestión ofrecen la posibilidad a los productores de cumplir con sus obligaciones de manera colectiva. Asimismo, los sistemas de gestión colectivos podrán competir entre ellos, por ejemplo, para incorporar nuevos socios.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

75. De acuerdo con lo señalado en la sección previa, otro mercado relevante identificado por las Solicitantes corresponde al de producción de EyE.

76. Respecto de la definición propuesta por las Solicitantes, este Tribunal concuerda con parte de los intervinientes en el sentido de que la producción de EyE combina una serie de mercados que serían distintos. Esto, atendido que los productores que conformarán el sistema de gestión no compiten en la introducción de EyE al mercado sino que algunos compiten en la comercialización de sus productos.

77. De esta manera, existirían distintos mercados conexos aguas arriba del mercado de los sistemas de gestión. En estos mercados conexos participarían los socios de un sistema colectivo de gestión que se encuentran como vendedores de un mismo producto o servicio, o de productos o servicios sustitutos entre sí (por ejemplo, en el caso de Sigenem, las empresas dedicadas a la producción e importación de cerveza, Cervecerías Chile y CCU). Sin embargo, no siempre existe sustituibilidad entre los distintos mercados del producto en que participan los socios del sistema (es decir, no todos los socios del SCG compiten entre sí en los mercados aguas arriba donde comercializan sus productos).

78. Lo planteado es consistente con lo indicado en el informe OCDE (2016), en el cual se establece que un grupo de mercados que podrían verse afectados son los de productos finales, por ejemplo, los mercados de bienes de consumo dentro de los envases. Adicionalmente, dicho informe también coincide en que, dependiendo del flujo de residuos, una organización de responsabilidad del productor (PRO, por sus siglas en inglés) puede servir a proveedores de varios mercados de productos diferentes.

79. Respecto de estos mercados, cabe señalar que, atendida la participación de las Solicitantes –así como también de posibles nuevos socios– en diferentes rubros, y que sobre estos no se cuenta con antecedentes exhaustivos en estos autos, no se revisarán en profundidad las condiciones de competencia en ellos. Sin embargo, se debe tener en consideración que podrían materializarse ciertos riesgos en dichos mercados, como son, por ejemplo, riesgos coordinados mediante el traspaso de información sensible entre competidores actuales o potenciales aguas arriba. Asimismo, debe considerarse la relevancia de las Solicitantes en aquellos mercados en que introducen EyE, y su participación en la conformación de Sigenem, al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

momento de evaluar las condiciones de competencia en el mercado de los sistemas colectivos de gestión, como se verá más adelante.

80. En lo que se refiere al manejo de residuos, este Tribunal concuerda de cierto modo con lo señalado por las Solicitantes, en cuanto a que existen mercados en que inciden los servicios que serán licitados por el sistema de gestión colectivo. En estos participarán aquellos gestores que compitan en los procesos de licitación (incluidos los recolectores, almacenadores, transportistas de residuos y encargados de las distintas fases de su tratamiento y valorización).

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- **Mercado relevante de los sistemas de gestión:** corresponde al mercado en el que participan los SCG de EyE conformados por empresas que deben cumplir con obligaciones impuestas por la Ley REP en materias de gestión de residuos domiciliarios y no domiciliarios. En particular, sistemas de gestión colectivos compuestos por 20 o más productores (Gransic), dado que así las metas de recolección pueden cumplirse con cualquier residuo perteneciente a la subcategoría respectiva. Por su parte, este Tribunal estima que la extensión geográfica de este mercado será nacional ya que los SCG pueden gestionar residuos de EyE provenientes de cualquier parte del país. Este mercado se tiene a la vista para analizar posibles riesgos asociados a las reglas de funcionamiento de Sigenem y a la incorporación de nuevos miembros.

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

- **Mercados conexos aguas abajo relacionados al servicio de manejo de residuos:** considerando que los productores de EyE participarán de manera conjunta en el sistema de gestión colectivo, otros mercados que pueden verse afectados por la presente Solicitud corresponden a aquellos asociados con la compra o adquisición conjunta de servicios por parte de los socios de Sigenem. En particular, se definen los mercados de: (i) recolección de EyE; (ii) recepción y almacenamiento de EyE; (iii) clasificación y pretratamiento de EyE; y (iv) venta de EyE para su valoración (incluyendo los procesos de recuperación, valorización y/o eliminación de residuos). Por su parte, cada uno de estos mercados relevantes se segmenta de acuerdo con el material de los residuos en caso de que los procesos descritos difieran. La extensión geográfica de estos mercados dependerá de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

características de los servicios licitados. Estos mercados se tienen a la vista para analizar posibles riesgos asociados a las Bases de Licitación acompañadas en autos.

5) CONDICIONES DE COMPETENCIA

(i) Mercado relevante de los sistemas de gestión

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

84. Este Tribunal concuerda con la FNE en cuanto a que es necesario tomar en consideración las participaciones de mercado en la introducción de EyE de quienes forman parte de Sigenem, para efectos de considerar el poder de mercado y, por consiguiente, de negociación, que este tendrá en el mercado relevante de los sistemas de gestión, y además en los mercados conexos aguas abajo, correspondientes a los servicios que deberá contratar.

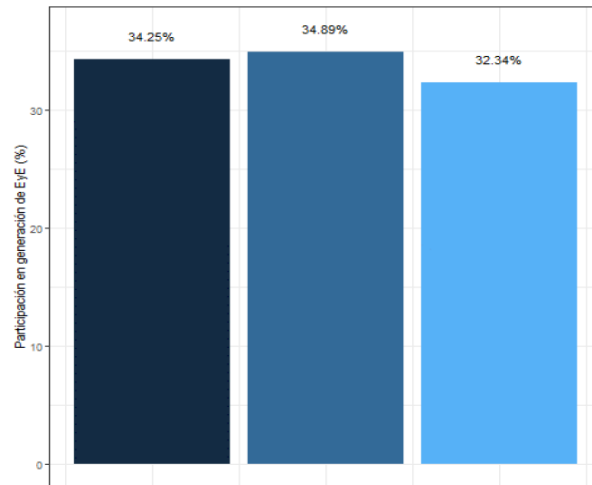
85. Las Solicitantes señalan que, en los últimos años, la introducción de EyE ha crecido de manera sostenida y debiese continuar al alza con el incremento explosivo del comercio electrónico en el último año y el consiguiente aumento en el uso de EyE. Respecto de la relevancia de Sigenem en la generación de residuos de EyE, los mismos señalan que –según informó el MMA– en Chile se generan anualmente cerca de 2.082.396 de toneladas de residuos de EyE, de las cuales 758.580 toneladas son producidas por las Solicitantes (36,43%), como se indicó previamente en la sección expositiva.

86. Las Solicitantes hacen presente que, al año 2015, según información aportada por el Centro de Envases y Embalajes de Chile y las autoridades, menos del 10% de la producción fue destinada a exportaciones directas, lo que permitiría pensar que gran parte de la producción fue utilizada para abastecer el mercado nacional. Sin embargo, agregan que las exportaciones indirectas (de productos envasados) ya representaban a dicho año el 40% de la producción de EyE, lo que determinaría que en gran medida los EyE producidos en Chile abandonan el país.

87. En línea con lo establecido por las Solicitantes, la FNE señala que la participación de estas en la generación de EyE puestos en el mercado, alcanza en torno a un tercio del total estimado para los años 2018, 2019 y 2020, tal como se ve en la siguiente figura.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

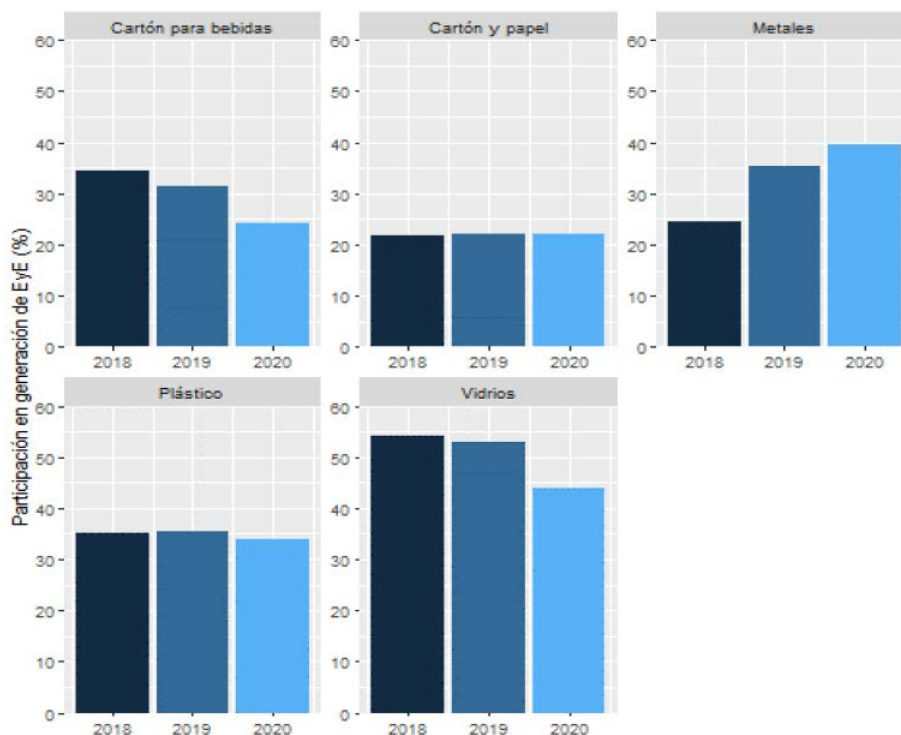
Figura N° 1: Participación de los Solicitantes en generación de EyE



Fuente: Aporte de antecedentes FNE (folio 110), p. 22.

88. Desagregando las participaciones según el tipo de material, la FNE señala que, de igual modo, las Solicitantes presentan una participación relevante en la generación de EyE por tipo de residuo, superando el 20% en todos los casos, tal como se observa en la Figura 2 a continuación.

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



Fuente: Aporte de antecedentes FNE (folio 110), p 23.

89. Atendidos los antecedentes anteriores, la FNE concluye que Sigenem podría tener una importancia que le permitiese afectar el correcto funcionamiento de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

industrias conexas relativas a los servicios que Sigenem deberá licitar (folio 110, p. 24).

90. En esa misma línea, ANIR considera que el porcentaje de 36,4% que corresponde a la proporción de EyE que producirían quienes pertenecen al Sigenem de acuerdo con los Solicitantes, no sería correcto porque se habría calculado sobrestimando las cifras de producción nacional de residuos. En definitiva, a juicio de ANIR, la participación del Sigenem alcanzaría un 57% del total del material disponible en el país. A mayor abundamiento, sostiene que, al considerar otros aspectos estructurales del mercado, como son las barreras de entrada legales, economías de escala, efectos de red, costos de cambio, acceso a insumos clave y fortaleza financiera y económica, Sigenem poseerá una posición dominante en el mercado de sistemas colectivos de gestión de EyE (folio 94, p. 9). Finalmente, teniendo a la vista casos de otros países, ANIR concluye que se puede dimensionar el rol que el sistema de gestión propuesto por las Solicitantes tendrá dentro de los diferentes mercados en que operará Sigenem (folio 94, p. 11).

91. A partir de los antecedentes anteriores, que dan cuenta de que Sigenem agrupa una parte significativa de los productores que introducen EyE, y de las consideraciones relativas a las condiciones de ingreso que se exponen en la sección siguiente, es posible identificar que este sistema colectivo de gestión podría llegar a tener suficiente poder de compra como para que se materialicen los riesgos unilaterales identificados en la sección 3 *supra*.

Competencia en los mercados de sistemas de gestión

92. Respecto del mercado en que participan los sistemas de gestión, las Solicitantes señalan que a la fecha de la Solicitud no existían sistemas de gestión colectivos de EyE en Chile. Sin embargo, dada la obligación que impone la Ley REP, debiesen comenzar a constituirse nuevos sistemas, sean estos de carácter individual o colectivo. De acuerdo con lo señalado en secciones previas del presente Informe, la Ley REP establece fuertes incentivos para que los actores gestionen sus residuos de manera colectiva, siendo el más importante que estos puedan cumplir con las metas mediante la recolección y valorización de EyE de cualquier marca. Así, es esperable que diversos actores se sumen también a los SCG que comiencen a operar.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

93. Sobre esta materia, resulta pertinente considerar lo que dispone el informe OCDE (2016) respecto de la competencia en el mercado de sistemas para cumplir con la responsabilidad extendida del productor en cuanto indica que, en línea con lo indicado en una recomendación del Consejo de la OCDE sobre la evaluación de la competencia (2009), diversas autoridades de competencia tienen la visión de que cualquier restricción al establecimiento de múltiples sistemas, o a la entrada de competidores, debe ser examinada críticamente durante la fase de diseño, y si se establece alguna restricción, debe eliminarse gradualmente lo antes posible.

94. En lo referente a las condiciones de ingreso, las Solicitantes indican que el mercado de los sistemas de gestión de EyE carecería de barreras de entrada, atendido que la normativa incentiva la gestión de dichos productos prioritarios, en particular mediante el uso de sistemas colectivos, como se señaló en el párrafo 92 *supra*.

95. A diferencia de lo señalado por las Solicitantes, la OCDE identifica ciertas barreras de entrada para nuevos sistemas de gestión. En el informe citado *supra*, se detallan posibles barreras estructurales (como son los costos hundidos y economías de escala y efectos de red) que estarían relacionadas con diferencias en el tamaño de los sistemas de gestión de incumbentes y entrantes, así como barreras estratégicas, ligadas principalmente a infraestructura que puede ser esencial y a contratos exclusivos de largo plazo con empresas encargadas de la gestión de residuos. Asimismo, la OCDE señala que los costos de cambio –como podrían ser la integración vertical con otros actores relevantes y la estructura de tarifas cobradas a los productores– pueden erigirse como barreras de entrada.

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

97. Finalmente, cabe tener presente que los SCG como Sigenem podrán competir por la incorporación de nuevos socios, con el objetivo de aprovechar los beneficios de contar con una mayor cantidad de miembros. Por ejemplo, para poder

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

optar a mejores precios en los procesos de licitaciones para el manejo de los residuos. En relación con eso, el Tribunal se pronunciará sobre los potenciales costos de salida de los miembros de Sigenem, lo cual podría incidir en la entrada o expansión de otros sistemas de gestión.

Mercados Conexos Aguas Arriba

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

99. Al respecto, la FNE señala que dentro de los rubros comerciales en los que participan las Solicitantes (es decir, aquellos en que comercializan los productos envasados), en algunos segmentos las participaciones de mercado conjuntas de los mismos alcanzarían niveles altos. Ejemplo de lo anterior sería el de la industria de producción e importación de cerveza, donde las empresas Cervecerías Chile y CCU, ambas participantes de Sigenem, habrían alcanzado conjuntamente una participación de 93,3% al año 2019. Otros ejemplos indicados por la FNE incluyen el de la producción y comercialización de jugos y néctares (con entre 80 y 100% de participación en 2017 por parte de empresas que forman parte del Sigenem), producción y comercialización de bebidas gaseosas (con entre 90 y 100% de participación en 2016), segmento *retail* de mejoramiento de hogar (superando el 60% de participación) y Tabacos (superando el 90% de participación) (folio 110, p. 19-20).

100. Cabe señalar que, de acuerdo con lo indicado en el párrafo 92, el marco normativo compuesto por la Ley REP y el D.S. N°12 contiene fuertes incentivos para que los productores cumplan con las metas de recolección y valorización de los productos prioritarios de forma colectiva y no individual. Por lo tanto, es de esperar que tales incentivos repercutan, en parte, en la incorporación de nuevos asociados dentro de los SCG disponibles en el mercado. En ese sentido, y en consideración a que a la fecha de la Solicitud no existían sistemas de gestión colectivos de EyE en el país, nuevas empresas podrían incorporarse a Sigenem, aumentando así la participación conjunta en los mercados en que participan las Solicitantes, o involucrando nuevos mercados en los cuales podrían materializarse los riesgos descritos en la sección 3 *supra*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

101. A partir de los antecedentes anteriores, es posible concluir que Sigenem agrupará una cantidad relevante de productores que compiten aguas arriba en los mercados donde comercializan sus productos envasados, y que dicha cantidad podría aumentar. En este sentido, resulta relevante establecer mitigaciones suficientes con el objetivo de que posibles riesgos no se materialicen en dichos mercados.

Mercados Conexos Aguas Abajo

102. En su aporte de antecedentes, la Fiscalía señala que *“En un análisis ex ante como el del presente caso, se debe prestar especial atención a las características de cada uno de los mercados en los cuales impactarán estos procesos licitatorios: su nivel de concentración, las barreras a la entrada, así como la repetición de las licitaciones”* (folio 110, p. 61). Añade que, en su opinión, incluso en el escenario en que Sigenem gozase de una posición monopólica, su poder de mercado en lo que se refiere a los procesos de licitación se vería morigerado por factores como la alta concentración en ciertos segmentos de la gestión de residuos, entre otros.

103. A pesar de lo indicado por la FNE, este Tribunal no estima necesario ahondar en el presente Informe en las condiciones de competencia en los mercados conexos aguas abajo relacionados al servicio de manejo de residuos, atendido que aún no existen sistemas de gestión colectivos de EyE operativos en Chile y sólo se cuenta en estos autos con información respecto de las condiciones de competencia ligadas a la oferta en estos mercados. A pesar de que estas condiciones sobre la oferta de servicios de manejo de residuos pueden afectar el poder de mercado que podría ejercer el sistema de gestión colectivo, las Bases de Licitación deben contar con mitigaciones suficientes para evitar el ejercicio de dicho poder de mercado –y, por lo tanto, de hechos, actos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia– en cualquier circunstancia. Adicionalmente, lo anterior resulta particularmente relevante puesto que, dado el carácter incipiente de la implementación de la responsabilidad extendida del productor, no se cuenta con antecedentes respecto de la evolución que existirá en los mercados donde participan los gestores de residuos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

104. A continuación, corresponde analizar las principales cláusulas de los Estatutos y su conformidad con las normas de libre competencia, esto es, si en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento de Sigenem, existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

105. En particular, de acuerdo con lo señalado en el párrafo 41 *supra*, el Tribunal estima que deben resguardarse los siguiente puntos: (i) los SCG deben tener incentivos para conformarse, y los actores del mercado o productores deben tener incentivos para ingresar a dichos sistemas de gestión; (ii) los SCG deben permitir el intercambio de productores de un sistema a otro, de manera de mantener sus incentivos a competir y a ser más eficientes una vez establecidos en el mercado; (iii) los SCG deben actuar en beneficio de la totalidad de sus asociados, y no en base a los intereses selectos de algunos socios; y (iv) los SCG no deben incentivar ni facilitar la coordinación, colusión o el traspaso de información sensible entre sus asociados, información que puede afectar la competencia en los mercados conexos donde ellos participan.

106. Los puntos anteriores son consistentes con lo señalado en el artículo 20, inciso 4 de la Ley REP, en que se enuncian los criterios generales que deben cumplir los estatutos: “[...] *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 [...]*”.

107. Teniendo presente lo señalado previamente, del análisis de la Solicitud y de los aportes de antecedentes allegados a este proceso, es posible identificar las siguientes materias respecto de las cuales se requiere un pronunciamiento de este Tribunal: (i) las categorías de los socios y sus derechos políticos; (ii) la restricción de derechos políticos por grupo empresarial; (iii) determinación de la cuota de incorporación y las ecotasas, en lo relativo a la forma de remuneración de los costos hundidos por las Solicitantes en la conformación de Sigenem; y (iv) los riesgos de traspaso de información comercialmente sensible entre miembros de Sigenem.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(i) Categorías de socios y derechos políticos

108. Como se indica en la parte expositiva de esta resolución, en la tercera versión de los Estatutos se establece una distinción entre socios permanentes y socios activos clase A y clase B. Fundamentalmente, la diferencia entre una y otra categoría radica en que solo los socios permanentes y los socios activos clase A tienen derechos políticos, los que se traducen principalmente en el derecho a votar en la Asamblea General de socios y, con ello, elegir a los miembros del Directorio de Sigenem. En cambio, los socios activos clase B pueden participar de las reuniones de la Asamblea General solo con derecho a voz.

109. Las Solicitantes justifican dicha distinción en *“la necesidad de equilibrar los esfuerzos de inversión en costos hundidos y gestionar adecuadamente el free riding que han tenido que enfrentar las empresas que asumen el riesgo de conformación del Sigenem”*. En su opinión, la conformación de un sistema de gestión colectivo generaría altos costos hundidos y ese gasto o esfuerzo debe ser recompensado a quienes incurrieron en ellos; de lo contrario, otros se aprovecharían de dicho esfuerzo, todo lo cual desincentivaría la creación de estos SCG. En abono de su postura, las Solicitantes acompañaron un informe económico, que rola a folio 138, en el que se afirma que el sistema propuesto por Sigenem no vulneraría las normas del D.L. N°211 y estaría en línea con los principios rectores de la Ley REP.

110. Siempre según las Solicitantes, las razones por las cuales la distinción entre categorías de socios no afectaría la libre competencia dicen relación, fundamentalmente, con la posibilidad que tiene cualquier interesado de ingresar a Sigenem. En su opinión, las reglas de incorporación permiten el libre acceso, ya que cualquier interesado puede adquirir la calidad de socio permanente pagando la correspondiente cuota que se haya definido para esos efectos, la cual es equivalente al desembolso unitario efectuado por los socios permanentes a esa fecha. Alternativamente, cualquier interesado puede ingresar a otras categorías de socios siempre que cumplan con los requisitos establecidos para ello. Junto con lo anterior, afirman que todos los socios, sin importar su categoría, serán tratados en forma equitativa y no discriminatoria, citando al efecto algunos de los derechos que pueden ejercer, tales como la participación en las asambleas de socios, la presentación de proyectos o iniciativas al Directorio, acceso a información no confidencial, ser informados del modelo tarifario, entre otros. Adicionalmente, todos los socios deberán pagar las tarifas de gestión de residuos o ecotasas, por unidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de medida, las que se fijarán en base a criterios objetivos, y serán iguales para todos quienes contraten el mismo servicio.

111. Como se adelantó, las Solicitantes respaldan su postura con un informe económico, el que sostiene que no solamente el sistema propuesto de categorías de socios no afecta la libre competencia, sino que es deseable para fomentarla, ya que facilitaría la entrada de nuevos socios vía autoselección, asegurando la participación equitativa de sus miembros.

112. La FNE, en cambio, cuestiona las categorías de socios propuestas por las Solicitantes. De acuerdo con el servicio fiscalizador, *“la participación equitativa en el sistema debe reflejarse en la existencia de un parámetro igualitario en materia de derechos políticos”*. Así, en lo que se refiere al argumento de los costos hundidos y el *free riding*, explica que efectivamente los primeros no deben ser asumidos en su totalidad por los fundadores y aprovechados por el resto, pero sí que sean retribuidos adecuadamente y de una forma económicamente racional. Agrega que los sistemas de gestión colectiva no corresponden a una actividad comercial y, por lo tanto, no se deben evaluar en base a la obtención de utilidades, ya que su objetivo o finalidad no es otra que el cumplimiento de una obligación establecida en la ley. Descarta un supuesto desincentivo si no se hiciera la distinción de socios propuesta, por cuanto una vez que se implemente la Ley REP es esperable que los sistemas de gestión colectiva compitan, principalmente, por las tarifas o ecotasas que cobren. En cualquier caso, la FNE sostiene que el riesgo de que exista un número reducido de SCG no provendría de la supresión de categorías de socios, sino del *“potencial monopolizador del o los primeros GRANSIC”*.

113. Respecto de los costos hundidos, la Tabla 3 a continuación detalla, según información aportada por la FNE al proceso a folio 110, los costos –reportados por Sigenem– en que habrían incurrido las Solicitantes en relación con las actividades previas a la conformación de Sigenem.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 3: Costos en que se habría incurrido en relación con las actividades previas a la conformación de Sigenem, hasta julio de 2021 (en millones de pesos)

ITEM	COSTO
Remuneraciones	[...]
Honorarios	[...]
Caja chica	[...]
Gastos de Viajes y Representación	[...]
Eventos	[...]
Equipamiento	[...]
Estudios y Proyectos	[...]
TOTAL GASTO ADMINISTRATIVOS	[400 – 1.000]
TOTAL GASTOS DE PILOTOS	[500 – 1.100]
TOTAL PROYECTO SIGENEM	[500 – 2.500]

Fuente: Elaboración propia en base a archivo Excel denominado “GASTO SIGENEM – JUL 2021 valores.xlsx” acompañado por la FNE a folio 110, cuya confidencialidad se otorgó a folio 115.

114. En la misma línea que la FNE, el Ministerio del Medio Ambiente arguye que las diferencias entre categorías de socios propuesta por las Solicitantes no están suficientemente fundamentadas. El Ministerio puntualiza que *“el derecho a voto no puede estar definido a partir de la realización de una suerte de ‘compra con derecho a voto’, sino que debería ser proporcional a la magnitud de las obligaciones que el productor delega en el sistema de gestión”*.

115. Previo a ahondar en el análisis de competencia respecto de las categorías de socios y sus derechos políticos, debe tenerse en cuenta que, en opinión de este Tribunal, los socios están en su derecho a mitigar prácticas de *free riding* tanto en la conformación como en la gestión del sistema colectivo, puesto que dichos incentivos son necesarios para la creación de los mismos, y para asegurar que quienes gestionan la Corporación sean empresas efectivamente interesadas en su funcionamiento, evitando comportamientos oportunistas. Adicionalmente, se debe tener presente que el SCG tiene incentivos para acumular la mayor cantidad de socios, puesto que así aumentan sus probabilidades de lograr un costo menor en las licitaciones para la gestión de residuos, y le permite volverse más atractivo en comparación con otros sistemas competidores.

116. Dado lo anterior, se velará porque los mecanismos que disponga la corporación no vulneren el acceso de nuevos socios y la participación equitativa de todos los socios (ambos enunciados en el art. 20 inciso 4 de la Ley REP), así como tampoco la libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

117. En opinión de este Tribunal, optar por un esquema como el propuesto por la FNE, esto es, una única membresía igual para todos los socios con el mismo costo y derechos políticos, generaría un desincentivo a entrar al sistema de gestión a las empresas de menor tamaño o que producen menos residuos pudiendo en algunos casos el pago de la membresía llegar a ser un impedimento para la entrada.

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

119. De esta manera, establecer tres categorías de socios, con membresías o cuotas de incorporación de distinto valor y derechos políticos disimiles, como se propone en los Estatutos, otorga flexibilidad al sistema, y a su vez, permite que cada empresa se autoseleccione, lo que promueve el acceso de nuevos socios, y va en línea con el incentivo que otorga la Ley REP de adscribirse a estos sistemas de gestión para poder cumplir con las metas allí establecidas. El hecho de que existan distintas cuotas de incorporación no impide un acceso equitativo (que es distinto a igualitario, en cuyo caso todos gozan de idénticos derechos sin importar su contribución a los costos), e incentiva la participación de empresas que introducen menor cantidad de EyE al sistema. En este punto es relevante que en los Estatutos existe libertad a quien quiera integrarse con posterioridad a Sigenem de optar por entrar como socio permanente, pagando la cuota de incorporación correspondiente, o entrar como socio clase A, pagando una proporción de dicha cuota y obteniendo derechos políticos (a voz y voto) en igual proporción o bien, ingresar como socio clase B, pagando una cuota de incorporación más baja que le permite participar y tener solo derecho a voz, pero no a voto.

120. Con todo, este Tribunal ordenará a Sigenem incorporar en sus Estatutos la posibilidad de que un asociado clase A o B pueda optar a cambiar de categoría, si está al día con sus obligaciones y paga el diferencial de la cuota de incorporación correspondiente.

121. Por otra parte, dado que los Estatutos establecen en su artículo séptimo que *“La negativa de admisión será fundada y no podrá negarse el ingreso a la Corporación a quienes lo requieran y cumplan con los requisitos estatutarios, reglamentarios, del Código de Ética y del Protocolo de libre competencia e*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

intercambio de información”, parece consistente con la obligación de dar acceso a nuevos socios, por cuanto dicha obligación tiene límites objetivos (puede quedar condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, como son, por ejemplo, antecedentes comerciales de deudor moroso en otro sistema de gestión).

122. En cuanto a los riesgos que podría conllevar la existencia de derechos políticos diferenciados, en que diversas categorías de socios tengan distinta influencia en la conducción de la corporación, debe tenerse presente que el principal riesgo es el de sabotaje al interior de la corporación, es decir, que los socios con más derechos obtengan ventajas porque actúan en su exclusivo beneficio y en perjuicio de otros socios que son sus competidores en los mercados aguas arriba. No obstante, la libertad de elección de categoría para quien desee ingresar a la Corporación y la posibilidad de cambiar de calidad de socio mitigan este riesgo. Otro riesgo asociado a la existencia de distintas categorías es que se beneficie en particular a alguna empresa integrada verticalmente con los socios con más derechos, y adjudicar la licitación en condiciones discriminatorias. Sin embargo, las medidas en materia de gobierno corporativo y cumplimiento normativo, los deberes de abstención en caso de conflicto de interés, la existencia de directores independientes, y la incorporación de una Gerencia de Auditoría y de Compliance, entre otros, permiten precaver dichos riesgos.

123. En razón de lo anterior, este Tribunal considera que la distinción propuesta por Sigenem en cuanto a las diferentes categorías de socios no impide o restringe la libre competencia.

124. Adicionalmente, se ordenará que Sigenem incorpore en sus Estatutos que las eventuales multas por no cumplimiento de las metas que exige la Ley REP y el D.S. N° 12 del MMA, deberán distribuirse entre sus miembros en proporción a la cantidad de EyE introducidos por cada uno de ellos. Ello generará los incentivos adecuados para que los miembros de Sigenem que introducen más EyE al sistema se involucren en su funcionamiento, y mitigará los riesgos asociados a la existencia de distintos derechos políticos.

(ii) Restricción de los derechos políticos por grupo empresarial

125. Un segundo aspecto que destaca la FNE dice relación con la eventual restricción de los derechos políticos de los asociados que pertenezcan a un mismo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, proponiendo que quienes pertenezcan a un mismo grupo tengan derecho, en conjunto, a un solo voto en la Asamblea General.

126. Sobre el particular, las Solicitantes consideran que cada uno de los socios permanentes o fundadores debe tener derecho a voz y voto en las asambleas generales, independientemente de si ellos pertenecen o no a un mismo grupo empresarial. Fundamentan esta determinación en tres argumentos: (i) la Ley REP no haría ninguna distinción entre los grupos empresariales y las empresas que lo conforman, como tampoco lo haría el D.S. N°12 del MMA; (ii) se establecería un trato discriminatorio y contrario a la libre competencia si se hiciera tal distinción, pues dentro de un mismo grupo empresarial *“pueden coexistir diversos productores de EyE distintos y, por tanto, sujetos a metas de recolección y valorización distintas”*; y (iii) evitar las subvenciones cruzadas entre los integrantes de un mismo grupo, de manera de resguardar la transparencia de los costos.

127. Como se señaló, la FNE es partidaria de que cada grupo empresarial pueda participar en las asambleas generales con un voto, independientemente del número de empresas que conformen el respectivo grupo. En abono de su postura, aduce que no solamente debe considerarse la regulación contenida en la Ley REP y el D.S. N°12, sino también el D.L. N°211, el que contempla diversas disposiciones que hacen referencia a la noción de grupo empresarial (arts. 3° inciso segundo letra f, 4° bis, 26 letra c, 47 y 48), en el entendido que los intereses comunes de los agentes económicos deben ser tratados como una unidad. Esto, siempre según la FNE, estaría respaldado por la jurisprudencia de este Tribunal, citando como ejemplo las Resoluciones N°63 y N°66. De este modo, a su juicio, los grupos empresariales deberían operar *“como un solo centro de intereses en la operación del Sigenem”*.

128. En este orden de ideas, la Fiscalía afirma que no es compatible con la libre competencia que agentes económicos sean tratados en forma desigual en atención a la estructura societaria que tengan. Así, propone que se establezcan ciertos resguardos mínimos en favor de aquellos socios que tengan una baja incidencia en la cantidad de envases y embalajes del sistema. Dentro de dichos resguardos, la FNE recomienda, alternativamente, la reserva de cupos en el Directorio para los socios de un mismo grupo empresarial que tengan una participación menor en los envases y embalajes, o que se establezca un factor mínimo de votos a los socios minoritarios pertenecientes a un mismo grupo empresarial.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

129. A juicio de este Tribunal, los intereses de las empresas que conforman un grupo empresarial no son necesariamente homogéneos, especialmente en relación con los objetivos trazados por la Ley REP. Por este motivo, respecto de la forma de participación de cada grupo empresarial en las asambleas generales, este Tribunal estima que ellos podrán participar como un solo grupo con un voto si libremente se incorporan de esa manera a Sigenem. De lo contrario, si se incorpora alguna de las filiales de las empresas que conforman el grupo empresarial de manera independiente, esta tendrá los derechos políticos que correspondan de acuerdo con la categoría de socio por la que opte.

130. A juicio de este Tribunal, no es apropiado introducir diferencias o un trato discriminatorio que limite el ejercicio de derechos inherentes a su calidad de socio, a aquellas empresas que forman parte de un mismo grupo empresarial respecto de las que no, si es que libremente deciden constituirse como socios de Sigenem.

(iii) Determinación de la cuota de incorporación y las ecotasas: forma de remuneración de los costos hundidos por las Solicitantes en la conformación del Sigenem

131. Como se señaló precedentemente, las Solicitantes explican la conveniencia de establecer cuotas de incorporación diferenciadas, dependiendo si el postulante desea ser socio permanente o no, y con ello obtener los derechos políticos pertinentes. Al efecto, señalan que se trata de un mecanismo equitativo porque solo otorga derecho a voto en las asambleas de socios a aquellos que están dispuestos a pagar los costos hundidos.

132. La FNE cuestiona el cobro de cuotas de incorporación diferenciadas según categoría de socio y que estas financien los costos hundidos. La FNE sostiene que el financiamiento de los costos hundidos podría tener lugar a través de las ecotasas. De este modo, recomienda una cuota de incorporación que solo refleje el costo directo de los gastos administrativos que devengue la incorporación del nuevo asociado, y que sean las mencionadas ecotasas las que incorporen el resto de los costos, incluidos los hundidos. En cualquier caso, la FNE estima que todos los pagos deben estar relacionados con costos y no con la disposición a pagar del eventual interesado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

133. Atendido que la forma de remuneración de los costos hundidos y la determinación de la cuota de incorporación se encuentran relacionadas, a continuación, nos referiremos a esta última. Posteriormente nos referiremos a las ecotasas.

Determinación de la cuota de incorporación

134. Como se señaló en la parte expositiva, el monto de la cuota de incorporación de cada categoría de socio a Sigenem no está todavía determinado. Con todo, en la tercera versión de los Estatutos se entregaron algunos lineamientos para la fijación de dicha cuota. En primer término, se especifica que para fijar dicho valor se requiere conocer mejor cómo funcionará esta industria, razón por la cual se elaborará un trabajo posterior en esta materia. En segundo lugar, será la Asamblea Ordinaria la que fije la cuota de incorporación, asamblea que, como se expuso, estará integrada en un principio exclusivamente por los socios que conformen la Corporación desde su inicio. En tercer lugar, se establecen ciertos parámetros para la fijación de la cuota, dependiendo de la calidad de socio que quiera adquirir el solicitante.

135. Así, en el caso de los socios permanentes, la cuota de incorporación se determinará en base a criterios objetivos y no discriminatorios que consideren los costos derivados de la conformación de Sigenem, así como todos los costos en que incurre la Corporación para la incorporación de un socio permanente. En el caso de los socios activos clase A, la cuota debe responder a criterios objetivos y no discriminatorios y corresponderá a una proporción del total de la cuota que paga un socio permanente, y debe considerar todos los costos en que incurre la Corporación para la incorporación de un socio activo clase A. Por último, la cuota de incorporación de los socios activos clase B también debe establecerse en base a criterios objetivos y no discriminatorios, y será equivalente a una proporción del total de la cuota de incorporación que paga el socio permanente, pero inferior a la del socio activo clase A, y debe considerar todos los costos en que incurre la Corporación para la incorporación de un socio activo clase B.

136. La FNE formula observaciones en esta materia. De partida, considera inconveniente que la cuota la fije la Asamblea Ordinaria, integrada, como se ha mencionado, por los socios fundadores. En cuanto a los parámetros señalados en el párrafo anterior, puntualiza, respecto de los socios permanentes, que no quedaría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

claro qué implican los costos de conformación de Sigenem. Luego, respecto de los socios activos clase A, aduce que la proporción del total de la cuota de un socio permanente que pagará un socio activo clase A, no está determinada, pudiendo la Asamblea General fijar, a su solo arbitrio, la proporción que estime adecuada, lo que podría afectar la calidad con que quiera entrar un postulante a Sigenem. En relación con los socios activos clase B, la FNE si bien considera razonable el parámetro utilizado, hace presente que *“la redacción propuesta no es clara en excluir la posibilidad de cobrar otros gastos o ítems en esta cuota de incorporación”*.

137. Finalmente, la Fiscalía formula otra observación, relativa a las dificultades de fiscalizar el establecimiento de cuotas en base a criterios o parámetros poco precisos, lo que podría dar lugar a la presentación de demandas o consultas ante este Tribunal que persigan un pronunciamiento sobre la conformidad con las normas del D.L. N°211 del monto de las cuotas de incorporación.

138. Al Ministerio del Medio Ambiente le preocupa en esta materia que el cobro de la cuota de incorporación imponga restricciones al ingreso de nuevos productores, ya que no resulta claro cómo se va a realizar el cálculo de la cuota ni el fin de los fondos que se obtengan con ella. Sin embargo, reconoce que las Solicitantes han incurrido en costos y riesgos al formar Sigenem y que estos deben ser tomados en consideración. Para ello propone mecanismos alternativos para compensarlos, como, por ejemplo, considerar que los costos y riesgos asumidos por las Solicitantes son un préstamo a Sigenem y que este *“realice un pago de dicho crédito durante los primeros años de operación”*, cuyos recursos deberían provenir de las tarifas cobradas a los productores (cobro en relación con los productos que introducen en el mercado).

139. En opinión del Tribunal, atendido que la determinación de la cuota de incorporación podría impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, ella deberá fundamentarse en un análisis de costos y riesgos, de tal manera de asegurar que esta se fije en base a criterios económicos de costos, objetivos y no discriminatorios, y no de la disposición a pagar del postulante. La cuota de incorporación de los socios permanentes y de los socios activos clase A podrá considerar los costos hundidos en su determinación. Asimismo, se deberá definir en base a los mismos criterios qué porcentaje de la cuota de incorporación de los socios permanentes deberán pagar los socios activos clase A. Por último, respecto de la cuota de incorporación de los socios activos clase B, esta también deberá

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fijarse en base a criterios económicos objetivos y no discriminatorios. En este caso, el monto de la cuota de incorporación de los socios activos clase B deberá cubrir solo los gastos administrativos de su incorporación como tales. Las distintas cuotas de incorporación deberán ser informadas anualmente a sus asociados y a quienes quieran ingresar a Sigenem.

140. A juicio de este Tribunal es recomendable que se haga una diferencia entre la cuota de incorporación y las ecotasas, atendido lo que busca financiar con cada una de ellas, debiendo la primera ser aquella que cubra los costos hundidos incurridos en la creación del SCG y los gastos administrativos que genera la incorporación de un nuevo socio.

141. Como se señaló previamente, los Estatutos contemplan, además de la cuota de incorporación, otros dos tipos de pagos que deben realizar aquellos que deseen incorporarse a este sistema de gestión colectivo: las ecotasas que tienen que pagar todos los socios de manera diferenciada de acuerdo con los residuos que debe gestionar; y un pago por constitución o garantía legal para el cumplimiento de las metas de recolección y valorización. A continuación, nos referiremos a las ecotasas.

Ecotasas

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

143. Las Solicitantes, a diferencia de la propuesta de la FNE, indican que no es recomendable incorporar los costos hundidos dentro de las ecotasas porque implicaría *“una recarga de tarifas futuras para socios que, debido a su tamaño o escasos volúmenes de obligaciones bajo la Ley REP, no cuentan con los recursos para financiar los costos hundidos de Sigenem”*. Esto, según las Solicitantes, podría generar una barrera de entrada por cuanto desincentivaría el ingreso de aquellos productores que cuentan con recursos económicos acotados destinados a cubrir exclusivamente las obligaciones establecidas en la Ley REP.

144. Como se desprende del referido artículo 20 del D.S. N°12, la normativa regula cómo deben distribuirse los costos de la corporación, de modo que resguarda

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posibles abusos en esta materia por parte de los miembros que introducen mayor cantidad de residuos EyE respecto de quienes introducen una proporción menor.

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

146. Cabe señalar que los Estatutos disponen que, en caso de cualquier discrepancia técnica sobre la aplicación del modelo tarifario, la controversia será resuelta por una comisión arbitral según lo dispuesto en el Título XI de los mismos. La comisión arbitral estará integrada por tres profesionales propuestos por el Directorio y que deberán ser aprobados por la Asamblea General.

147. Finalmente, este Tribunal ordenará que, si Sigenem actúa solo como sistema de monitoreo para el caso de residuos no domiciliarios, dicha ecotasa debiera reflejar únicamente los costos de dicha actividad.

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

148. La FNE señala que la participación de competidores dentro de Sigenem puede suscitar riesgos coordinados y afectar la libre competencia en los mercados conexos.

149. Este Tribunal concuerda con lo anterior atendido que, siguiendo lo señalado en la sección 3 *supra*, los acuerdos de colaboración conjunta entre productores pueden afectar los niveles de competencia en los mercados donde estos participan, ya que facilitan la coordinación entre los mismos. En el presente caso, por ejemplo, podrían existir riesgos de traspaso de información entre dos o más socios que participen de los mismos mercados aguas arriba, lo que facilitaría la materialización de prácticas colusorias como son la fijación de precios o de cuotas de mercado, afectando así a los consumidores de dichos mercados. Asimismo, el traspaso de información estratégica posibilita que surjan efectos anticompetitivos cuando hace

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posible que las empresas que participan de estos acuerdos tengan conocimiento de estrategias de mercado de sus competidores (Comisión Europea (2011)).

150. En términos de los riesgos de traspaso de información aplicados al contexto de la responsabilidad extendida del productor, el informe OCDE (2016) coincide con la conclusión anterior, en cuanto sostiene que la formación y funcionamiento de los sistemas de gestión pueden tener efectos indirectos que perjudiquen la competencia en los mercados donde los productores que participan de dichos sistemas de gestión ofrecen sus productos. En particular, el informe indica que los productores pueden utilizar los sistemas de gestión para coludirse, ya sea como cobertura para reuniones colusorias o utilizando un exceso de tarifas para aumentar el precio de los productos.

151. A pesar de lo anterior, en opinión de este Tribunal, dicho riesgo se encuentra debidamente mitigado puesto que, en materia de traspasos de información las Solicitantes incorporaron las siguientes recomendaciones de la Fiscalía: (a) los representantes de los socios no deben ser ejecutivos relevantes de los socios en materias comerciales. Deben estar previamente designados y registrados por la Gerencia de Auditoría; (b) existe un deber explícito de no intercambiar información, opiniones, antecedentes comerciales sensibles ni ningún otro antecedente fuera de las Asambleas Generales de Sigenem y sus organismos formales; (c) la información a que puede acceder Sigenem debe ser la mínima necesaria, a saber: i) información para pronunciarse de la solicitud de acceso de nuevos socios y ii) información de los EyE incorporados en el mercado; (d) la entrega de información desagregada debe siempre canalizarse por la Gerencia de Auditoría y Compliance, que la agrupará para entregarla a los organismos internos de Sigenem que la requieran para el ejercicio de sus funciones; (e) la recepción y entrega de información debe constar por escrito; (f) debe suscribirse un Acuerdo de Confidencialidad respecto de la información que se reciba. La infracción a este deber debe ser reportado a las autoridades públicas que corresponda, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de Sigenem; (g) independencia del Gerente de Auditoría y Compliance para poner en conocimiento de la FNE eventuales infracciones a la competencia; y (h) los socios no pueden acceder a información confidencial con motivo de los informes del auditor.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

152. Los Estatutos también contemplan medidas disciplinarias en caso de incumplimiento de las obligaciones de los socios, directores, ejecutivos o dependientes de la Corporación en esta materia (Título XIII de los Estatutos).

153. A juicio de este Tribunal, con la inclusión de las medidas indicadas en los párrafos anteriores, se encuentran razonablemente mitigados los riesgos de coordinación y de traspaso de información sensible entre competidores.

7) ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE LAS BASES DE LICITACIÓN

154. Siguiendo la estructura de esta resolución enunciada en el párrafo 18 *supra*, en lo que sigue se analiza si las Bases de Licitación acompañadas en autos, en su tercera versión, contienen cláusulas que pueden impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

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

156. En esta materia, las Solicitantes recogieron las principales aprehensiones que habían formulado los aportantes de antecedentes, en especial las de la FNE. En efecto, en las cuatro bases de licitación sometidas a conocimiento del Tribunal se adoptan licitaciones en dos etapas, es decir, una primera en la que solo aquellos oferentes que cumplen con cierto estándar técnico y de calidad de servicio mínimo pasan a una segunda etapa, la cual se resuelve entre los oferentes en base a una variable económica: el menor precio a usuario para las licitaciones del servicio de recolección, de instalaciones de recepción y almacenamiento, y del servicio de clasificación y pretratamiento de residuos de EyE; y en base al mayor precio a pagar en las bases de licitación para la venta de residuos de EyE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

157. Asimismo, las licitantes incorporan la propuesta de establecer un precio máximo de reserva secreto por sobre el cual se desestiman las ofertas en las bases de licitación de los servicios de recolección, de instalaciones de recepción y almacenamiento, y del de clasificación y pretratamiento de residuos de EyE; de tal manera de permitir “a la corporación resguardarse de ofertas ganadoras extremas” (informe acompañado por las Solicitantes a folio 139, p. 19) y de desincentivar la coordinación o colusión en la presentación de ofertas. Adicionalmente, en las bases de licitación del servicio de recolección de residuos reciclables de EyE, se establece una demanda mínima garantizada, tal como lo propone el mismo informe acompañado a folio 139 (p. 23), lo que otorga seguridad a los oferentes dado que disminuye el riesgo de baja demanda, que impida que puedan cubrir sus costos fijos.

158. Respecto de los plazos de las licitaciones, la de los servicios de recolección de residuos de EyE es por un plazo de cinco años; la licitación de instalaciones de recepción y almacenamiento es por un plazo de dos años; la licitación del servicio de clasificación y pretratamiento de residuos reciclables de EyE es por un plazo de 15 años, y la licitación de venta de residuos de EyE es por un plazo de seis meses. El mayor plazo de la licitación del servicio de clasificación y pretratamiento de residuos reciclables de EyE responde a la necesidad de recuperar la inversión en la planta de clasificación durante el período que dura la concesión. Ello permite que todos quienes estén interesados puedan participar de la licitación y no solo quienes ya cuentan con una planta de clasificación. Además, el mayor plazo influye en un precio menor que el que ofertarían si el plazo del contrato fuera más reducido, dada la necesidad de recuperar la inversión en la planta.

159. Respecto de cómo solucionar un posible empate en las ofertas económicas, solo en las bases de licitación de la venta de residuos de EyE, se adopta la propuesta del informe acompañado por las Solicitantes a folio 139 (p. 19), el cual propone que se resuelva ante un notario de modo aleatorio, de tal manera que garantice iguales probabilidades para cada oferente que haya empatado. Las otras bases nada indican respecto de cómo solucionar un posible empate. Por este motivo, el Tribunal solicitará que quede establecido el mecanismo de desempate en las otras tres bases de licitación. Dicho mecanismo puede ser mejorar la oferta económica, considerar puntajes técnicos u otra que el sistema de gestión quiera adoptar, siempre que esta sea objetiva, no discriminatoria y esté justificada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

160. Sigenem también modifica las bases de licitación del servicio de clasificación y pretratamiento de residuos reciclables EyE en el sentido de cambiar la variable de asignación que previamente era un polinomio de tres cobros (cobro por recepción, por clasificación y por descarte), por una sola variable de adjudicación (un solo precio) que cubra los costos de los tres servicios y establecer niveles mínimos de calidad exigidos. Ello permite evitar los posibles arbitrajes entre los cobros de los tres servicios, que había detectado el informe acompañado por las Solicitantes a folio 139 (p. 27) cuando estos se ponderan de manera diferente en un mismo polinomio.

161. Finalmente, siguiendo las recomendaciones del mismo informe, Sigenem disminuye el plazo de duración del contrato de venta de residuos de EyE de doce meses a seis meses y elimina la posibilidad de prórroga del contrato. Esto disminuye el incentivo a adoptar estrategias de exclusión por parte de quienes se adjudiquen el contrato respecto de sus rivales y, además, disminuye la incertidumbre que genera la volatilidad del valor de estos materiales para ambas partes.

162. Solo tres materias siguen siendo cuestionadas desde el punto de vista de la libre competencia. La primera se refiere a la posibilidad que participen consorcios o *joint ventures* en las licitaciones; la segunda dice relación con los requisitos de experiencia; y la tercera se refiere a la participación de empresas relacionadas en las licitaciones. A continuación, se describen dichos cuestionamientos, así como la opinión del Tribunal sobre los mismos y sobre otras cláusulas que pueden merecer algún comentario desde la perspectiva de la libre competencia. Finalmente, se analiza la relación entre el SCG y las municipalidades o asociaciones de municipios.

Participación de consorcios o joint ventures

163. Verallia es el único aportante de antecedentes que fomenta la participación de consorcios o *joint ventures* en las licitaciones que realice Sigenem. Señala que permitir la participación solo de empresas ya constituidas puede excluir a agentes económicos que únicamente pueden hacerlo en alianza con otros. Así, sostiene que no se permite que ciertos actores puedan combinar sus diferentes ventajas competitivas para poder participar, lo que puede tener efectos exclusorios, citando al efecto ejemplos de acuerdos colaborativos que demuestran sus ventajas. Dentro de dichos ejemplos se pueden mencionar los siguientes: (i) acuerdos entre empresas recolectoras de residuos y fabricantes de vidrio; (ii) acuerdos entre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empresas extranjeras de reciclaje con un socio local; (iii) acuerdos entre empresas emprendedoras sin capital y una que puede otorgarle financiamiento; y, en general, *“todas las asociaciones que la imaginación y buen plan económico permitan”*.

164. Señala que no permitir este tipo de asociaciones es grave por la vinculación entre valoración y tratamiento (en el entendido que solo podrían participar en la licitación de valorización quienes cuenten con plantas de pretratamiento, y viceversa) y el largo plazo del contrato de pretratamiento. Al efecto, Verallia propone algunas soluciones para hacer frente a las aprehensiones que pueden existir frente a este tipo de acuerdos. Arguye que bastaría con exigir a los potenciales oferentes que quieran formar un consorcio que acrediten el respectivo contrato de colaboración y que constituyan una sociedad cuyo objeto sea la ejecución del contrato en un plazo determinado, citando como ejemplo las bases de licitación para el Financiamiento a Proyectos de Hidrógeno Verde en Chile, llamadas por la Corfo y las soluciones que en ellas se plantean. Dichas soluciones se refieren a la posibilidad de constituir una entidad receptora, distinta de la eventual seleccionada, que puede no estar constituida al momento de la adjudicación (lo que debería hacer dentro de cierto plazo), y que es la que se obliga a ejecutar el contrato, respondiendo solidariamente la entidad seleccionada del cumplimiento de sus obligaciones.

165. En opinión de este Tribunal es atendible el punto levantado por Verallia porque disminuye barreras a la entrada y con ello promueve la competencia, dado lo cual solicitará a Sigenem que incorpore en sus Bases de Licitación que los potenciales oferentes que quieran formar un consorcio deberán acreditar la existencia del respectivo acuerdo colaborativo y se obliguen a constituirse como una sociedad cuyo único objeto sea la ejecución del contrato en un plazo determinado, el cual deberá quedar establecido en las respectivas Bases, si es que finalmente les es adjudicada la licitación.

Requisitos de experiencia

166. Verallia observa la tercera versión de las bases de licitación para el servicio de instalaciones de recepción y almacenamiento, en lo que se refiere al requisito de experiencia. De acuerdo con dicha versión, dentro de los antecedentes comerciales que deben acompañar los interesados en participar en la licitación, se encuentra *“un listado de experiencia en servicios similares de operación de puntos limpios, puntos*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

verdes, indicando la ubicación de la instalación, el tiempo en que la instalación ha estado operando y los kilos del material recibidos” (sección A6.2, N° 8).

167. Según Verallia, la experiencia exigida puede excluir la participación de potenciales oferentes en la licitación ya que, en los hechos, solo podrían participar aquellas empresas que ya se encuentran operando en el mercado, razón por la cual esta exigencia debería eliminarse o, al menos, debería permitirse acreditar la experiencia agregando la que puedan tener empresas relacionadas con el oferente.

168. En este caso, el Tribunal solicitará eliminar el requisito de experiencia señalado en las bases de licitación de servicios de instalaciones de recepción y almacenamiento, dado que no existen antecedentes en autos que den cuenta de las razones por las cuales este requisito podría ser necesario en esta licitación en particular. En este caso se trata de un servicio homogéneo y otorgarle mayor puntaje a la experiencia podría darle ventajas a quienes hoy tienen la infraestructura y otorgan el servicio y con ello afectar el proceso competitivo. Dado que se trata de infraestructura que es replicable a un costo razonable no se observa que sea necesario, en este caso, restringir la entrada y participación a quienes no tienen un nivel de experiencia determinado.

Participación de empresas relacionadas a los socios

169. ANIR señala que debería prohibirse la participación de empresas relacionadas a los socios de Sigenem en las licitaciones que este lleve a efecto, aduciendo que ello podría generar un conflicto de interés en el sentido que podría existir un sesgo a favor de la empresa relacionada al momento de adjudicar la licitación. Para respaldar esta posición, la asociación gremial cita la Resolución N°63/2021 en la cual se prohibió que en la entidad concesionaria participaran empresas relacionadas que operaran en el mercado del transporte interurbano de pasajeros.

170. Las Solicitantes contradicen la observación de ANIR, señalando que no se produce ningún conflicto de interés porque las Bases y Estatutos contienen disposiciones que mitigan cualquier riesgo en esta materia. Dichas mitigaciones se establecen, fundamentalmente, a propósito de la composición y atribuciones de la Comisión Evaluadora. De este modo, (i) las personas que conforman dicha comisión no deben estar relacionadas directamente con ningún socio, ni tener relaciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

laborales o de dependencia; (ii) la Comisión Evaluadora debe estar compuesta de siete miembros; y (iii) la Comisión Evaluadora debe emitir un informe de admisibilidad de ofertas y otro de análisis técnico-económico de las ofertas presentadas y su prelación, y serán los miembros del Directorio, *“compuesto por personas ajenas y no relacionadas con las empresas, los que deberán aprobar o rechazar el informe final y la propuesta de la Comisión Evaluadora”*.

171. Por otra parte, las Solicitantes señalan que se podrían dejar fuera de la licitación a oferentes muy calificados. En este sentido, cita como ejemplo la exigencia impuesta por la Ley N°21.368 por medio de la cual las botellas de plástico deberán estar compuestas por un porcentaje de dicho material, recolectado y reciclado en Chile, lo que, lógicamente, debería interesar a las Solicitantes que introducen al mercado botellas plásticas a participar en la licitación.

172. Por último, las Solicitantes señalan que el remedio establecido en la Resolución N°63/2021, citado por ANIR, no se aplica a este asunto por tratarse de casos diferentes. En efecto, en el caso de la licitación del Terminal Rodoviario de Viña del Mar la concesión era de largo plazo y se habría tratado como una infraestructura necesaria o instalación esencial, mientras que las licitaciones analizadas en este Informe se refieren a servicios específicos y la venta de residuos por un plazo acotado de tiempo, agregando que la FNE no observó esta parte de las Bases.

173. En opinión del Tribunal, las Bases y los Estatutos incorporan medidas adecuadas que permiten mitigar los riesgos que pueden derivar de la participación en la licitación de empresas relacionadas a los socios de Sigenem. En ese sentido, los Estatutos disponen que *“Los socios que por estar integrados verticalmente directamente o a través de una compañía relacionada con la Corporación, puedan enfrentar conflictos de interés reales o aparentes, deberán procurar abstenerse de decisiones cuya participación pueda generar afectación a los intereses de la Corporación. Tales abstenciones deberán constar por escrito en el acta de cada sesión.”* (artículo vigésimo). Con todo, se ordenará modificar los Estatutos de modo que los socios que por estar integrados verticalmente directamente o a través de una compañía relacionada, puedan enfrentar conflictos de interés reales, deberán abstenerse de participar en decisiones en que tengan conflictos de interés, debiendo constar ello por escrito.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

174. Por su parte, las Bases establecen que el estudio, calificación y evaluación de la oferta técnica y oferta económica será realizado por una Comisión Evaluadora designada por el Directorio, que contará con la presencia de al menos cinco personas de tres gerencias de Sigenem, el Gerente General de la Corporación y un representante del Directorio. En lo referido a eventuales conflictos de interés, las Bases disponen que *“Los miembros de dicha Comisión Evaluadora deberán realizar periódicamente (cada 6 meses) una declaración de intereses y tener un deber de abstención estricto en caso que presenten conflictos de interés (no podrán participar en la evaluación y calificación de la licitación en que presenten conflictos de interés), particularmente con gestores de residuos. En caso que algún miembro de la comisión evaluadora tenga conflictos de interés respecto a la licitación en particular y que no hayan sido reportados con anterioridad será pasado a la Comisión de Ética del SG donde será investigado y sancionado según lo establecido en su Código de Ética”*. (Cláusula A3.8 de las Bases).

175. De este modo, los Estatutos (con la modificación referida en el párrafo 173) y las Bases de Licitación precaven suficientemente los riesgos asociados a la participación de empresas relacionadas a los socios en las licitaciones, por lo que se aceptará que participen, pero se exigirá que de adjudicarse cualquiera de las licitaciones deberán conformarse como una empresa independiente con patrimonio propio, de tal manera de evitar posibles subsidios cruzados.

Otras materias que merecen atención

176. Las bases de licitación de prestación de servicios de recolección de residuos reciclables de EyE indican que *“la adjudicación se realizará por cada zona y residuo a retirar, esto es por cada fila de la tabla, pudiendo un oferente adjudicarse solo una zona de retiro con un residuo específico o bien más de una zona y más de un tipo de residuo a retirar”* (p. 18).

177. De la lectura anterior no es claro si un mismo prestador podrá o no adjudicarse el retiro de más de un residuo específico en la misma zona. Por este motivo se solicitará a Sigenem que aclare que no habrá una restricción en este sentido.

178. El problema anterior no está presente en las bases de licitación del servicio de instalaciones de recepción y almacenamiento, dado que se indica que un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

oferente podrá adjudicarse la operación de varias instalaciones de recepción y almacenamiento. No obstante, en estas bases de licitación Sigenem deberá especificar el número de instalación de recepción y almacenamiento que se requieran por comuna y su dirección, además del tipo de residuos a recibir. De esta manera, se asignará cada punto limpio o punto de acopio, al oferente que ofrezca recibir los residuos estipulados por Sigenem al menor precio.

179. Otro tema que merece atención es el referente a la retención del 5% de los estados de pago para constituir un fondo de garantía, *“el que Sigenem podrá usar con amplia y total facultad para garantizar las obligaciones contraída en virtud de la ley o del presente contrato”*, el cual está presente en las bases de licitación de los servicios de recolección, recepción, almacenamiento y de clasificación y pretratamiento de residuos reciclables de EyE.

180. Atendido que las Bases contemplan una garantía de fiel cumplimiento de contrato, que tiene que corresponder al 5% del monto total del contrato adjudicado y deberá estar vigente hasta 60 días luego del término del contrato, en opinión de este Tribunal resulta innecesario y podría ser en extremo oneroso la retención del 5% de los estados de pago para constituir el fondo de garantía referido. Ello podría desincentivar la participación de gestores de residuos en las licitaciones correspondientes por medio del aumento en los costos de entrada.

181. Dado lo anterior, se ordenará eliminar dicha retención de las Bases de Licitación.

Convenios con municipalidades

182. Una materia que no está regulada en los Estatutos ni en las Bases de Licitación son los convenios con las municipalidades. Tampoco este tipo de convenios se encuentra contemplado en las normas generales y especiales aplicables a las municipalidades.

183. Esta falta de regulación, según la FNE, podría dar lugar a problemas de monopolización por las condiciones que se pueden pactar en los convenios que pueda suscribir Sigenem con municipalidades o asociaciones de municipalidades respecto de la recolección y gestión de residuos en sus respectivos territorios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comunales. De acuerdo con la Fiscalía, las comunas de la Región Metropolitana presentan ventajas irreplicables para quien pueda recolectar en ellas.

184. De esta manera, la FNE sostiene que las municipalidades o las asociaciones de municipalidades se van a constituir en sustitutos de los gestores de residuos de EyE, pero, en el caso de los convenios, estos no se registrarán por los procesos licitatorios que convoque Sigenem, lo que puede dar lugar a una asignación ineficiente de los servicios que se contraten. Añade que existen los incentivos para que Sigenem contrate con la Asociación de Municipios de la Región Metropolitana, (MSUR), debido a que pueden con ello atender a un número importante de las comunas de dicha región.

185. Para mitigar los riesgos que se pueden presentar en este tipo de convenios, como cláusulas de exclusividad o de duración indefinida o plazos muy extensos, la Fiscalía propone las medidas de mitigación que se detallaron en el párrafo 127 de la parte expositiva.

186. El planteamiento expuesto es plausible porque se podría producir un problema de competencia desleal entre los municipios y los gestores que se adjudiquen las licitaciones convocadas por los SCG, dado que estos podrían suscribir convenios con los municipios o las asociaciones de municipalidades que les permitan realizar la gestión de residuos en condiciones desiguales. Adicionalmente, la falta de reglas de funcionamiento para los municipios y asociaciones de municipios en esta materia podría dar lugar a la introducción de cláusulas de exclusividad, a precios mayores por servicios similares o a tratos preferentes respecto de los municipios, en desmedro de los gestores de residuos, todo lo cual podría afectar la concurrencia y competencia en los procesos licitatorios convocados por los SCG.

187. De modo de mitigar los riesgos identificados por la Fiscalía en esta materia, con los cuales este Tribunal concuerda, Sigenem deberá incorporar en sus Estatutos, o en el Plan de Gestión, las sugerencias de dicho organismo respecto de las reglas de funcionamiento con los municipios o asociaciones de municipalidades, en los siguientes términos:

- (i) La prohibición de pactar exclusividades –tanto explícitas como de facto– en los convenios que suscriba con municipios o asociaciones de municipalidades.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

188. Por último, los municipios debieran poder participar en las licitaciones abiertas de Sigenem en igualdad de condiciones. Ello permitiría aumentar el número de interesados en la licitación y, con ello, la competencia, lo que se traduce en mejores precios y condiciones para la prestación de los servicios licitados en cada una de las Bases objeto del análisis de este Informe.

III. PARTE RESOLUTIVA

Las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del Sigenem y las Bases de Licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros sometidas al conocimiento del Tribunal, en su versión ofrecida a folio 188, no impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, siempre que incorporen las siguientes modificaciones:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

1. La posibilidad de que los socios activos clase A y clase B puedan cambiar de categoría sin más requisitos que (i) estar al día en el pago de sus obligaciones con la Corporación y (ii) pagar el diferencial de la cuota de incorporación correspondiente.
2. La determinación de la cuota de incorporación de los socios permanentes y socios activos clase A deberá fundamentarse en un análisis de costos y riesgos, de tal manera de asegurar que esta se fije en base a criterios económicos de costos objetivos y no discriminatorios.
3. Se deberá definir qué porcentaje de la cuota de incorporación de los socios permanentes deberán pagar los socios activos clase A.
4. La cuota de incorporación de los socios activos clase B debe fijarse en base a criterios económicos y no discriminatorios y cubrir solo los gastos administrativos de su incorporación.
5. Las distintas cuotas de incorporación deberán ser informadas anualmente a sus asociados y a quienes quieran ingresar a Sigenem.
6. Las tarifas asociadas al costo de gestión a pagar por parte de los socios a Sigenem, debieran reflejar el costo de cada unidad de medida de EyE que entra al sistema. En este entendido, el modelo tarifario que se define en los Estatutos para determinar dicho valor deberá establecer una única ecotasa a pagar por unidad de medida de EyE, la cual podrá ser diferente según si se trata de cartones, vidrio, u otro tipo de envases y embalajes; pero igual para todos quienes produzcan el mismo tipo.
7. En la medida que Sigenem actúe únicamente como sistema de monitoreo para el caso de residuos no domiciliarios, la ecotasa correspondiente debe reflejar solo los costos de dicha actividad.
8. Los socios deberán contribuir al pago de las multas por el incumplimiento de metas de recolección y valorización establecidas en la normativa sectorial en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proporción a la cantidad de envases y embalajes introducidos en el SCG por cada productor.

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

10. Respecto de los convenios con municipalidades o asociaciones de estas, deberá incorporar las siguientes directrices:
 - a) La prohibición de pactar exclusividades –tanto explícitas como de facto– en los convenios que suscriba con municipios o asociaciones de municipalidades.

 - b) La obligación de prever un plazo máximo de vigencia en los eventuales convenios con las municipalidades o asociaciones de municipalidades que no exceda los tiempos máximos de duración que tendrá para contratar con gestores, según el tipo de servicio que preste la municipalidad o asociación de éstas de acuerdo al respectivo convenio.

 - c) La facultad de determinar cuál o cuáles servicios desea contratar vía convenio con las municipalidades o asociaciones de municipalidades, sólo en la medida que éstos le faciliten la implementación de la Ley REP, sin que esté obligada a contratar uno, varios o la totalidad de aquellos que se ofrezcan por éstas.

 - d) La posibilidad de pactar convenios con municipalidades o asociaciones de municipalidades únicamente si estas los ofrecen mediante licitación pública.

 - e) Los convenios deberán contemplar mecanismos efectivos de auditorías respecto de los cobros que efectúen las municipalidades o asociaciones de municipalidades por los servicios que éstas presten, para asegurar la debida transparencia en el mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

f) En todo caso, Sigenem permitirá la participación de municipios o asociaciones de estos en las licitaciones que efectúe para la contratación de la gestión de residuos.

B. Respeto de las Bases de Licitación

1. Establecer un mecanismo de desempate objetivo, no discriminatorio y justificado en las bases de licitación de recolección; de instalaciones de recepción y almacenamiento, y de clasificación y pretratamiento.
2. Establecer la posibilidad de participación de consorcios o *joint ventures*. Para ese efecto, los oferentes que quieran formar un consorcio deberán acreditar el respectivo contrato de colaboración y constituirse como una sociedad cuyo objeto sea la ejecución del contrato en un plazo determinado si es que finalmente les es adjudicado el servicio. El plazo de constitución de la sociedad deberá quedar establecido en las respectivas Bases.
3. En caso de que se adjudique la licitación una empresa relacionada a alguno de los miembros de Sigenem, deberán conformarse como una empresa independiente con patrimonio propio.
4. Eliminar la retención de los estados de pago para constituir un fondo de garantía.
5. Eliminar el requisito de experiencia establecido en las bases de licitación de servicios de instalaciones de recepción y almacenamiento.
6. Las bases de licitación de prestación de servicios de recolección de residuos reciclables de EyE deben aclarar que se permite la adjudicación por parte de un mismo oferente de más de un residuo específico en la misma zona.

Acordado con el **voto en contra** de la ministra Sra. Daniela Gorab y el ministro Sr. Pablo García en relación con los derechos políticos por grupo empresarial.

La ministra Gorab estuvo por aplicar una restricción a los derechos políticos de los asociados que pertenezcan a un mismo grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, consistente en que quienes pertenezcan a un mismo grupo tengan derecho, en conjunto, a un solo voto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Su opinión se funda en que, de admitirse la decisión de la mayoría (párrafo 129), existe el riesgo de que los intereses de un determinado grupo empresarial resulten sobrerrepresentados respecto de otros socios de Sigenem, afectando así la participación equitativa de los asociados (principio consagrado en el art. 20, Ley REP). Ello puede traducirse en que Sigenem actúe solo en favor de algunos y no en beneficio de todos sus asociados y, al mismo tiempo, puede generar incentivos para que un grupo empresarial se divida y cree múltiples razones sociales *ad-hoc* a fin de acceder a más derechos políticos, aun cuando ese grupo contemple sociedades que no tienen independencia para tomar decisiones comerciales y actúan como una única fuerza competitiva en el mercado.

En ese sentido, concuerda con la FNE en que desde la perspectiva de la libre competencia, la estructura corporativa formal no es decisiva, sino que lo importante es determinar si una sociedad o un conjunto de relacionadas ejercen una única fuerza competitiva. Ello se reconoce en la jurisprudencia y doctrina comparadas, bajo la noción de única unidad económica (“*[E]ntidades legales separadas que ejercen una única fuerza competitiva en el mercado – sus elementos constitutivos no pueden competir inter se*” (traducción libre, D. Bailey y O. Odudu, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, *Common Market Law Review*, volumen 51, 2014, p. 1757; véase también *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 US 183 (2010)). En consecuencia, entidades que son formal y jurídicamente distintas son tratadas como una sola entidad por el derecho de la libre competencia, en la medida que constituyan una “unidad de intereses”, vale decir, cuando las sociedades involucradas carecen de autonomía para decidir sobre su conducta en el mercado.

Por su parte, el ministro García estuvo por no establecer un límite absoluto a los derechos políticos de cada grupo empresarial, sino solo limitar la ponderación del voto del grupo con mayor participación, de modo que su límite máximo o techo sea equivalente a dos veces el correspondiente al segundo grupo con mayor participación. Ello, sobre la base de los argumentos planteados en el voto de la ministra Gorab, y teniendo además en consideración lo planteado por la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto a no propender a que agentes económicos sean tratados en forma desigual en atención a la estructura societaria que tengan, y a lo expuesto en el párrafo 129 respecto de que los intereses de las empresas que conforman un grupo empresarial no son necesariamente homogéneos, especialmente en relación con los objetivos trazados por la Ley REP.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente o por cédula a las Solicitantes y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico. Atendida la emergencia sanitaria y lo dispuesto en el artículo décimo séptimo transitorio de la Ley N° 21.394, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada. Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que las Solicitantes y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. No firma el Sr. Enrique Vergara Vial, no obstante haber concurrido al acuerdo, por no contar con medios electrónicos para ello. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 492-21.

Pronunciada por los Ministros Sra. Daniela Gorab Sabat, Presidenta(S), Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Pablo García González, Sr. Rafael Pastor Besoain. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez

