



FRE| 20.990

ORD. N°: 0538

ANT.: Oficio Ordinario N° 190186 de la Ministra de Medio Ambiente de fecha 18 de enero del año 2019.

MAT.: Implementación Ley N° 20.920 que establece marco para la gestión de residuos, responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje.

Santiago, 25 FEB. 2019

PARA: SRA. CAROLINA SCHMIDT ZALDÍVAR
MINISTRA DEL MEDIO AMBIENTE

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Junto con saludar, y considerando la solicitud de colaboración remitida a esta Fiscalía Nacional Económica ("Fiscalía") mediante del Oficio Ordinario N° 190186 de fecha 18 de enero del año en curso, por medio del presente se emite respuesta a las consultas realizadas atinentes a la Resolución Exenta N° 0897 que aprueba el anteproyecto de Decreto Supremo que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas a neumáticos ("R.E. N°0897"), todo en el marco de la implementación de la Ley N° 20.920 que establece el marco para la gestión de residuos, responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje ("Ley 20.920").

En primer lugar, cabe mencionar que la Ley 20.920 confiere al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("Tribunal" o "TDLC") la competencia exclusiva para la emisión de aquellos informes solicitados en virtud de los artículos 24 y 26 de dicho cuerpo legal, relativos a la sujeción de las bases de licitación elaboradas para la contratación de gestores autorizados por los sistemas de gestión a la normativa de libre competencia, así como a las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión, respectivamente.

Esta competencia parece consistente con diversas leyes especiales que también han encomendado al TDLC, como órgano especializado en materia de libre competencia, su pronunciamiento sobre diversos aspectos determinados por éstas cuando los mismos puedan decir relación con eventuales transgresiones de la normativa contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 del año 1973 ("DL 211"). Entre ellos, es posible mencionar los informes requeridos en virtud de los artículos 14 y 23 de la Ley 19.542 que moderniza el sector portuario estatal¹ y del artículo 129 bis 9° del DFL 1.122 que fija

¹ Artículo 14, Ley 19.542: "[...]Tratándose de frentes de atraque, la participación de terceros sólo se efectuará a través de concesiones portuarias. Para que proceda otorgarlas, en los puertos o terminales estatales de la Región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central, establecida en el decreto ley N° 211, de 1973 [...]."

el texto del Código de Aguas². Asimismo, tal competencia sería coherente con la función preventiva propia de la potestad consultiva del TDLC contenida en el artículo 18 N°2 del DL 211.

Adicionalmente, también parece conveniente que la Ley 20.920 encargue a un órgano especializado en cuestiones de libre competencia como es el TDLC su pronunciamiento sobre aspectos de constitución y contratación de los sistemas de gestión de residuos, en cuanto la experiencia comparada evidencia en la operación de estos sistemas especial preocupación por asuntos relacionados a acuerdos de exclusividad, barreras a la entrada o intercambio de información sensible entre competidores, además de distribución de cuotas de mercado o fijación de precios³.

En segundo lugar, con anterioridad a las reformas introducidas al sistema de libre competencia por la Ley N°20.945, el artículo 18 N°2 DL 211 antes citado incluía dentro de las atribuciones del TDLC, además, el control de las operaciones de concentración que tenían efectos en Chile, al existir ocasiones en que las mismas podían presentar riesgos a la competencia en los mercados. Sin embargo, luego de la reforma legal mencionada, se le otorgó a esta Fiscalía el control obligatorio y preventivo de dichas operaciones, excluyéndose entonces su conocimiento del ámbito propio la potestad consultiva del TDLC.

En consecuencia, el establecimiento de si un hecho, acto o convención califica como una operación de concentración de aquellas previstas en el artículo 47 del DL 211 –además del cumplimiento de los requisitos copulativos establecidos en su artículo 48–, determina la competencia de esta Fiscalía para conocer del mismo bajo un control preventivo obligatorio regido por el procedimiento establecido en el Título IV del DL 211. Por el contrario, los hechos, actos o convenciones que no califiquen como operaciones de concentración no serán conocidos por la Fiscalía y quedarán por lo tanto regidos por las reglas generales de dicho cuerpo legal. Tal es el caso, por ejemplo, de los acuerdos de colaboración entre competidores que no conformen un agente económico independiente y permanente o bien la adquisición de participaciones minoritarias que no confieran control⁴.

Por lo anterior, es que los sistemas colectivos de gestión regulados por la Ley 20.920 podrían configurar una operación de concentración de aquellas contempladas en el artículo 47 letra c) del DL 211, bajo ciertas consideraciones.

Así, para que dicha asociación sea considerada una operación de concentración, es necesario que las partes de la misma se asocien mediante cualquier acto, hecho o convención

Artículo 23, Ley 19.542: "[...] el directorio de la empresa podrá, mediante licitación pública, implementar un esquema monooperador en dichos frentes de atraque, concesionados de conformidad a lo dispuesto en esta ley. Para ello, en los puertos o terminales estatales de la región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado bajo un esquema multioperador; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central, establecida en el decreto ley N° 211, de 1973 [...]."

² Artículo 129 bis 9°: "[...] También estarán exentos del pago de la patente la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para acogerse a la exención señalada en el inciso anterior, será necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [...] declare que en el área señalada en el inciso anterior, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia".

³ KIENAPFEL Philip y MIERSCH Gerald. 2006. *Competition issues in waste management systems*. Competition Policy Newsletter Number 1. Consulta electrónica [fecha 04.02.2019: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/>].

⁴ Guía de Competencia, p. 4.

que de origen a un nuevo agente económico independiente, distinto de ellas⁵⁻⁶, con un desempeño de actividades permanentes en el tiempo⁷⁻⁸. Para la determinación precisa del alcance de ambas cualidades es necesario tener en consideración la Guía de Competencia de esta Fiscalía para dichos efectos, publicada en el mes de junio del año 2017.

Luego, una vez determinado que dicha asociación consiste en una operación de concentración, está deberá ser notificada a la Fiscalía de forma previa a su perfeccionamiento cuando se cumplan, además, los requisitos del artículo 48, como fue mencionado anteriormente.

Por tanto, una asociación, o también denominada *joint venture*, que no conforme un nuevo agente económico independiente y permanente, no calificará como operación de concentración y, por lo mismo, no será evaluado por la Fiscalía de conformidad al procedimiento obligatorio y preventivo del Título IV del DL 211⁹.

Por todo lo anterior, es que considerando la solicitud formulada en relación a la R.E. N°0897 en cuanto a precisar aquellos posibles requisitos o exigencias que debiesen cumplir los sistemas colectivos de gestión que limiten los riesgos de reducción de competencia, corresponde al Ministerio ponderar el uso de las herramientas normativas o administrativas correspondientes para ampliar o restringir la estructura jurídica de los sistemas de gestión de acuerdo a la habilitación legal, considerando las ventajas y desventajas que podría tener en la industria dicha definición para la adecuada operación del sistema de gestión de residuos en el territorio nacional.

En tercer lugar, cabe mencionar que dadas las autorizaciones asociadas a materias de libre competencia involucradas en la Ley 20.920, podrían entrar en conflicto los plazos legales de revisión de operaciones de concentración establecidos en el artículo 54 del DL 211 con aquellos propios del TDLC para la emisión de los informes requeridos; así como ambos plazos ya mencionados con aquel establecido en el artículo 7, inciso final de la R.E. N°0897, cuando sea procedente.

Saluda atentamente a usted




RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

⁵ Para que la entidad sea completamente autónoma desde el punto de vista funcional y operacional, debería constituir un agente económico soberano con patrimonio propio y con capacidad de obligarse y actuar en la vida jurídica, además de contar con recursos suficientes para operar en el mercado de forma independiente.

⁶ Por ende, las relaciones económicas actuales o potenciales que tuviese el *joint venture* con agentes económicos distintos de sus constituyentes —como pudiesen ser otros sistemas colectivos o individuales de gestión— podría ser un factor relevante para determinar su autonomía, por lo que será necesario tener en claro las consideraciones detalladas en la Guía de Competencia de esta Fiscalía. Véase Guía de Competencia dictada por Fiscalía Nacional Económica, de fecha junio de 2017, especialmente párrafos 88 y siguientes.

⁷ Un *joint venture* debiese estar destinado a operar de forma duradera en el mercado. Por ello, aun cuando se acuerde un período determinado de duración del mismo, si dicho período es suficientemente largo como para producir un cambio duradero en la estructura de las constituyentes o del mercado se considerará que el mismo es permanente. Ver Guía de Competencia, p. 22.

⁸ Así, una operación no se considerará como permanente en el tiempo cuando sea establecida por un breve período de tiempo, por ejemplo, para la construcción de un proyecto determinado sin que posteriormente se vea involucrado en su administración.

⁹ Como sería el caso, por ejemplo, de los sistemas de gestión individuales y colectivos que prestan servicios exclusivamente a sus constituyentes o aquellos que, prestando servicios a terceros, no logran detentar una autonomía funcional para sobrevivir con independencia de las entidades que los componen.