

Santiago, cinco de febrero de dos mil veinticinco.

Al escrito folio N° 36: a todo, téngase presente.

**VISTOS:**

En causa rol N° 64.899-2023, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada "FISCALIA NACIONAL ECONOMICA CON TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA", Automotores Gildemeister SpA, Fortaleza S.A, Derco Chile Repuestos SpA y Derco SpA, en adelante, los solicitantes, instaron ante la judicatura por la emisión del informe según lo estatuido en los artículos 24 y 26 de la Ley N° 20.920 (Ley REP), en relación con el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, para determinar que en las bases de licitación para la contratación del servicio de manejo de residuos con terceros, no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia y que en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del Sistema de Gestión de Neumáticos Usados y Fuera de Uso (SGN) no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

Mediante el Informe 29/2022 el TDLC determinó que en las bases de licitación para la contratación del servicio de manejo de residuos con terceros, así como en las reglas



y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGN no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, siempre y cuando se incorporen las siguientes condiciones:

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

El SGN deberá:

1. Explicitar en sus Estatutos la posibilidad de que un socio pueda cambiar de categoría si está al día con sus obligaciones y paga el diferencial de cuota de incorporación, si correspondiere.

2. Dar a conocer a los postulantes a socios los montos y la forma de cálculo correspondientes a las cuotas de incorporación, con antelación a su incorporación.

3. Incluir en los Estatutos que la fecha de inicio de la prestación de servicios a un nuevo socio deberá serle informada al momento en que se formalice su incorporación al SGN, debiendo justificarse en relación con las disposiciones del Plan de Gestión.

4. Modificar los Estatutos de acuerdo con lo sugerido por la Fiscalía en el párrafo 97, en relación con la letra c N° ii del artículo décimo segundo de los Estatutos.



5. Incorporar en los Estatutos el que los efectos de la renuncia no quedarán sujetos a la verificación que debe hacer el Directorio sobre el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del renunciante.

6. Incorporar la prohibición de acceso a información comercial sensible incluida en el artículo 37° de los Estatutos con la obligación de que todos los socios suscriban un acuerdo de confidencialidad respecto de la información que se reciba y no solo al participar de la Asamblea General, debiendo reportarse a las autoridades públicas que corresponda la infracción a dicho acuerdo, sin previo aviso al Directorio ni a los socios de SGN.

7. Incorporar en los Estatutos que el manejo de la información comercialmente sensible debe externalizarse en los términos de la Guía sobre Asociaciones Gremiales de la FNE, o bien, llevarse a cabo por el Gerente de Auditoría y Compliance o el Comité de Auditoría y Compliance.

8. Incorporar a los Estatutos una regla que disponga que respecto a los cargos de Gerente General y de Gerente de Auditoría y Compliance rigen las mismas inhabilidades que se aplican para ser Director.

9. Incluir en los Estatutos el deber de contar con un informe favorable de este Tribunal previo a la imple-



mentación de cualquier reforma estatutaria que implique una modificación de las reglas de incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SGN.

**10.** Cumplir con que los socios que tuvieran participación como asociados en otro sistema de gestión colectiva de neumáticos Categoría A, ya sea directamente o por medio de una empresa relacionada bajo los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, opten por uno de ellos dentro del plazo de tres meses, informando debidamente a la FNE de la decisión.

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

El SGN deberá:

**1.** De estimar necesario incorporar un requisito de experiencia, este deberá estar limitado a aquella experiencia relevante que solo pueda ser adquirida en el corto plazo y que, en ningún caso, deba estar condicionada a la exigencia de haberse adjudicado los mismos servicios en otros procesos de contratación.

**2.** Incluir en ambas Bases un listado taxativo de los documentos y requisitos mínimos necesarios para dar cumplimiento al requisito de experiencia; además informar debida-



mente a la FNE de los cambios adoptados, con una antelación razonable al llamado de las respectivas licitaciones.

3. Explicitar en las Bases de Recolección, para cada una de las categorías que serán evaluadas dentro de la oferta técnica, y de la forma más específica en que le sea posible: (a) el nivel mínimo de requisitos técnicos a cumplir para que una oferta sea declarada admisible; y (b) el tipo de documentación que se considerará válida para acreditar lo anterior, remitiéndose, en la medida que sea factible, a aquellos que den cuenta fehacientemente del cumplimiento de lo solicitado, no debiendo constituir, en caso alguno, una barrera a la entrada.

4. Incorporar en los textos de ambas Bases que el canal de denuncias aludido en el párrafo 151 considerará el resguardo de la confidencialidad de la denuncia y, en casos graves, la suspensión del proceso licitatorio, además de considerar aquellas acciones que contravengan el D.L. N° 211.

5. Indicar concretamente en las Bases aquellos casos en que se hará efectivo el uso de las cláusulas mencionadas en los párrafos 159 a 160, para desestimar o declarar inadmisibles ofertas.



Respecto de esta decisión la FNE interpuso recurso de reclamación para ante esta Corte, para cuyo conocimiento se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en su recurso la FNE sostiene, en primer lugar, que no fueron evaluadas todas las observaciones que la Fiscalía formuló en el respectivo Aporte Antecedentes FNE, cuestión que no resulta ser baladí si se considera que incluso en alguno de esos casos ni siquiera el tribunal emitió pronunciamiento sobre las recomendaciones realizadas por su parte, según analiza pormenorizadamente.

En segundo término aduce que, sin entregar fundamentos técnicos-económicos suficientes y obviando la evidencia técnica y sus propios precedentes, se desestimó la necesidad de exigir el mecanismo de adjudicación de dos etapas en las Bases de Licitación de Valorización, el cual, por lo demás, ha sido adoptado por los sistemas colectivos de gestión de envases y embalajes que han obtenido un informe favorable en el marco de la Ley REP (Informes N° 26/2022 y 28/2022).

Se refiere luego que el TDLC emitió un informe favorable a propósito de las Bases de Licitación de SGN, a pesar de que éstas contienen aspectos con omisiones y vacíos sus-



tanciales, además de otra serie de elementos donde la calificación sustantiva de si cierto requisito o exigencia afecta la libre competencia, deberá ser evaluada de modo *ex post* por un órgano distinto al TDLC, esto es, por la FNE, lo que constituye una flagrante infracción de los artículos 24 y 26 literal c) de la Ley REP, además de una delegación improcedente de su jurisdicción e incumplimiento de su deber de inexcusabilidad como tribunal.

Asimismo, al dictar el Informe N° 29/2022, el TDLC no adoptó resguardos mínimos para velar por la consistencia de sus criterios respecto de los otros sistemas colectivos de gestión que igualmente se tramitaban ante dicha judicatura, resultando en exigencias y medidas asimétricas en una serie de materias, a pesar de que los riesgos que se pretenden resguardar son equivalentes. Dado esto, expone que, tales diferencias no tienen ningún sustento y generarán efectos nocivos a la competencia entre sistemas de gestión del mismo tipo de residuo, pues sus costos de cumplimiento serán diferentes sin fundamento razonable. Advierte las diferencias injustificadas entre las condiciones impuestas en los Estatutos en los informes 29 y 30.

Puntualiza que si bien es claro que el punto de partida de los Estatutos es distinto (modelos presentados),



lo cierto es que el tribunal no ha cuidado que no se den ciertas asimetrías, valga como ejemplo, al tratar los requisitos de idoneidad e inhabilidades propias de los directores a otros cargos relevantes. Así, en el caso de SGN las inhabilidades se aplican considerando seis meses previos o posteriores a la elección del cargo de director, por lo que al extenderse dichas inhabilidades a otros cargos, también se aplica con ese régimen de temporalidad. Sin embargo, eso no ocurre en el caso de la SGCNFU en el que las inhabilidades no tienen dicho marco temporal.

En este sentido denuncia que tampoco existe justificación para la diferencia con los informes emitidos en relación a los estatutos y bases de licitación en sistemas colectivos de envases y embalajes. Afirma que, en esas circunstancias, sobre el criterio de participación de un grupo empresarial, en el Informe 29 y 30 se establece que los socios pertenecientes a un mismo grupo empresarial, participan con un solo voto, mientras que en el Informe 26 y 28 se deniega explícitamente, señalándose que no puede asumirse comunidad de intereses, a pesar de que todas las empresas formen parte de un mismo grupo empresarial, por lo que cada socio vota por separado. Por otro lado, sobre la participación simultánea de una misma empresa en dos o más



sistemas colectivos de gestión de un mismo residuo, en el informe 29 y 30 se establece que ello se prohíbe, obligando a la empresa a optar por un sistema, en circunstancias que en los Informes 26 y 28, no se contempla dicha prohibición.

**SEGUNDO:** Que al iniciar el análisis del recurso resulta pertinente destacar que el derecho de la competencia "representa un elemento consustancial de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa" (Antonio Creus, Editor, Código de Derecho de la Competencia, Thomson Aranzadi, 2003, página 18). La defensa de la competencia se debe ajustar a las exigencias de la economía general y su planificación enlaza con la constitución del denominado orden público económico y social. Se orienta y tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte del sistema económico de la Constitución de 1980, fundado en el principio de que la libertad en que se asienta se convierte en un pilar configurador a través del cual se busca consolidar el bienestar de toda la Nación. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se alza como una norma



perteneciente al orden público económico, que en su continuo devenir cumple distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que, por una parte, vela por conservar la libertad de emprendimiento evitando desviaciones y que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita sea respetado tanto por los particulares como por el Estado. Desde otra perspectiva, limita y condiciona el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho esencial de los otros actores del ámbito económico que buscan desenvolverse en forma compatible sus intereses con las demás personas, y de paso afectando los intereses de los consumidores. En este aspecto el empresario como competidor irrumpe como sujeto activo frente al consumidor como sujeto pasivo, intentando prevalecer. En la inmensa mayoría de los casos, dicha competencia no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria, sin restricciones o, como asevera Garrigues, tal "forma de convivencia humana está sometida al derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él". "Libre competencia, en sentido jurídico, signi-



fica igualdad jurídica de los competidores'". (Joaquín Garrigues, "La defensa de la competencia mercantil", Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964. Página 12).

En esta dirección el derecho a la competencia, según lo indica la doctrina más consolidada, garantiza el orden público económico en el sector donde opera y se aplica la economía de mercado y comprende la tutela de los intereses envueltos, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo. Esta misma doctrina ha sostenido que el valor normativo y ordenado de sus preceptos en los ámbitos donde se aplica, salvo los casos donde la actividad está monopolizada por el Estado, como ocurre en nuestro país con la explotación de ciertas sustancias minerales reservadas de forma excepcional para su establecimiento o beneficio, el reconocimiento a la competencia constituye un contenido esencial dentro de las libertades fundamentales y es expresión del pluralismo de libertades reconocidas formalmente en la Constitución.

Así, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades



por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar, incluyendo aquellos ámbitos donde existe particular tensión derivada, entre otras, por prácticas restrictivas o ejercicio abusivo de posición dominante o practicas colusorias (Juan Ignacio Font Galán, Constitución Económica y derecho de la Competencia. Editorial Tecnos, Madrid, 1987. Págs. 162 y siguientes).

**TERCERO:** Que el sistema jurídico que rige entre nosotros se relaciona con los aspectos orgánicos y sustanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, que el precio de los bienes y servicios quede fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.



**CUARTO:** Que asentados los conceptos vertidos precedentemente, resulta pertinente recordar que el TDLC emitió el Informe 29 en relación a las obligaciones establecidas en la denominada Ley REP, oportunidad en la cual varias de las recomendaciones formuladas por la FNE fueron acogidas por dicha judicatura durante la revisión de los proyectos sometidos a su ponderación, con la finalidad de resguardar la libre competencia frente a los riesgos inherentes asociados a este tipo de agrupaciones. Así pues, la revisión de la última versión de los Estatutos y de las Bases de Licitación presentada por la consultante, la cual, en gran medida, incorporaba las recomendaciones sugeridas por la FNE, tuvo como consecuencia que el TDLC exigiera la modificación de ciertos aspectos no contemplados en la reglamentación del sistema de gestión colectiva de residuos, como ocurre en los resguardos en el acceso de información sensible, pero, al mismo tiempo, manteniendo en otros casos la propuesta de la solicitante, tal como acontece tratándose del modelo licitatorio.

**QUINTO:** Que establecido lo anterior se ha de dilucidar, si en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión de que se trata, existen hechos, actos o conven-



ciones que tienen la aptitud de afectar la libre competencia en el mercado relevante de autos.

**SEXTO:** Que, en primer lugar, cabe consignar que estos jueces concuerdan con el TDLC en determinadas materias que tornan innecesario imponer condiciones adicionales a las contenidas en el informe en revisión, teniendo en consideración que no se avizoran aspectos que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, sea porque no producen esos efectos o que tiendan a producir dichos efectos. Para empezar, entonces, corresponde señalar que la tarea de esta judicatura no constituye un instrumento de control del diligente gobierno o administración de estas asociaciones, pues, ante todo, es de interés de sus miembros el descarte de una mala administración, así como lograr la eficacia en el desarrollo de sus negocios, sin que sea posible concebir un control judicial sobre las decisiones adoptadas por la agrupación, la calidad de su gestión o la eficiencia de su organización funcional. Así se explica que los mecanismos de autoregulación en esta materia cobran la máxima relevancia.

**SÉPTIMO:** Que, de las consideraciones anteriores se siguen las siguientes conclusiones.



En lo que concierne a las recomendaciones sobre la estructura del SGN -Comité de Licitaciones- y la determinación del modelo tarifario -Panel Técnico-, lo aconsejado no resulta plausible de imponer, dado que, más allá de la conveniencia de las alternativas de control propuestas por la FNE, vinculadas a la independencia de sus integrantes, es lo cierto que aquello excede el cometido de esta judicatura, por cuanto, no se encuentra en juego algún aspecto que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia. No corresponde analizar aquí su conformación, pues, como se dijo, aunque en la práctica ocurran externalidades positivas con ocasión de la adopción de tales resguardos, no puede soslayarse que estas agrupaciones de empresas son libres para determinar la forma y los riesgos que están dispuestas a asumir o aminorar al desarrollar su actividad. Por lo demás, en cualquier caso, se considera que en tal sentido han adoptado los resguardos adecuados, según se lee de los apartados 34 y 35 de los Estatutos.

**OCTAVO:** Que, de un modo análogo, cuando la FNE hace recomendaciones acerca de la naturaleza del arbitraje, los requisitos de independencia de los miembros de la Comisión Arbitral, el quorum de sus decisiones o sobre la necesidad de ampliar el objeto del arbitraje, surge que tales prop-



uestas más bien se condicen con la idoneidad del sistema jurisdiccional aplicable a los miembros del SGN, para la resolución de las discrepancias que se presenten sobre determinados tópicos, sin que sea posible concluir que tales reglas, en los términos propuestos en los artículos 36 y 40 de los Estatutos, reúnan las condiciones que permitan su revisión por este tribunal, tanto más cuanto que, como se ha visto en los párrafos precedentes, el control judicial no tiene por propósito la regulación exhaustiva sobre el rol de la citada comisión, ni menos aún, sobre la eficacia del modelo en estudio.

**NOVENO:** Que, del mismo modo, el cumplimiento del control judicial, no tiene por finalidad igualar el funcionamiento de este tipo de agrupaciones, por más aconsejables que pueda resultar la implementación de las recomendaciones propuestas en asuntos ligados a auditoría y compliance. Tal consideración no se desvirtúa por la sola circunstancia de que en otras ocasiones tales medidas han sido dispuestas por la judicatura, pues la tarea encomendada se desarrolla sobre la base de la regulación que cada agrupación determina para sí, de modo que, en caso de que no esté en juego algún aspecto que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, ella debe permanecer incólume,



manteniendo de ese modo la iniciativa privada, pues, no corresponde que los aspectos básicos y esenciales de la organización de estos cuerpos, sean determinados por la judicatura, coincidiendo en este punto con los fundamentos del fallo sobre la incorporación ordenada por el tribunal, en los términos descritos en el motivo centésimo décimo tercero.

**DÉCIMO:** Que, es importante resaltar que las reglas de la agrupación no pueden constituir un desincentivo para la participación de un número importante de pequeñas empresas, las cuales, a causa del establecimiento de sólo una categoría de socios, podrían quedar inhibidas de ingresar al sistema por el elevado costo que representa para ellas la implementación de una medida de esa naturaleza, como consecuencia de la incapacidad para afrontar los riesgos de efectos negativos indeseados y el costo total asociado a la conformación del sistema. Es financieramente riesgoso, lo que, actuaría como un desincentivo. Por ello, se ha promovido la creación de dos categorías de socios.

La dualidad de socios, tal como advierte el tribunal, se erige como fuente importante para moderar el comportamiento oportunista de algunas empresas, las cuales, en la búsqueda de satisfacer su interés, podrían obtener a su



haber un *recurso* sin pagar por él de algún modo o en una medida menor al costo que ha implicado su producción.

La participación política de los socios, por lo demás, es equitativa, acorde con la selección de la categoría que cada partícipe determine para sí. Es importante destacar que estas categorías son intercambiables y cada una de ellas tiene reservada el ejercicio de ciertos derechos en el sistema. Así, aunque es cierto que tales derechos son mayores para aquellos socios que han invertido en el funcionamiento general y éxito del sistema, al mismo tiempo, tal situación de ningún modo implica que la otra categoría quede privada por completo de la administración del sistema.

En consecuencia, se mantienen los términos propuestos por los solicitantes, sin perjuicio de las condiciones determinadas por el tribunal sobre tal asunto.

**UNDÉCIMO:** Que, lo contrario ocurre respecto de determinados tópicos de los estatutos, en relación a los cuales resulta necesario incorporar las recomendaciones realizadas por la FNE, según se dirá.

El encargo que los socios realizan al directorio, envuelve un deber de lealtad basado en la confianza que en ellos es depositada, teniendo desde luego una exigencia de



buena fe más acentuada como administradores de intereses ajenos, estando vedado la obtención de beneficios para sí o de terceros en perjuicio de quien tiene un deber fiduciario. Así pues, es determinante promover la existencia de condiciones que propicien que el interés social en el desarrollo de su giro no se vea opacado por el interés personal de sus directores, ocasionando un conflicto de interés.

Ahora bien, aun cuando la naturaleza fiduciaria del cargo de director es un asunto transversal a la administración de las sociedades de cualquier tipo, cobra relevancia en los asuntos que atañen a este procedimiento, dado los deberes de cuidado en el ejercicio de la función estratégica y de supervisión en el mejor interés de la agrupación, las potestades bajo su administración, además de las responsabilidades asociadas al encargo encomendado a los directores al interior del sistema, como asimismo en los procesos de licitación que han de ser convocados. De ello se sigue, la necesidad de ajustar los requisitos para desempeñar el cargo de director en los términos propuestos por la FNE.

**DUODÉCIMO:** Que, de las consideraciones realizadas por la FNE, las restricciones sobre la representación de los



socios ante el sistema, así como la delegación de poderes entre socios, aparece en la línea de los aspectos que este tribunal debe revisar, por el eventual daño a la libre competencia que pudiere derivarse.

Si los socios participan en las Asambleas representados por algún ejecutivo que sea relevante en materia comercial dentro de la empresa, no es extraño que unos de los mayores riesgos a considerar, sea la generación de un escenario propicio para la gestación de conductas o acciones coordinadas entre los grupos empresariales que son competidores entre sí, o bien, conductas abusivas de existir relaciones con un componente vertical. Por el contrario, si se opta por establecer la recomendación de la FNE, es plausible evitar la presencia o el incremento de tales riesgos y con ello que se produzca el daño a la libre competencia que de ellas pudiere derivarse.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, en lo que concierne a los estatutos, la implementación de auditorías externas por personal externo al sistema, se ajusta a la necesidad de ponderar la efectividad y cumplimiento de las medidas implementadas con ocasión del presente informe, así como de las normas del DL 211, las cuales, debieran ser realizadas con ocasión de la denuncia sobre la comisión de prácticas atentatorias contra



de la competencia, pero también en términos generales con un afán preventivo. Por ello, la recomendación de la FNE deberá ser implementada por el sistema en los términos propuestos por dicha entidad.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, enseguida, en aquello que se vincula con la reclamación deducida, corresponde analizar si las Bases de Licitación contienen cláusulas que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, en cuanto al rol del Comité de Licitaciones no queda sino reproducir lo dicho más arriba en el fundamento de séptimo.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, entrando ahora a los mecanismos de adjudicación, corresponde señalar que al momento de aportar antecedentes, la FNE advirtió sobre la materia una serie de aspectos que resultan relevantes a la hora de examinar si las reglas impuestas por los solicitantes se ajustan o no al Decreto Ley N° 211. La situación en esta sede se centra, por tanto, en la necesidad de establecer si la recomendación introducida por la FNE se ajusta a ese propósito.

Conviene recordar que la necesidad de reconocer dichas sugerencias no es susceptible de ser analizada de



manera aislada, sino que requiere entender las características del mercado ligado a las bases en examen.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, sobre el particular, el informe impugnado analiza el hecho que las bases consultadas se enmarcan dentro de un régimen especial de gestión de aquellos residuos que se originan a propósito de la colocación de productos que han sido reconocidos como prioritarios dentro del mercado nacional, entre ellos, los neumáticos, dado su consumo masivo y gran cantidad de residuos terminada su vida útil, recayendo la responsabilidad de la organización y financiamiento en los productores de esos productos prioritarios, es decir, fabricantes o importadores, bajo la regulación de la ley y los decretos de la cartera ministerial ambiental respectiva. Como se ha anticipado, entre otras obligaciones, la exigencia que se les impone radica en cumplir con metas de recolección y valorización de sus residuos mediante la conformación de sistemas de gestión de carácter individual o colectivo, asegurando, por cierto, que el tratamiento de los residuos recolectados se realice por gestores autorizados.

Una gran relevancia, entonces, adquieren los gestores de residuos de productos prioritarios en este circuito de



residuos circular, en cuanto al transporte, almacenamiento y procesamiento de los residuos, los cuales, desde luego, han de poseer la autorización sanitaria, además de estar autorizados en el manejo de residuos, registrados como gestores, a la vez de estar compelidos a realizar las declaraciones correspondientes al volumen o cantidad de residuos gestionados, el origen de los mismos, los costos asociados a su gestión, así como del tratamiento y destino final de los residuos, sea como producto nuevo o su disposición en un relleno sanitario.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que lo anterior deja entrever la magnitud de los desafíos que las empresas deben afrontar para cumplir correctamente con esta legislación, pero, además, denota que no toda institución se encuentra habilitada para participar en las licitaciones que rigen las bases en estudio, pues, por el contrario, las exigencias legales, técnicas y de infraestructura que imponen no sólo dichas bases sino también la normativa legal y reglamentaria, reducen el universo de oferentes que cumplen las condiciones necesarias para presentarse a la licitación, circunstancia que, por cierto, podría favorecer la concentración en el caso de existir instituciones habilitadas y que tengan gran presencia en el país,



escenario que se da, no por algún actuar anticompetitivo de dichas organizaciones, sino por las especialísimas características del producto, sobre todo en cuanto a la recuperación de los residuos como también del oferente y la fuerte regulación a que están sometidos.

**DÉCIMO NOVENO:** Que considerando entonces, la especial situación regulatoria, como así también del propósito específico de que tratan las bases de licitación examinadas, es claro que se reducen sustancialmente los aspectos que las solicitantes pueden considerar a la hora de adjudicar, toda vez que aun cuando las bases definen los requisitos técnicos, equipamiento y otros aspectos que deben cumplir los gestores, no es menos cierto que ello se hace sobre de consideraciones reguladas directamente tanto por la Ley como por la normativa dictada por el Ministerio de Medio Ambiente.

De aquí se entiende, por tanto, que los principales aspectos a ponderar por el licitante sean los aspectos técnicos particulares de aquello ofrecido por cada postulante.

En este contexto y, si bien la realización de una etapa única de ponderación de las ofertas ha sido la forma a través de la cual, hasta la fecha de la sentencia, se



habían desarrollado las adjudicaciones -bases de valorización-, los solicitantes no plantearon argumentaciones suficientes para descartar que una evaluación en dos etapas sea la idónea para elegir al mejor oferente o resulte atentatoria contra las normas del Decreto Ley N° 211. En efecto, según se viene razonando, una primera etapa contendrá la evaluación técnica, de experiencia y comportamiento y, de esa manera, se asegurará que a la segunda etapa lleguen únicamente aquellos oferentes que aseguren condiciones óptimas de calidad, comportamiento y cumplimiento normativo, quienes luego competirán sobre la base del precio.

**VIGÉSIMO:** Que, por lo demás, resulta importante para esta Corte realizar una precisión. En concepto de estos sentenciadores, los requisitos técnicos que deben cumplir los postulantes no deben limitarse a aquellos "mínimos" que pueda establecer el sistema en sus bases de licitación puesto que, tal como se ha expuesto, tales presupuestos no quedan enteramente entregados al órgano licitante, sino que también están determinados, en gran medida, por las regulaciones legales y reglamentarias especiales, todas las cuales deberán ser observadas por los postulantes, sin excepción, puesto que el cumplimiento cabal e íntegro de



tales condiciones es precisamente aquello que asegura el fiel cumplimiento de los estándares de calidad necesarios para asegurar la disminución de residuos, el fomento de su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización.

En otros términos, los gestores oferentes deben cumplir con la totalidad de los requisitos técnicos y no sólo con un conjunto "mínimo" de ellos.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, por lo demás, corresponde también destacar que se promoverá así una debida competencia, toda vez que será conocido por los oferentes la circunstancia de que resultará adjudicado aquel que, siempre manteniendo las condiciones técnicas y de calidad evaluadas en la primera etapa, ofrezca el mejor precio.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, por ello, los solicitantes deberán incorporar a las bases de valorización un modelo licitatorio que contemple dos etapas en los términos descritos.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que, asimismo, en cuanto a la mantención de garantías, pareciera que la amplitud en las condiciones descritas en las bases, genera tal nivel de incertidumbre que sin duda alguna propicia que los interesados en participar de la licitación, finalmente encuentren en ella un desincentivo que les inhiba de



concurrir al proceso de licitación, razón por la que no puede sino concordarse con la propuesta realizada sobre este punto por la FNE, en orden a precisar el fundamento de dicha exigencia, pero, más importante aún, especificar los juicios o tipo de procedimientos al que le será aplicable.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que, de otro lado, en la reclamación también se postula la contravención de los artículos 24 y 26 letra c) de la Ley REP, teniendo en cuenta que las condiciones contenidas en el Informe 29 sobre las bases de licitación, singularizadas como B.1, B.2 y B.6, no son sino una delegación de las potestades de la judicatura en manos de la FNE, pues, en lugar de pronunciarse derechamente acerca de si tales reglas u omisiones producen o no efectos anticompetitivos, tal declaración es encomendada *ex post* a un órgano distinto, es decir, la FNE.

Con todo, las ambigüedades detalladas en la reclamación resultan ser sólo aparentes, de tal modo que no importan la delegación que se acusa.

En efecto, en aquello que versa sobre la experiencia como requisito técnico, el tribunal dispuso dos condiciones, según se lee de aquellas signadas como B.1 y B.2. De acuerdo a ellas, se considera que de estimar necesaria la incorporación de la experiencia como requisito



en las bases de licitación, ella debe limitarse a aquella de carácter relevante adquirida en el corto plazo y que, en ningún caso, esté condicionada a la exigencia de haberse adjudicado los mismos servicios en otros procesos de contratación. Además, en ambas bases, se debe incluir un listado taxativo de documentos y requisitos mínimos para dar cumplimiento al presupuesto de la experiencia, además de informar a la FNE de los cambios adoptados con una antelación razonable al llamado de las licitaciones.

Por de pronto, han quedado delineados los términos en los cuales la experiencia de los oferentes se puede imponer como condición o requisito para participar del proceso de licitación, estableciendo de manera clara la manera de ser demostrada, el tipo de experiencia que se requiere, así como la proscripción de supeditarla a determinadas particularidades. De hecho, la exigencia sobre la experiencia adquirida por los postulantes en el "corto plazo", no produce una incertidumbre para los oferentes que constituya en sí misma una barrera de entrada, pues, el propósito del establecimiento de la condición en los términos descritos, justamente es el de impedir que el tipo de experiencia que se exija a los oferentes no se transforme en un presupuesto por el que se impongan



exigencias altamente gravosas en un mercado que es incipiente, debido a que, lo determinante, no es sino que la experiencia del oferente sea significativa, aun cuando ello no sea en un largo período. Por ello, no se aprecia el nivel de alto nivel de discrecionalidad del licitante que inhiba la participación de los oferentes en el proceso de licitación.

Tampoco es efectivo que se haya delegado la función del TDLC en un órgano distinto, teniendo en consideración que la condición antes vista, tan sólo se limita a disponer que los cambios sobre la exigencia de la experiencia, sean comunicados a la FNE, cuestión que, únicamente refleja que tal órgano debe ser informado de tal circunstancia, sin encomendar otra labor en la medida que los contornos de la experiencia a requerir de los oferentes, se encuentran definidos en sede judicial.

Por último, para desestimar la eventual discrecionalidad o ambigüedad de la condición B.6, basta comprobar su inexistencia dentro de las condiciones impuestas a las bases de licitación por el TDLC, según consta del Informe 29/2022, el que culmina en la condición B.5.



**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, en esta misma reclamación la FNE advierte sobre las asimetrías que existen entre algunos apartados de los estatutos y bases de licitación de los sistemas creados con ocasión de la implementación de la Ley REP, lo cual, en su concepto, salta a la vista de comparar los Informes 29 y 30 de 2022 (neumáticos), pero también en relación a los Informes 26 y 28 de la misma anualidad (envases y embalajes)

En cierto sentido, lleva razón la reclamante al sostener que los informes citados contienen apartados disímiles entre uno y otros. Ahora bien, aún cuando ello se presenta únicamente sobre determinados tópicos, no puede perderse de vista que se trata de agrupaciones que han decidido aunar sus esfuerzos, a fin de dar cumplimiento a la ley en reseña, definiendo los estatutos y bases de licitación del sistema colectivo de gestión de residuos establecidos por la Ley N 20.920, estando supeditada la tarea encomendada a la judicatura, a constatar que tales textos no impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, lo cual, en mayor medida ha sido corroborado, sin perjuicio de ordenar ciertas modificaciones. De ello, deriva que más allá de la distinta composición de cada sistema de gestión, cada uno de los estatutos y bases de



licitación que les rigen, presentan puntos que le son comunes y permiten entender que el cometido del tribunal ha sido cumplido, sin que dicha labor pueda asociarse al establecimiento de una regulación gerérica, por cuanto para ello bastaría la elaboración de textos normativos tipo aplicables a cada sistema, lo cual, en ningún caso, constituye la función encomendada a la judicatura. Por lo demás, las diferencias entre uno y otro informe, no permiten considerar que la manera en que se han definido los estatutos y bases de licitación contravienen las normas de la libre competencia.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que por las consideraciones antes expuestas, se accederá parcialmente a la reclamación intentada, en los términos que se dirán en lo resolutivo.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 24 y 26 del DFL N° 1 del año 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, **se acoge**, sin costas, el recurso de reclamación deducido por la FNE, en contra del Informe 29 de 2022, dictado por el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, **sólo en cuanto** se deberán incorporar las siguientes **CONDICIONES:**



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

- Los representantes de los socios no deben ser ejecutivos relevantes en materias comerciales.

- La delegación entre miembros de SGN debe estar prohibida.

- Las causales de inhabilidad para ser director deberán ser ampliadas a cualquier tipo de servicio que se haya prestado en favor de las empresas socias o gestoras (no sólo laboral). Asimismo, se deberán aplicar las inhabilidades cuando las causales son sobrevinientes, estableciendo revisiones anuales y el deber del director en ejercicio de declararlas, debiendo renunciar de inmediato en caso que se presenten. Por último, incorporar un período de inhabilidad posterior al término de sus funciones, no pudiendo prestar servicios para las empresas socias y gestoras, al menos por seis meses.

- Debe incorporarse un auditor externo en materia de competencia que verifique el cumplimiento de las medidas incorporadas por el TDLC y este tribunal en el informe, así como el cumplimiento general de las normas del DL 211, cuya periodicidad mínima no debe exceder períodos anuales). El



auditor debe tener independencia para comunicar eventuales infracciones a la FNE.

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

- Se debe establecer un modelo de dos etapas omitido en las bases de valorización. En una primera etapa, se debe evaluar el cumplimiento de un estándar mínimo y técnico para los oferentes, y luego, en la segunda etapa, evaluar únicamente las ofertas económicas y adjudicar de acuerdo con aquella que sea más conveniente en dicha dimensión.

- Se debe precisar el fundamento y justificación de esta cláusula sobre mantención de garantías en caso de juicios, además de los posibles juicios o procedimientos a los que se extiende.

**Se rechaza** en lo demás la reclamación intentada por la FNE.

Acordada, en la parte en que se acoge la reclamación con relación a los mecanismos de adjudicación de licitaciones, con el **voto en contra** del Abogado Integrante señor Valdivia, quien fue de parecer de desestimar el recurso, por compartir los razonamientos del TDLC sobre este aspecto.



Regístrese y devuélvase con todos sus agregados.

Rol N° 64.899-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A. y Sr. Mario Carroza E. y por los Abogados Integrantes Sra. María Angélica Benavides C. y Sr. José Valdivia O. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros Sra. Vivanco por haber cesado en funciones y Sr. Carroza por estar con feriado legal.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Angela Francisca Vivanco Martínez, Adelita Inés Ravanales Arriagada y Mario Rolando Carroza Espinosa y los Abogados (as) Integrantes Maria Angelica Benavides Casals y Jose Miguel Valdivia Olivares. No firma, por estar ausente, los Ministros (as) Angela Francisca Vivanco Martínez y Mario Rolando Carroza Espinosa. Santiago, cinco de febrero de dos mil veinticinco.

En Santiago, a cinco de febrero de dos mil veinticinco, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

