



Informe sobre la gobernanza de los sistemas colectivos de gestión de residuos conforme a la Ley de Responsabilidad Extendida del Productor¹

Enero 2019

Autores

JUAN EDUARDO IBÁÑEZ², Director Programa de Sostenibilidad Corporativa Derecho UC
JAVIERA IZURIETA³, Investigadora Derecho UC

Este informe analiza la naturaleza jurídica y gobernanza de los sistemas colectivos de gestión de residuos considerando las disposiciones de la Ley 20.920 -que establece el marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje-, y las mejores prácticas y normas internacionales, todo ello con una visión de sostenibilidad y bien común, de manera que los productores de productos prioritarios puedan cumplir adecuadamente con los objetivos que la ley establece, especialmente para el caso de los envases y embalajes.

¹ Este informe ha sido encargado por Supermercados de Chile A.G. al Programa de Sostenibilidad Corporativa Derecho UC, y ha sido realizado conforme la libertad académica y visión de sostenibilidad corporativa propia del mencionado Programa.

² Juan Eduardo Ibáñez es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (*Suma cum laude*, 2002), tiene un Magister en Derecho (LL.M.) en UC Berkeley School of Law, aprobó el NY BAR Exam (2012) y actualmente es director del Programa de Sostenibilidad Corporativa en Derecho UC.

³ Javiera Izurieta es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y actualmente es investigadora del Programa de Sostenibilidad Corporativa.



Resumen ejecutivo

El presente informe se refiere a la naturaleza jurídica y gobernanza de los sistemas colectivos de gestión de residuos bajo la Ley 20.920 de Responsabilidad Extendida de Productor (en adelante también “Ley REP” o simplemente la “Ley”). En síntesis, la Ley REP permite la agrupación de productores de ciertos productos prioritarios -definidos como tales en la propia Ley, y entre los que se encuentran los envases y embalajes- en sistemas colectivos de gestión de residuos, para efectos de lograr economías de escala que hagan más eficiente el tratamiento de tales residuos. Pues bien, establece la Ley REP que tales sistemas de gestión deben constituirse como una persona jurídica, de objeto exclusivo y que no distribuya utilidades entre sus asociados, sin definir expresamente la forma jurídica bajo la cual deben organizarse. En este informe, habiendo analizado tanto el texto expreso de la Ley, su historia legislativa, así como el contexto normativo y social que considera la Ley REP, se recomienda la creación de asociaciones o corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro, para efectos de amparar los referidos sistemas colectivos de gestión de residuos.

En efecto, como se describirá, la Ley REP es clara en cuanto a las organizaciones que amparen los sistemas colectivos de gestión de residuos deben estar constituidas como **“una persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados”**⁴. Al efecto, si bien se podría concebir la creación de sociedades que no distribuyan utilidades pecuniarias para sus socios - pero que sí les generen ciertos beneficios apreciables en dinero - o de cooperativas para amparar los sistemas colectivos de gestión de residuos, ello implica una alta exposición a un juicio *a posteriori* que les atribuya a dichas formas jurídicas una falta de requisitos de validez, falta de causa o motivo e, incluso, un posible abuso del derecho. Por ello, considerando que la Ley REP no les permite a estas organizaciones el distribuir utilidades, es más transparente, adecuado y acorde al texto de la ley, constituir asociaciones de derecho privado sin fines de lucro.

En segundo lugar, dado que los sistemas de gestión colectivos deberán estar integrados por productores de productos prioritarios que, a su vez, son competidores en los mercados relevantes, los principios de transparencia, tratamiento equitativo de sus miembros, ingreso objetivo de nuevo productores, independencia y de respeto a la libre competencia, deben ser incorporados como elementos centrales de estas organizaciones.

A este respecto, dado que la Ley REP ha conferido a los productores la capacidad de determinar la forma en que cumplirán las metas que fijan los decretos respectivos -confiando en su capacidad de gestión e innovación, y en clara aplicación del principio constitucional de subsidiariedad-, dicha facultad debe ir aparejada a un estándar de gobernanza que responda

⁴ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 20.



a dicha potestad, en línea con objetivos de bien común y sostenibilidad, que repercutan en la eficiencia del sistema, en la reducción de residuos y en el beneficio a los consumidores.

A lo anterior debe agregarse que existen riesgos potenciales y desafíos mayores de implementación de los sistemas de gestión (tanto por los aspectos operativos, organizacionales, sociales, de relación con entidades públicas autónomas y centrales, así como por cuestiones de libre competencia), de modo que solamente incorporando altas prácticas de gobernanza, los sistemas colectivos podrán detentar la legitimidad social para actuar y alcanzar las metas de reciclaje de envases y embalajes establecidos en la ley, evitando así multas, sobreregulación o, incluso, restricción a la posibilidad de generar un sistema colectivo. Y la mencionada legitimidad social es clave, por cuanto la Ley REP implica una serie de cambios conductuales de los consumidores en lo que se refiere al tratamiento de residuos, siendo necesario un esfuerzo colectivo para que los productores puedan cumplir las metas legales.

De esta forma, los sistemas colectivos de gestión de residuos deben tener lo más altos estándares de gobernanza y transparencia, algunos de los cuales se han expuesto en este informe (como sistemas de ingreso de nuevos productores basados en criterios objetivos, sistemas de gobernanza equitativos, directores independientes, sistemas de cumplimiento robusto, entre otros), todo ello a fin de detentar la legitimidad social que la autoridad y la ciudadanía esperan en el cumplimiento de las metas públicas que se les fijen.



Índice

Introducción	7
Capítulo primero: Ley REP, hacia la internalización de los impactos mediante la gestión de residuos	9
1. La sostenibilidad corporativa y los impactos ambientales, sociales y económicos	9
2. De los objetivos públicos de las organizaciones privadas: el caso de los sistemas colectivos de gestión de residuos	11
Capítulo Segundo: Naturaleza Jurídica de los Sistemas Colectivos de Gestión de Envases y Embalajes	13
1. El debate sobre la naturaleza jurídica de los sistemas colectivos de gestión	15
1.1 El contrato de sociedad requiere el ánimo de lucro y la consecuente distribución de utilidades	15
1.1.1 Sobre la esencia del contrato de sociedad y su falta de adecuación con lo dispuesto por la ley REP	15
1.1.2 Sobre un posible reparto de beneficios de las sociedades a sus socios, diversos de las utilidades, en el caso de los sistemas colectivos de gestión de residuos	16
1.1.3 Riesgos jurídicos del uso de la forma societaria para los sistemas colectivos de gestión de residuos	19
1.1.4 Riesgos de “legitimidad” del uso de la forma societaria para los sistemas colectivos de gestión de residuos	20
1.1.5 El caso Ecoembes en España: una sociedad anónima que no distribuye utilidades	21
1.2 Las cooperativas tampoco se ajustarían a lo establecido en la Ley REP por estar basadas en la “ayuda mutua” y distribución de excedentes	22
1.3 La prohibición de la Ley REP de considerar los sistemas de gestión como de “interés público” para efectos de la Ley 20.500	23
1.4 Sobre la conveniencia de un sistema de gestión “ <i>for profit</i> ” o “ <i>not-for profits</i> ”	24
2. De las fundaciones y corporaciones bajo la regulación del derecho común	25



3. ¿Corporaciones o fundaciones para los sistemas colectivos de gestión de residuos?.....	26
4. Aspectos particulares de las asociaciones de gestión de residuos bajo la Ley REP.....	27
Capítulo Tercero: Gobernanza de las Asociaciones de Gestión de Residuos de Envases y Embalajes.....	28
1. Los sistemas colectivos de gestión deben estar integrados “exclusivamente” por productores del producto prioritario	28
1.1 Los sistemas de gestión colectivos estarán integrados, como regla general, exclusivamente por “productores de EyE”	28
1.2 El decreto supremo determinará los productores a los que les será aplicable la responsabilidad extendida del productor	30
1.3 Los constituyentes o “fundadores” y socios de la asociación.....	30
2. La gestión de los residuos de los productos prioritarios como fin exclusivo de estas organizaciones.....	31
2.1 Las asociaciones de los sistemas de gestión no clasifican como de “interés público” para efectos de la Ley 20.500.....	32
3. Requisitos generales de los estatutos de una asociación de gestión de residuos	32
4. Autorizaciones especiales y registro de los sistemas colectivos de gestión	34
5. Aspectos generales de los órganos de gobierno de las asociaciones de acuerdo a la legislación común	34
5.1 La asamblea general de la asociación	34
5.2 El directorio de la asociación.....	35
5.3 Pago de remuneraciones al directorio en una organización sin fines de lucro: Ley REP como excepción a la norma general	36
5.4 Atribuciones y responsabilidades básicas de los directores de una asociación de gestión de residuos	37
6. Criterios objetivos para garantizar la incorporación de todo productor del respectivo producto prioritario.....	39
7. Participación equitativa de productores dentro de un sistema colectivo de gestión.....	41
7.1 Rol del directorio en garantizar el trato equitativo	42
8. Aspectos básicos de un sistema de cumplimiento	43



9. Destino especial de los bienes de una asociación de gestión de residuos al término de su existencia.....	44
Capítulo Cuarto: Aplicación de los principios de la Ley REP a la gobernanza de los sistemas colectivos de gestión de residuos	46
1. Principio de Transparencia y publicidad.....	46
2. Principio de Libre Competencia	47
2.1 Aspectos generales y definición del principio	47
2.2 Rol de las autoridades de libre competencia en la Ley REP.....	48
2.2.1 De la Facultad de “restringir” el sistema de gestión.....	48
2.2.2. De los informes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de las bases de licitación (artículo 24) y de las reglas de incorporación (artículo 26) de los sistemas colectivos de gestión	49
2.3 Autorregulación y gobernanza de los sistemas colectivos de gestión	50
2.4 Sobre el intercambio de información relevante por parte de los productores la y transparencia	51
Bibliografía	53



Introducción

La Ley 20.920 de Responsabilidad Extendida de Productor (en adelante también “Ley REP” o simplemente la “Ley”), promueve el desarrollo de una economía circular que permita a los productores la adecuada internalización de sus impactos ambientales a través, entre otras medidas, del reciclaje de sus residuos, todo ello mediante la creación de sistemas colectivos de gestión de residuos, cuya naturaleza jurídica y gobernanza serán materia de este informe. Al efecto, el artículo primero de la Ley REP establece que su objeto es “...disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor y otros instrumentos de gestión de residuos, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente”.

De esta forma, la Ley REP busca promover la modificación de los procesos de producción y consumo a través de la reutilización, reciclaje y sistemas de valoración que permitan disminuir la generación de residuos⁵. Para ello, el mecanismo que utiliza es extender la responsabilidad del productor más allá de la venta, de manera que éste deba internalizar los costos de generar desechos y, con ello, generar los incentivos para disminuir, reciclar o reutilizar los productos prioritarios que la misma ley define, entre los cuales se encuentran los envases y embalajes.

Tal como lo señala el Mensaje de la Ley REP⁶, “La REP corresponde a un régimen especial de gestión de residuos conforme al cual los productores son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de productos que comercialicen en el país definidos como prioritarios”.

Mediante la extensión de la responsabilidad del productor hacia la gestión de residuos, el legislador busca solucionar un problema social y ambiental relevante, cumpliendo con una serie de normas constitucionales (v.gr. derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) y de compromisos internacionales (v.gr OCDE). Pero, también, al encargar a los productores la gestión de los residuos está aplicando el *principio de subsidiariedad* al entregar a la sociedad civil la capacidad de hacerse cargo de sus impactos y cumplir con metas públicas de reciclaje y gestión de residuos.

De esta forma, el legislador permitió – en vez de prohibir ciertos productos o imponer impuestos – incorporar la iniciativa privada para lograr eficiencias en costos y procesos, de

⁵ Al efecto el Mensaje de ley REP señala que: “Debe tenerse presente que cuando se habla de gestión de residuos, el primer objetivo es evitar la generación; si esta no es posible de evitar, se debe procurar su minimización; si esto no es posible, entonces se debe recién evaluar su potencial disposición final. Este principio de jerarquía en la gestión de residuos, reconocido en gran parte de los países desarrollados, ha probado su efectividad en el tiempo.” (BCN, 2013), Mensaje. P.6.

⁶ (BCN, 2013), Mensaje. P. 6.



manera que el sistema valore los residuos y que el impacto económico sea el menor posible para los consumidores. Sin embargo, esta potestad debe ir unida a altos estándares de gobernanza por parte de los privados que actúen en el sistema. Ello, por cuanto la legitimidad social es necesaria en sí misma y para lograr los objetivos del sistema de gestión, especialmente considerando que, por motivos de economías de escala, la Ley REP permite a los productores de productos prioritarios – y muchas veces competidores en mercados relevantes – el participar de manera conjunta en organizaciones tendientes a alcanzar las metas de reciclaje.

Como se enunció, la Ley autoriza la constitución de sistemas colectivos de gestión con la finalidad de agrupar a los privados en la consecución de las metas de reciclaje. Este informe efectúa un análisis de la Ley REP a efectos de determinar la naturaleza jurídica y gobernanza que dichos sistemas debieran adoptar para cumplir, con legitimidad, los objetivos impuestos por la ley a los productores de envases y embalajes.

En cuanto a la metodología, el presente informe ha sido elaborado en base a una exégesis de la Ley REP, teniendo presente tanto su texto fidedigno como la historia de la ley y, especialmente, el Mensaje que acompañó el proyecto de ley al Congreso Nacional para su discusión. Se analiza el texto original del proyecto de ley, los principios que informan la extensión de responsabilidad del productor y la doctrina de sostenibilidad que la sustenta. Asimismo, se ha interpretado la Ley REP en concordancia con otros textos legales, como es el Código Civil y ciertas normas particulares que regulan las sociedades, las cooperativas y las asociaciones de interés público.

De otro lado, se ha utilizado la experiencia comparada a fin de informar las diversas interpretaciones posibles del texto legal, especialmente aquella que ha sido sistematizada por la OCDE⁷ al referirse a los sistemas de responsabilidad extendida del productor, así como a la normativa de otros países que tienen sistemas similares al que contiene la Ley REP.

Además de lo mencionado anteriormente, este informe recoge información obtenida en un Coloquio organizado por el Programa de Sostenibilidad Corporativa Derecho UC y la Asociación de Supermercados de Chile (“ASACH”)⁸, con la finalidad de discutir sobre la naturaleza jurídica y gobernanza de los sistemas colectivos de gestión. Al evento asistieron representantes del Ministerio del Medio Ambiente, autoridades que participaron de la redacción de la ley, representantes de diversas empresas productoras de productos prioritarios, asociaciones gremiales y empresas de consultoría, entre otros.

⁷ (OECD, 2016)

⁸ El Coloquio “Naturaleza Jurídica y Gobernanza de los Sistemas Colectivos de Gestión de Residuos conforme a la Ley REP” fue realizado el día 27 de noviembre del 2018, en la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.



Capítulo primero: Ley REP, hacia la internalización de los impactos mediante la gestión de residuos

1. La sostenibilidad corporativa y los impactos ambientales, sociales y económicos

Como se indicó en la introducción, la Ley REP busca crear un sistema que permita una adecuada internalización de los impactos ambientales y sociales de la actividad económica evitando, entre otros, los impactos negativos que los residuos tienen en el medio ambiente y en las poblaciones más vulnerables, cuya vida se desarrolla en entornos de alta contaminación. Al respecto, el Mensaje de la Ley REP consigna que “*el manejo de residuos y su disposición final generan altos costos ambientales, sociales y también un elevado costo económico*”⁹, de forma que se crea un sistema para internalizar y reducir dichos costos.

Por su parte, cabe destacar que el objetivo de la Ley REP antes mencionado es concordante con una estrategia empresarial que busca lograr una adecuada internalización de los impactos sociales, ambientales y económicos, de manera de generar valor en el largo plazo, y que se conoce como sostenibilidad corporativa. Dado que los objetivos de la Ley son coherentes con los fundamentos de dicha doctrina, conviene analizar en qué consiste para efectos de otorgar contexto a la interpretación y objetivos de la Ley.

Como se dijo, la sostenibilidad corporativa es una visión y estrategia comercial que consiste en lograr un adecuado balance en los aspectos ambientales, sociales y financieros dentro de una actividad económica, de manera de generar valor en el largo plazo. Si bien el concepto de la sostenibilidad comenzó en organismos y cumbres internacionales, hoy está siendo incorporado por empresas e inversionistas como una forma de lograr excelencia operativa, legitimidad social, y relaciones positivas con sus grupos de interés, todo ello con el objetivo de aumentar y mantener su valor en el largo plazo.

En efecto, la capacidad de las empresas productivas por internalizar los impactos de sus operaciones evita generar daños o, al menos, mitigar su ocurrencia, de tal forma que se reduce la posibilidad de crisis ambientales o sociales derivadas de los efectos reiterados de tales impactos, aumentando la generación de valor en el largo plazo, tal como lo ha demostrado Eccles *et al* (2011, revisado en 2017) en su artículo “*The Impact of Corporate Sustainability on Organizational Processes and Performance*”¹⁰. En efecto, Eccles *et al* demostraron, en un estudio realizado en Harvard University, que aquellas empresas que han adoptado prácticas de sostenibilidad tienen mejores relaciones con sus *stakeholders*, están mejor orientadas hacia el largo plazo y, en definitiva, tienen un mejor desempeño en el mercado de capitales en el largo plazo que aquellas empresas que no han adoptado estrategias de sostenibilidad. Resulta relevante, para efectos de los objetivos de la Ley REP, que uno de

⁹ (BCN, 2013), Mensaje. P.3.

¹⁰ (ECCLES, 2011), Págs.1 y 46.



los aspectos que los investigadores evaluaron para determinar si la empresa era sustentable era, precisamente, si la empresa había implementado iniciativas para reciclar, reducir, reusar, sustituir, tratar o eliminar gradualmente los residuos.

Es por lo que gran parte de los inversionistas están hoy analizando los factores ambientales, sociales y de gobernanza (“ASG” o “ESG”, por sus siglas en inglés) de las empresas, como una manera de asegurar retornos en el largo plazo¹¹, produciendo una sana convergencia entre intereses públicos (crecimiento económico, cuidado del medio ambiente, desarrollo integral) y privados (mayor crecimiento empresarial, aumento de retornos, estabilidad operacional, etc.). Según da cuenta un estudio del MIT junto con Boston Consulting Group¹², más del 75% de los ejecutivos *senior* de fondos de inversión estiman que el desempeño en sostenibilidad de las empresas es materialmente relevante en sus decisiones de inversión.

Para ello, los inversionistas utilizan índices que miden los aspectos ambientales, sociales y de gobernanza de las empresas, como es el *Dow Jones Sustainability Index* y, más aún, les exigen a las empresas en las que invierten mejorar dichos estándares, tal como lo hizo Larry Fink, CEO de BlackRock, en su carta a las empresas en las cuales invierten¹³, donde señaló que *"La capacidad de una empresa para gestionar asuntos ambientales, sociales y de gobernanza demuestra el liderazgo y la buena gobernabilidad que son esenciales para el crecimiento sostenible, razón por la cual estamos integrando cada vez más estos temas en nuestro proceso de inversión"*.¹⁴

De esta forma, la adopción de políticas y procesos internos que permitan a los productores nacionales una eficiente internalización de los impactos sociales y ambientales de sus actividades – como son los desechos provenientes de envases y embalajes – es relevante para evitar daños ambientales derivados de la acumulación de residuos y las posibles consecuencias sanitarias y ambientales que de ello se derivan pero, además, porque es rol de las empresas contribuir al bien común de la sociedad¹⁵, lo que redundaría en legitimidad social,

¹¹ (FINK, 2018).

¹² (KIRON, 2017), P.4.

¹³ (FINK, 2018)

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Esta estrategia de sostenibilidad empresarial es coherente, por lo demás, con objetivos públicos de desarrollo sostenible que se han venido desarrollando hace más de 30 años en diversos foros internacionales. En efecto, desde que la *Comisión Brundtland* estableció el concepto de responsabilidad intergeneracional en el año 1987, pasando por la *Cumbre de Johannesburgo* del 2012, que incorporó los tres pilares de la sostenibilidad: el ambiental, el social y el económico, a la *Encíclica Laudato Si*, que contiene la definición de la ecología integral y de la crisis socioambiental, así como un llamado al cuidado de la casa común. Los anteriores, junto a otros textos fundacionales de la sostenibilidad y del desarrollo humano integral, demuestran que existe una tendencia universal consistente y coherente en poner a la persona humana como centro del desarrollo, incentivando a las empresas a internalizar adecuadamente sus impactos ambientales y sociales, de manera de avanzar hacia un auténtico desarrollo. Por lo demás, este marco de desarrollo sostenible es consistente con las garantías y deberes constitucionales que establece nuestra Constitución Política, la que, junto con consagrar el derecho a la vida y



adquisición de la licencia social para operar y, en definitiva, de las condiciones necesarias para generar un mayor valor en el largo plazo.

Lo anterior es relevante, además, para una implementación exitosa de la Ley REP. En efecto, considerando que las metas de reciclaje que se impongan a los productores de productos prioritarios van a requerir un cambio conductual relevante de los consumidores – que permita una recolección eficiente de los residuos (separación, limpieza, disposición, etc.) – va a resultar clave la legitimidad del sistema lo que, en gran medida, estará dado por la percepción que dichos consumidores tengan respecto de los productores obligados a cumplir las metas. De ahí que la falta de legitimidad del sistema de gestión puede transformarse en una barrera para cumplir las metas, pues si no se logra la adhesión, compromiso y cambio de conducta de los consumidores sobre los residuos, ello podría tener un efecto directo en los mercados de consumo final, afectando precios y competitividad.

2. De los objetivos públicos de las organizaciones privadas: el caso de los sistemas colectivos de gestión de residuos

A lo expuesto anteriormente – en cuanto a la incorporación de la iniciativa privada en el diseño del sistema para cumplir las metas públicas de reciclaje y su concordancia con la sostenibilidad corporativa –, debe agregarse y considerarse que las organizaciones se encuentran hoy bajo presión de la sociedad – y de las autoridades – para transparentar los impactos sociales y ambientales de sus operaciones y, en el caso de la Ley REP, es predecible que tal presión se enfoque en el cumplimiento de las metas que se les han de fijar y en el actuar de las organizaciones que se creen para gestionar los sistemas colectivos.

Tal escrutinio, además, tiene que ver con su legitimidad como articuladores del sistema, en un rol “cuasi público”, en el sentido que los sistemas colectivos de gestión dispondrán de amplio acceso a información de mercado y deberán coordinar diversos actores relevantes para alcanzar ciertos fines públicos. Al efecto, la Ley REP en su artículo 9 impone a los productores de productos prioritarios ciertas obligaciones particulares, como son las de registrarse; organizar y financiar la gestión de residuos; cumplir metas de recolección y valorización a través de alguno de los sistemas de gestión; y asegurar que el tratamiento de los residuos recolectados se realice por gestores autorizados, adicionalmente a las demás obligaciones que establezca la ley.

De esta manera, y tal como lo señala el Mensaje de la Ley REP, el productor “*deberá hacerse cargo del producto una vez terminada su vida útil, debiendo cumplir metas de reciclaje establecidas por el Ministerio del Medio Ambiente.*”¹⁶. Todo lo anterior requiere, según se

a la integridad física, también garantiza el derecho al desarrollo empresarial, debiéndose compatibilizar el respeto de unos y otro. (SÁNCHEZ, D., 2018)

¹⁶ (BCN, 2013), Mensaje. P. 8.



describirá en este informe, la adopción de nuevos estándares de gobernanza, transparencia y participación, en línea con los principios establecidos en la Ley REP y normas internacionales.

Ahora bien, además del deber de cumplir con las normas legales y reglamentarias, los productores, reunidos en un sistema de gestión, deben ejercer liderazgo para que el sistema funcione, lo que implica disponer de sus mejores capacidades para lograr las metas de reciclaje, actuando con transparencia y respeto de la libre competencia. Solo este liderazgo y sentido de bien común les permitirá superar los complejos escenarios que la Ley REP genera. Al efecto, la OCDE ha señalado, a propósito de la gobernanza de los sistemas de gestión, que *“Dados sus conocimientos técnicos y de gestión, el papel de liderazgo de los productores es fundamental para el éxito de cualquier responsabilidad extendida del productor. Los productores generalmente son los responsables finales de lograr los objetivos de la política de responsabilidad extendida del productor, ya sea individual o colectivamente, y ya sea a través de organizaciones de productores individuales o en competencia”*¹⁷.

Lo expuesto justifica analizar la Ley REP y las instituciones que ella crea a la luz de un criterio de sostenibilidad y bien común. Así, mediante la creación de instituciones sólidas, transparentes e inclusivas, será posible abordar los complejos desafíos de la Ley REP, con los consecuentes beneficios ambientales, sociales y económicos que de ello se derivan, no solo para cumplir los objetivos legales, sino que también para generar mayor valor entre los propios productores, los que al asumir los impactos de sus actividades (residuos) estarán generando mayor valor para sus marcas en el largo plazo, reteniendo la licencia social, y contribuyendo al desarrollo integral.

¹⁷ (OECD, 2016) P. 33. *“Given their technical and managerial know-how, the leadership role of producers is fundamental to the success of any EPR. Producers are usually ultimately responsible for achieving EPR policy objectives, whether individually or collectively, and whether through a single or competing PROs”* (La traducción es nuestra).



Capítulo segundo: naturaleza jurídica de los sistemas colectivos de gestión de envases y embalajes

La Ley REP, según se analizará, ha dispuesto que los sistemas colectivos de gestión de residuos deben estar constituidos como una persona jurídica, de objeto exclusivo y que no distribuya utilidades entre sus asociados¹⁸. Atendido a que la Ley no ha señalado expresamente qué tipo de personas jurídicas pueden amparar un sistema colectivo de gestión de residuos, ni tampoco ha prohibido otras formas organizativas, es necesario hacer un análisis de legalidad y cumplimiento normativo para determinar el tipo de organizaciones que se podría utilizar, lo que reviste una serie de implicancias legales, de gobernanza y legitimidad.

En efecto, el inciso primero del artículo 20 de la Ley REP dispone que *“Los productores que asuman el cumplimiento de sus obligaciones de manera colectiva, deberán hacerlo mediante la constitución o incorporación a una **persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados**, la que será responsable ante la autoridad. Dicha persona jurídica tendrá como **fin exclusivo** la gestión de los residuos de los productos prioritarios, y en ningún caso se entenderá como organización de interés público para los efectos de la ley N° 20.500”* (énfasis agregado).

Antes de entrar al análisis particular de algunas formas jurídicas que podrían ser utilizadas, cabe recordar que existen dos grandes tipos de personas jurídicas en el derecho chileno:

- (i) **Personas jurídicas con fines de lucro**, como son las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, por acciones o individuales de responsabilidad limitada, entre otras, y a las que el Código Civil en su artículo 547 se refiere como *“las sociedades industriales”*.¹⁹
- (ii) **Personas jurídicas sin fines de lucro**, las que, a su vez, puede ser:
 - a. **De derecho privado**, como es una fundación filantrópica, una asociación gremial o una corporación. Estas organizaciones están reguladas por el Código Civil y, si las hubiere, leyes especiales que las regulen. En general, en estas organizaciones prima el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que es posible establecer las estructuras de gobernanza que las partes deseen, sin otro límite que aquello que está prohibido por ley y siempre que no exista ánimo de lucro.

¹⁸ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 20.

¹⁹ El Código Civil utilizó el concepto de *“sociedad industrial”* para referirse a las sociedades en general, según destaca Alcalde Silva (ALCALDE SILVA, 2015) al analizar las notas del proyecto de Código Civil del año 1853, en las que don Andrés Bello parece seguir al jurista Friederich Karl Savigny. Pues bien, este concepto de *“sociedad industrial”* tendría dos elementos estructurales esenciales, cuáles son: (i) la necesidad de efectuar un aporte; y (ii) el reparto de las ganancias derivadas del ejercicio de una actividad en común.



- b. **De derecho público**, como es *“la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias; las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario”*²⁰, en donde la estructura y su actuar está delimitado por las potestades públicas que establece la ley o el decreto que las constituye.

Respecto de la distinción antes expuesta, Alcalde Silva señala que el Código Civil regula las dos clases de personas jurídicas antes mencionadas, de tal forma que el elemento distintivo sería el “ánimo de lucro” que tendría que ver con *“la finalidad que explica la existencia de la entidad, y no con la actividad o giro desarrollado por ella”*²¹. Atendido a que este punto deviene central al momento de decidir la forma organizativa que podrá amparar a los sistemas colectivos de gestión de residuos, según se verá más adelante, resulta necesario detenerse en esta distinción.

En efecto, para el citado Alcalde Silva, *“El punto de distinción estriba, entonces, en el propósito con que se ejerce dicha actividad, en el fin hacia el que se dirige la asociación, pues será la suerte de los beneficios obtenidos la que determine si la entidad tiene o no ánimo de lucro”*²² (énfasis agregado).

De esta forma, el elemento diferenciador entre las distintas personas jurídicas antes referidas no es la actividad que desarrollan, ni si generan o no excedentes, sino el particular ánimo respecto de qué ocurre con esos excedentes, lo que las diferencia, de forma tal, que si se desea distribuir las utilidades entre los miembros de la organización, hay fin de lucro. No lo hay, por el contrario, si no es posible y no hay ánimo de distribuir entre los miembros los excedentes que se generen, debiendo ser reinvertidos o acumulados para el futuro.

Por ello, y sin perjuicio de lo que más adelante se analice sobre la distribución de utilidades, una interpretación que atienda a la finalidad buscada por la Ley REP, manifestada en su artículo 20, sugiere que las organizaciones que deban formarse para acoger los sistemas colectivos de gestión de residuos sean corporaciones, también llamadas “asociaciones de derecho privado”, sin fines de lucro – pues no le es posible distribuir utilidades entre sus asociados – y, además, con fin exclusivo la gestión de los residuos de los productos prioritarios. Tales asociaciones se regirán por lo dispuesto en la Ley REP, en cuanto ley especial y, en subsidio, por las normas del Título XXXIII del Código Civil “De las personas jurídicas” (artículos 545 a 564), en cuanto ley común.

Ahora bien, antes de analizar las particularidades de estas asociaciones, es necesario referirse al debate que existe en torno a otras figuras jurídicas que podrían adoptar los sistemas colectivos de gestión, como son las sociedades y las cooperativas.

²⁰ (CÓDIGO CIVIL), artículo 547.

²¹ (ALCALDE SILVA, 2015)

²² Idem.



1. El debate sobre la naturaleza jurídica de los sistemas colectivos de gestión

Como se ha expuesto, si bien la Ley REP menciona los principios básicos que regulan las organizaciones que se constituyan como sistemas de gestión colectivos de residuos, entre los cuales se encuentra el hecho que no pueden distribuir utilidades entre sus asociados, no señaló expresamente qué tipo de personas jurídicas deben ser. Tampoco prohibió otras formas contractuales, por lo que se ha generado un debate sobre la naturaleza jurídica que deben adoptar estas organizaciones, esto es, sobre el tipo de persona jurídica bajo la cual deben existir y cuáles serían sus componentes esenciales.

En efecto, algunos han sostenido que, si bien tales organizaciones podrían constituirse como organizaciones sin fines de lucro, esto es, como una fundación o una corporación, según se ha expuesto anteriormente, también agregan que podrían constituirse como cooperativas o, incluso –como ocurre en España – bajo un contrato de sociedad que no distribuya utilidades.

A continuación se describen los inconvenientes – tanto legales como de legitimidad – que supone utilizar la forma de un contrato de sociedad – que no distribuya utilidades–, así como la falta de adecuación del contrato de cooperativa, al menos para grandes productores de productos prioritarios.

1.1 El contrato de sociedad requiere el ánimo de lucro y la consecuente distribución de utilidades

1.1.1 Sobre la esencia del contrato de sociedad y su falta de adecuación con lo dispuesto por la ley REP

A pesar de que, y tal como se mencionó al comienzo de este capítulo, las “sociedades industriales” tienen como elemento distintivo el ánimo de distribuirse utilidades, nos referiremos a la posibilidad que los sistemas colectivos de gestión de residuos puedan constituirse bajo la forma de un contrato de sociedad que “*no distribuya utilidades*”.

Al efecto, y en relación con la naturaleza jurídica del contrato de sociedad, tanto civil como comercial, cabe tener presente que el Código Civil en su artículo 2053 dispone que “*La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan*” (énfasis agregado).

Del artículo citado se desprende que un elemento de la esencia de las sociedades es la distribución de beneficios, de manera que si falta ese elemento el contrato no existe como tal o deriva en un contrato diferente, que no sería una sociedad. Ello, por lo demás, lo ratifica el artículo 2055 del Código Civil cuando señala que “*Tampoco hay sociedad sin participación*”.



de beneficios” y que, además, “no se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero”.

En consecuencia, un análisis literal de los elementos del contrato de sociedad revela que no sería una forma asociativa válida para los efectos de lo dispuesto por la ley REP para los sistemas colectivos de gestión de residuos, pues mientras la Ley REP dispone que estas organizaciones “no pueden distribuirse utilidades”²³ entre sus asociados, las sociedades requieren como elemento de la esencia la distribución de beneficios.

Al efecto, cabe señalar que distinto es el caso de una sociedad que, pudiendo distribuir beneficios o utilidades decide, por la legítima decisión de sus organismos respectivos, no repartir utilidades en un periodo determinado. Ello es procedente dentro del actuar de las sociedades, por un periodo razonable y si hubiera razones para ello, pero no es suficiente para cumplir la exigencia de la Ley REP, en la cual se exige que la organización que se constituya sea una persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados. Como se ve, no es una cuestión que pueda quedar entregada a la decisión anual de los órganos competentes de la sociedad, sino que apunta a un elemento de la esencia de las organizaciones que la ley permite que operen en el sistema.

Sin embargo, la discusión aún persiste por cuanto se ha sostenido que los sistemas de gestión podrían distribuir “beneficios” diversos de utilidades, permitiendo utilizar la forma de una sociedad, a lo que nos referimos a continuación.

1.1.2 Sobre un posible reparto de beneficios de las sociedades a sus socios, diversos de las utilidades, en el caso de los sistemas colectivos de gestión de residuos

Como se enunció, es de la esencia de las sociedades concurrir a las pérdidas y a la distribución de beneficios, pues ello es la motivación que indujo a las partes a contratar; participar de los riesgos del negocio, asumiendo pérdidas y las utilidades, en lo que se ha denominado el ánimo de lucro. Pues bien, algunos han propuesto que se constituyan sociedades que - “repartan beneficios” entre sus miembros – diversos de las “utilidades”²⁴ –, lo que cumpliría con la naturaleza del contrato de sociedad y con lo dispuesto en la Ley REP. Como ejemplo, puede citarse que en España el Sistema Integrado de Gestión “Ecoembes” es una sociedad anónima que no distribuye utilidades.

²³ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 20.

²⁴ Al efecto cabría considerar la posibilidad que la sociedad que acoja el sistema de gestión pueda distribuir beneficios, diversos de las utilidades, entre sus miembros. Así, por ejemplo, se podría argumentar que participar de un sistema de gestión, para un productor, le reporta “beneficios”- como es acceder a un sistema de gestión que, aunque no le reporte utilidades, sí le reporta “beneficios”-, como sería el cumplir las metas de reciclaje impuestas en los respectivos decretos, o economizar en la gestión de los residuos. Esta interpretación se fundaría en una definición amplia de “beneficios” que, si bien apreciables en dinero, vayan más allá de las “utilidades” que se distribuyen a los asociados.



Para sostener lo anterior, doctrinariamente, puede citarse al tratadista Álvaro Puelma Accorsi, quien señala que *“En nuestro derecho se permite que la sociedad persiga un beneficio económico directo para sus socios, el reparto utilidades, y que ella también pueda tener por finalidad un beneficio indirecto para sus socios, como podría ser aquel que pretenda evitar un daño o conseguir para ellos bienes que les sean necesarios a un menor precio u obtener una red de distribución de sus productos o cualquier otra finalidad económica que se traduzca en un beneficio”*²⁵.

El autor cita varios ejemplos en los cuales los socios ponen algo en común con miras a distribuirse ciertos beneficios apreciables en dinero, pero que no constituyen una transferencia pecuniaria, como sería comprar en conjunto un carruaje para utilizarlo en forma conjunta, o adquirir una propiedad en conjunto para evitar que se construya allí un edificio y afecte la vista de los socios. En estos casos, a pesar de no haber distribución de utilidades pecuniarias, sí habría contrato de sociedad por cuanto se distribuyen beneficios distintos de utilidades. Concluye al respecto Puelma Accorsi que *“Para nuestra legislación es un elemento de la esencia de la sociedad que ella persiga un beneficio pecuniario, aunque basta que este beneficio sea indirecto, incluso precaver daños, no requiriéndose que él sea siempre el reparto de utilidades”*²⁶

Corresponde analizar si esta interpretación es suficiente para los objetivos perseguidos por la Ley REP la que, como se ha indicado, crea nuevas obligaciones para los productores en términos de extender su responsabilidad a los residuos de los productos que pongan en el mercado, invitando a formar parte de una misma asociación a competidores en los mercados relevantes y donde existen objetivos de bienes públicos comprometidos, como es promover un cambio cultural respecto del uso y valorización de los residuos, y alcanzar las metas de reciclaje que fije el Ministerio de Medio Ambiente.

En efecto, son los objetivos de política pública de los sistemas colectivos de gestión de residuos los que han llevado al legislador a prohibir que tales sistemas distribuyan utilidades entre sus asociados. Al respecto, cabe destacar la posición del Ministerio del Medio Ambiente durante la tramitación de la Ley REP respecto de la indicación del Senador Ossandón de eliminar la prohibición de distribuir utilidades a los sistemas colectivos de gestión: *“El asesor jurídico del Ministerio del Medio Ambiente, abogado señor David Bortnick, refirió que los sistemas de gestión colectiva se constituyen como personas jurídicas formadas para tal efecto, una de cuyas obligaciones es la de no distribuir utilidades entre sus asociados.*

²⁵ (PUELMA ACCORSI, 2001)

²⁶ Idem, P.73.



Refirió que la mayoría de los países de la Unión Europea han optado por este sistema, ya que de lo contrario se complejizaría y encarecería la gestión, puesto que habría un sobreprecio que no constituye costo de la gestión, sino que utilidad, añadiendo que la REP es un instrumento económico que requiere del mercado, y lo que este sistema propone es que la competencia se encuentre aguas abajo, vale decir entre los gestores y entre los productores compitiendo por quién hace una mejor gestión, y no en la persona jurídica llamada a realizar la gestión.

Por otra parte, aseveró la labor de recolección y valorización tiene, en cierto modo, un aspecto de función pública y por lo tanto, no corresponde que tenga lucro asociado.

Añadió que en este proyecto de ley existe un resguardo de la libre competencia, fruto de una labor conjunta del Ministerio del Medio Ambiente y de la Fiscalía Nacional Económica, entidades que se abocaron al diseño de sistemas de gestión sin fines de lucro, precisando que tanto la indicación del Senador señor Ossandón, y la siguiente no aseguran la libre competencia, que es uno de los pilares básicos en que descansa esta iniciativa”²⁷.

Esta verdadera inhibición del ánimo de lucro para los constituyentes de un sistema colectivo de gestión de residuos, así como los evidentes peligros que importa para la libre competencia, aconsejan apartarse de la forma societaria que, como se ha dicho, tiene como elemento estructurante el ánimo de lucro, el que se satisface con la distribución de las utilidades pecuniarias del negocio.

Por otra parte, un sector importante de la doctrina nacional ha señalado que la mera economía no constituye un beneficio para los efectos de interpretación de la ley. En este sentido, Guerrero y Zegers precisan qué se debe entender por “beneficio”, distinguiendo entre su sentido restringido y su sentido ampliado, y concluyendo que, en cualquier caso, la mera economía o reducción de gastos no es suficiente:

“1. Sentido estricto: se trata de un enriquecimiento efectivo de una ganancia positiva.

2. Sentido amplio: es toda ventaja material apreciable en dinero, tanto en ganancia positiva como en la economía de un gasto.

3. Un fallo de la Corte de Casación francesa da una noción intermedia del beneficio, diciendo: “Es no solamente una ganancia pecuniaria, sino toda ganancia material que aumenta la fortuna de los socios”.

Es decir, no es necesario que la utilidad sea pecuniaria, si ella es apreciable en dinero, pero debe consistir en un enriquecimiento positivo y no en una simple economía.

²⁷ (BCN, 2015-2016), P.130.



Es así como no son beneficios las ventajas materiales -aún apreciables en dinero- que no tiendan a aumentar el patrimonio de los socios, permitiéndoles solamente hacer economías o reducir sus gastos”²⁸ (énfasis agregado).

Si bien existen otros autores que se inclinan por aceptar que evitar una pérdida pueda constituir un beneficio para los efectos del contrato de sociedad, tanto razones de texto literal de la Ley REP como de la historia de la ley, así como las condiciones necesarias para dotar de “legitimidad” al sistema, recomiendan seguir una interpretación restringida sobre lo que constituye un beneficio social, evitando asumir una postura jurídica que pueda generar en el futuro cuestionamientos sobre el rol de los sistemas colectivos de gestión, tales como los que se exponen en el párrafo siguiente.

1.1.3 Riesgos jurídicos del uso de la forma societaria para los sistemas colectivos de gestión de residuos

Sostener que los sistemas colectivos de gestión de residuos podrían distribuir beneficios diversos de las utilidades o excedentes, tiene el riesgo de extremar una interpretación de conceptos jurídicos (beneficios vs. utilidades) para efectos de salvar el uso de la forma societaria en este caso concreto. Lo anterior, pues podría considerarse que existe (i) un vicio de validez de la sociedad constituida al efecto al faltar un elemento de su esencia, como es la distribución de utilidades; o (ii) una posible inexistencia jurídica, producto de la falta de causa que motiva al contrato; o (iii) un posible abuso del derecho, al tener una sociedad que no distribuya utilidades. A continuación, se analizan brevemente dichos riesgos jurídicos:

- (i) Puede haber un *vicio de validez* de la sociedad, esto es, que se considere que no es válida como contrato si se determina que los beneficios de formar parte de un sistema de gestión no constituyen beneficios concretos y valorizables en dinero para sus asociados, o que no satisfacen el ánimo de lucro que requiere toda sociedad, de manera que, faltando un elemento de la esencia del contrato de sociedad, dicho contrato es susceptible de ser anulado.
- (ii) Por otra parte, podría incluso haber una *inexistencia jurídica*, producto de la falta de causa que motiva al contrato. Se habla de inexistencia jurídica cuando falta uno de los elementos de existencia de un contrato, como la voluntad, el objeto o la causa. El caso de una sociedad que no puede distribuir utilidades podría argumentarse que carece de causa al faltar el ánimo de lucro. En efecto, si los asociados no pueden distribuirse utilidades, nunca existió verdaderamente un contrato de sociedad, puesto que no hubo una causa o motivo real que los indujo a contratar.
- (iii) Finalmente, desde el punto de vista jurídico, habría un posible *abuso del derecho*, por cuanto los constituyentes estaría utilizando el contrato de sociedad para un fin diverso

²⁸ (GUERRERO VALENZUELA, 2014), P.39.



del cual ha sido creado. En efecto, dado que la supuesta sociedad que se crearía como sistema colectivo de gestión de residuos no puede distribuir utilidades, constituiría una figura desviada respecto de los fines de la institución jurídica del contrato de sociedad²⁹, el que no es otro que poner algo en común con miras a repartirse los beneficios de que ello provengan. De esta forma, si no se pueden repartir los beneficios, pues la Ley REP lo prohíbe expresamente, entonces se ha utilizado una institución jurídica (la sociedad) para fines que no están autorizados por ley, no son razonables o simplemente no son adecuados, lo que constituye en la doctrina y, a nivel jurisprudencial, una situación de abuso del derecho.

Como ejemplo de abuso del derecho, especialmente derivado del uso de la forma societaria sin existir el ánimo de lucro, conviene recordar la sentencia de la Corte Suprema del 26 de abril de 1996 (ROL N° 33.021 – 1995), citada por Alcalde Silva, que estimó existir abuso del derecho en la capitalización de utilidades que año tras año hacía el Banco de Chile y que la sustraía de su deber de pagar la deuda subordinada que mantenía con el Banco Central desde la crisis económica de comienzos de la década de 1980³⁰. Es decir, una sociedad que no reparte utilidades en forma reiterada incurre en abuso de la forma societaria y no cumple los fines para la cual el legislador la ha creado. Este caso sería similar a lo fallado por la Corte Suprema: tener sociedades que no distribuyan jamás utilidades iría contra los objetivos de lucro, propio del contrato de sociedad.

1.1.4 Riesgos de legitimidad del uso de la forma societaria para los sistemas colectivos de gestión de residuos

Además de los riesgos jurídicos antes mencionados, la utilización del contrato sociedad cuando la ley expresamente señala que no pueden distribuir utilidades puede implicar exponer a las organizaciones que se constituyan como sistemas colectivos de gestión a un juicio *ex – post* de legitimidad, en que dicha interpretación jurídica pueda ser cuestionada en el futuro (como lo fueron, por ejemplo, ciertas universidades privadas y sus contratos con partes relacionadas). Ello, además, no solo afectaría a los sistemas colectivos de gestión, sino que, especialmente, a los productores miembros del sistema, poniendo en riesgo su reputación y exponiéndolos a los riesgos legales ya mencionados en el punto anterior.

Por lo expuesto, y considerando que es de la esencia de las sociedades el distribuir beneficios, parece razonable recurrir a una forma contractual cuya naturaleza sea, precisamente, no distribuir utilidades, como son las asociaciones sin fines de lucro de derecho privado.

²⁹ Según el tratadista de derecho civil, Fernando Fueyo, el abuso del derecho en el uso de una figura jurídica se constituye, entre otras situaciones, cuando “se le desvía de los fines de la institución o para los que fue conferido”. (ORTÚZAR SANTA MARÍA, 2003), P.98.

³⁰ (ALCALDE SILVA, 2015)



1.1.5 El caso Ecoembes en España: una sociedad anónima que no distribuye utilidades

Como se enunció, Ecoembes, empresa gestora de uno de los Sistemas Integrados de Gestión españoles, se ha constituido como sociedad anónima sin ánimo de lucro. Al efecto, la Ley 11/1997 de Envases y Residuos de Envases de España, señala en su artículo octavo que los sistemas integrados de gestión deben: *“tener personalidad jurídica propia y constituirse sin ánimo de lucro”* (énfasis agregado).

No obstante lo dispuesto por la legislación local, Ecoembes se ha constituido como sociedad anónima, estableciendo en el artículo tercero de sus estatutos que en cumplimiento de la Ley 11/1997 – esto es, constituirse como entidades sin ánimo de lucro – *“el objetivo de la Sociedad es alcanzar el equilibrio económico entre gastos e ingresos mediante la adecuada periodificación de estos últimos, los cuales se destinarán a cubrir gastos de ejercicios futuros. Únicamente en el caso de que hubiera pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores, la Sociedad podrá reconocer un excedente por dicho importe, que se destinará a compensar dichas pérdidas”*.

Lo anterior resulta contradictorio con lo que se ha expuesto, por cuanto se considera como elemento de la esencia de las sociedades el ánimo de lucro, independiente de si las utilidades son repartidas o no en un determinado periodo, e independiente de lo que puedan establecer sus estatutos. Al efecto, un importante sector de la doctrina en España parece coincidir con lo anterior cuando se trata de distinguir entre “asociación” (persona jurídica sin ánimo de lucro) y “sociedad” (persona jurídica con ánimo de lucro), pues se ha señalado que *“(…) la interpretación literal de los preceptos que se ocupan de definir la sociedad (arts. 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio), la sistematización normativa de las asociaciones susceptibles de adquirir personalidad jurídica (arts. 35 y 36 del Código Civil), la Legislación de asociaciones (art. 1. 2º y 4º de la Ley Orgánica que regula el Derecho de Asociación), así como un importante sector doctrinal continúan haciendo descansar sobre el ánimo de lucro la distinción entre sociedad y asociación y confirmando su inherencia al concepto de sociedad.”*³¹

De esta forma, si bien podrían constituirse estructuras societarias para cumplir con las obligaciones y objetivos de la Ley REP (pues no está prohibido expresamente en la ley chilena, como tampoco lo está en la legislación española), es razonable adoptar una figura jurídica diferente a la sociedad que pueda dar cabida a los sistemas de gestión, para no exponerlas a un juicio posterior de falta de elementos esenciales, falta de causa, abuso del derecho y, hasta, de legitimidad.

³¹ (PÉREZ, 2004), P.89.



1.2 Las cooperativas tampoco se ajustarían a lo establecido en la Ley REP por estar basadas en la “ayuda mutua” y distribución de excedentes

En relación con la forma asociativa que podrían adoptar los sistemas colectivos de gestión de residuos, se ha sostenido que éstas también podrían ser cooperativas. Al efecto, cabe tener presente que, según su propia ley, las cooperativas están fundadas en el “*principio de la ayuda mutua*” y “*tienen por objeto mejorar las condiciones de vida de sus socios*”³². Como se advierte, desde el inicio existe falta de coherencia y concordancia entre los objetivos de la Ley REP y aquellos que dan fundamento a las cooperativas.

En efecto, si bien la Ley REP busca promover la asociatividad para poder alcanzar, mediante un sistema integrado, la asunción de los impactos ambientales a través de la responsabilidad extendida del productor (lo que se logra a través de un sistema coordinado que confiera economías de escala), ese “interés común” de los productores de productos prioritarios es bastante más limitado, en general, que los objetivos de “*ayuda mutua*” y de “*mejorar las condiciones de vida de sus socios*” que persiguen las cooperativas. O, al menos, no pareciera ser el caso de los grandes productores de productos prioritarios. Esta diferencia de motivos es importante dado que se manifiesta en una serie de prácticas propias de las cooperativas, y que puede resultar ajenos a un sistema colectivo de gestión de residuos integrado por grandes productores de productos prioritarios.

Solamente, a modo de ejemplo, cabe señalar que el principio “*de ayuda mutua*” que inspira las cooperativas se manifiesta en un riguroso sistema democrático interno que confiere “un voto” a cada uno de los socios, independientemente de su tamaño (“tamaño” entendido como el porcentaje de participación que representa en la Cooperativa). Ese principio puede resultar inadecuado en un sistema colectivo de gestión de residuos en el que pueden convivir productores de muy distinto tamaño, y donde deben someterse a votación inversiones y decisiones estratégicas en los cuales parece razonable, *a priori*, que los productores tengan derecho a voto en la proporción a las responsabilidades y contribuciones que detentan. Y el espíritu de la Ley REP parece apuntar a lo mismo, toda vez que³³:

- a. Establece como “criterio objetivo” en la determinación de la responsabilidad financiera de los productores asociados - en cuanto a los costos del sistema de gestión – *la cantidad de productos comercializados en el país* y la composición o diseño de tales productos.
- b. En cuanto a la responsabilidad de los asociados ante el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor, señala que cada productor responderá ante el sistema colectivo que integre, *en proporción a las metas que le apliquen*.

³² (DFL 5, 2003), artículo 1.

³³ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 20.



En segundo lugar, conviene también tener presente que, según se dispone en la Ley General de Cooperativas, es de la naturaleza de las cooperativas distribuir excedentes. En efecto, si bien el motivo principal de la cooperativa no es la generación de excedentes, puesto que es la ayuda mutua y la mejora de la calidad de vida antes señalada, no es menos cierto que el artículo 1 de su ley señala que las cooperativas, dentro de sus características fundamentales, “*deben distribuir el excedente correspondiente a operaciones con sus socios, a prorrata de aquéllas*”³⁴. Nuevamente, existe otra diferencia con los objetivos de la ley REP, la que establece – como se ha mencionado – que las organizaciones que acojan los sistemas de gestión colectivos no pueden distribuir utilidades.

De esta forma, si bien hay ciertas semejanzas entre las cooperativas y los objetivos de un sistema colectivo de gestión de residuos, como es la inclusión y la consecución de fines comunes, hay notas diversas, como la *ayuda mutua*, el rol comunitario o el reparto de excedentes, todos los cuales revelan una causa diversa entre sistemas colectivos de gestión y las cooperativas y que puede generar, a la larga, inconvenientes en el uso de esta forma jurídica, como ocurre con el principio de “un voto por persona” ya mencionado.

Por ello, tampoco parece conveniente utilizar la forma de una cooperativa, al menos para los grandes productores. No se descarta que, eventualmente, para pequeños productores en ciertas zonas geográficas – o para otros actores del sistema, como los recicladores de base – se puede establecer una cooperativa siempre y cuando estén presentes los principios de ayuda mutua y de mejora de la calidad de vida de sus miembros, abrazando el principio de un voto por miembro, con todo lo que ello implica.

1.3 La prohibición de la Ley REP de considerar los sistemas de gestión como de “interés público” para efectos de la Ley 20.500

La prohibición de la Ley REP de considerar los sistemas de gestión como de “interés público” para efectos de la Ley 20.500 revela que tales sistemas colectivos deben ser asociaciones sin

³⁴ Para una visión más completa sobre las diferencias entre los objetivos buscados por las cooperativas y las organizaciones que amparen los sistemas colectivos de gestión de residuos, reproducimos a continuación el artículo 1 de la Ley de Cooperativas:

Artículo 1º: Para los fines de la presente ley son cooperativas las asociaciones que de conformidad con el principio de la ayuda mutua tienen por objeto mejorar las condiciones de vida de sus socios y presentan las siguientes características fundamentales:

Los socios tienen iguales derechos y obligaciones, un solo voto por persona y su ingreso y retiro es voluntario.

Deben distribuir el excedente correspondiente a operaciones con sus socios, a prorrata de aquéllas.

Deben observar neutralidad política y religiosa, desarrollar actividades de educación cooperativa y procurar establecer entre ellas relaciones federativas e intercooperativas.

Deben también tender a la inclusión, como asimismo, valorar la diversidad y promover la igualdad de derechos entre sus asociadas y asociados. (DFL 5, 2003)



finés de lucro. En efecto – como se dijo – la Ley 20.500 se refiere únicamente a asociaciones y corporaciones sin fines de lucro. Por tanto, la única razón por la que la Ley REP debió excluir expresamente a las organizaciones de los sistemas colectivos de gestión del ámbito de participación pública de la Ley 20.500, es porque se le podría haber aplicado dicha ley en cuanto asociaciones sin fines de lucro.

Dicho de otra manera, si hubiese existido la posibilidad de considerar a los sistemas colectivos de gestión de residuos como sociedades mercantiles, cualquiera que sea su forma, hubiese sido del todo innecesaria la referencia y prohibición de detentar el “interés público” para los efectos de la Ley 20.500.

1.4 Sobre la conveniencia de un sistema de gestión “*for profit*” o “*not-for profits*”

Existe amplia literatura económica que debate en torno a la conveniencia que los sistemas colectivos de gestión sean “*for profit*” o “*not-for profit*”. Si bien la ley chilena se inclina un sistema sin fines de lucro – que no distribuya utilidades, según se expuso – es conveniente atender a esta discusión para identificar potenciales debilidades y fortalezas del sistema.

Así, la OCDE³⁵ señala como riesgo de un sistema *non-profit* que (i) pueden tener altos costos administrativos o (ii) salarios “inflados”, toda vez que no existiría control de los accionistas. Sin embargo, de contrario, se aducen como elementos positivos de estos sistemas sin fines de lucro, entre otros, (i) que evitan la discriminación a usuarios que no sean miembros del sistemas colectivos de gestión; (ii) evitan tratamientos preferenciales por volúmenes o valoración que puede afectar el sistema; (iii) evitan la creación de barreras de entrada a pequeños productores que no incrementan los beneficios en forma relevante; (iv) pueden servir de mejor manera fines educativos o sistemas de prevención, que no generen ingresos³⁶.

³⁵ (OECD, 2016), P.65.

³⁶ En el caso colombiano se ha conformado una asociación denominada “Compromiso Empresarial para el Reciclaje – Colombia” la que, como señalan expresamente sus estatutos “*es una Asociación de derecho privado sin ánimo de lucro, por lo que se abstendrá de repartir utilidades entre sus asociados*”. Al efecto hacemos presente que, si bien en Colombia aún no existe una legislación de responsabilidad extendida del productor y que, por tanto, esta asociación no se trata de un sistema de gestión colectivo, sino más bien de un esfuerzo privado por promover economía circular, valoración de residuos y reciclaje, es probable que se dicte prontamente una ley debido al reciente ingreso de Colombia a la OCDE. Sin perjuicio de la salvedad realizada, cabe considerar que los estatutos de esta asociación explicitan el motivo de la privación del ánimo de lucro, lo que reproducimos por su relevancia en el debate nacional:

“La naturaleza jurídica, el objeto de esta Asociación y la voluntad de sus constituyentes, no permiten la existencia de ánimo de lucro a favor de sus aportantes, lo cual no impide que la Asociación realice todos los actos y contratos necesarios para desarrollar su objeto social, cualquiera sea su naturaleza. En consecuencia, si bien la Asociación nunca repartirá dividendos entre sus aportantes o cualquier otra persona, ella sí podrá comercializar sus productos, realizar inversiones de sus excedentes, y en general, realizar todos aquellos actos que, sin desvirtuar su naturaleza, le permitan conseguir recursos para ser invertidos en el desarrollo de su objeto social”.



Además, si bien no tienen accionistas, sí tienen miembros – productores – que deben velar por la adecuada administración de la organización de manera que se generen excedentes y que éstos sean reinvertidos en la eficiencia del sistema.

En relación con los temas de libre competencia, hacemos presente que no se advierte mayor diferencia en cuanto a la posibilidad de infringir la ley en ambos sistemas (con o sin fines de lucro) y, por lo tanto, ambos serán objetos de tutela por los organismos competentes, según se verá más adelante. Sin embargo, un sistema “*for-profit*” genera mayores incentivos a capturar rentas monopólicas o abusar de una posición dominante, pues dichos “beneficios” pueden ser repartidos entre los accionistas, lo que implica necesariamente la existencia de mayores resguardos.

2. De las fundaciones y corporaciones bajo la regulación del derecho común

Como hemos mencionado al inicio de este capítulo, una interpretación que atienda a la finalidad buscada por la Ley REP, manifestada en su artículo 20, sugiere que las organizaciones que deban formarse para acoger los sistemas colectivos de gestión de residuos sean corporaciones – también llamadas “asociaciones de derecho privado” – sin fines de lucro – pues no le es posible distribuir utilidades entre sus asociados – y, además, con un fin exclusivo: la gestión de los residuos de los productos prioritarios.

Antes de analizar las particularidades de las organizaciones en que deben constituirse los sistemas colectivos de gestión de residuos conforme la Ley REP, cabe referirse a las normas del Título XXXIII del Código Civil que regula las personas jurídicas de derecho privado. Al efecto, el Código Civil define en su artículo 545 a las personas jurídicas como “*una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*”. Luego, agrega, “*Una asociación se forma por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados. Una fundación, mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general*” (énfasis agregado).

Al respecto, el artículo 557-2 agrega que “*Las asociaciones y fundaciones podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines. Asimismo, podrán invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración.*

Las rentas que se perciban de esas actividades sólo deberán destinarse a los fines de la asociación o fundación o a incrementar su patrimonial” (énfasis agregado).

Como se observa, la organización constituida en Colombia tiene objetivos y motivaciones similares a los que busca la Ley REP con los sistemas colectivos de gestión, siendo en ambos casos la no distribución de “*utilidades entre sus asociados*” un elemento característico y distintivo de las organizaciones sin fines de lucro.



Como se desprende del artículo citado, si bien no está permitido a las corporaciones y fundaciones distribuir utilidades o excedentes de sus ejercicios, eso no les inhibe de participar en actividades económicas que generen rentas, las que deberán ser destinadas a los fines de ésta, o a incrementar su patrimonio.

El hecho que las asociaciones puedan realizar actividades económicas y tener excedentes, mas no distribuir sus utilidades, es plenamente consecuente con los objetivos de la Ley REP de buscar eficiencias en el sistema que impliquen menores costos para los consumidores, lo que se lograría si el sistema reinvierte sus excedentes en mejoras permanentes al sistema, en educación o tecnologías, en vez de repartir los beneficios o excedentes a sus socios.

3. ¿Corporaciones o fundaciones para los sistemas colectivos de gestión de residuos?

En relación a la distinción entre fundaciones o corporaciones (también llamadas “asociaciones”) de derecho privado, el artículo 545 del Código Civil señala que, “*una asociación se forma por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados*”, lo que es coincidente con la necesidad e interés de los productores de productos prioritarios por constituir un sistemas de gestión colectivo de residuos que les permita alcanzar las metas de reciclaje que determinará la autoridad en los respectivos decretos.

Por el contrario, y a diferencia del “interés común” que debe existir en los miembros de una corporación, en lo que se refiere a las fundaciones, el Código Civil señala que ésta se forma “*mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general*” como es el caso, por ejemplo, de un terreno destinado a albergar un colegio, o un monto de dinero que deba ser distribuido en apoyo a la primera infancia (que es lo propio de las fundaciones).

Pues bien, considerando los objetivos y forma de los sistemas colectivos de gestión donde, en principio, no existe “*un patrimonio sujeto a afectación*” sino que, más bien, bajo la Ley REP existe la necesidad de ciertos actores de organizarse en torno a “un objetivo común”, como es la gestión colectiva de los residuos que resultan de sus actividades empresariales, es la “asociación” o “corporación de derecho privado”³⁷ la forma jurídica que mejor calza con lo que dispone la Ley REP, puesto que implica un interés común de los asociados para el desarrollo de una actividad, sin que exista ánimo de lucro ni distribución de utilidades³⁸.

³⁷ Con la dictación de la ley 20.500, en el año 2011, se utiliza el concepto de “asociación” para las corporaciones de derecho privado, por lo que en adelante se utilizará dicha terminología.

³⁸ A lo anterior se agrega el argumento que, en las corporaciones, es la asamblea el órgano que detenta la voluntad de la organización, de acuerdo al artículo 550 del Código Civil. Por el contrario, en las fundaciones, todas las decisiones recaen en su directorio, el cual actúa de acuerdo a la voluntad del fundador.



4. Aspectos particulares de las asociaciones de gestión de residuos bajo la Ley REP

Ahora bien, conforme las normas especiales de la Ley REP, analizados en conjunto con las normas del derecho común antes mencionadas, cabe hacer presente algunos aspectos especiales de las asociaciones que amparen los sistemas colectivos de gestión de residuos – aspectos que se analizarán en detalle en el capítulo siguiente – tales como:

- a) que estas asociaciones deben tener como fin exclusivo la gestión de los residuos de los productos prioritarios, lo que significa que su objeto está limitado a las definiciones del artículo 3 de la Ley REP que define “gestión” y “residuos”;
- b) que no pueden ser “de interés público” para los efectos de la ley N° 20.500;
- c) que deberán estar integradas exclusivamente por productores del producto prioritario;
- d) que requieren autorizaciones especiales para funcionar de diversas autoridades, incluyendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC);
- e) que pueden pagar una remuneración a sus directores;
- f) que no pueden distribuir utilidades entre sus asociados;
- g) que el destino de sus bienes a su disolución está determinado por la Ley, lo que constituye una excepción a la norma común establecida por el Código Civil.



Capítulo tercero: gobernanza de las asociaciones de gestión de residuos de envases y embalajes

Según se indicó, el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil se refiere a las formalidades y elementos esenciales de las asociaciones o corporaciones, a lo que debe agregarse los preceptos y principios de la Ley REP con la finalidad de definir las normas que regularán el actuar de las asociaciones de gestión de residuos de envases y embalajes.

Por ello, a continuación, se enuncian aquellos aspectos que son relevantes y tienen incidencia en la gobernanza de las organizaciones que acojan los sistemas colectivos de gestión de residuos, así como a posibles elementos particulares de la Ley REP frente a la ley común, para lo cual se analizará: (i) quiénes pueden integrar un sistema de gestión colectivo; (ii) el objeto que puede tener la asociación; (iii) los requisitos generales que deben tener los estatutos de la asociación; (iv) las autorizaciones especiales que deben conseguir para poder operar; (v) los aspectos centrales de los órganos de gobierno de la asociación, incluyendo la asamblea de asociados y el directorio; (vi) la posibilidad de remunerar al directorio, sus atribuciones y deberes principales; (vii) las condiciones que deben establecerse para permitir el ingreso objetivo de nuevos asociados; (viii) las condiciones necesarias para permitir una participación equitativa que todos los asociados; (ix) algunos aspectos generales del sistema de cumplimiento; y (x) una mención a la norma especial respecto del destino que se puede dar a los bienes de la asociación, una vez que se produzca su extinción o disolución.

1. Los sistemas colectivos de gestión deben estar integrados “exclusivamente” por productores del producto prioritario

Según se ha indicado, el artículo 20 de la ley REP es específico en señalar que los sistemas colectivos de gestión *“deberán estar integrados exclusivamente por productores, salvo que el respectivo decreto supremo permita la integración de distribuidores u otros actores relevantes”*. Para el caso de envases y embalajes (en adelante, “EyE”), esto presenta las siguientes implicancias:

1.1 Los sistemas de gestión colectivos estarán integrados, como regla general, exclusivamente por productores de EyE

Considerando lo dispuesto en el artículo 3 número 21 de la Ley REP, que define a los *“Productores Prioritarios”*³⁹, así como la Resolución Exenta Número 409 del Ministerio del

³⁹ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 3 número 21: se consideran Productores Prioritarios, independiente de la técnica de comercialización, a quien (i) enajena un producto prioritario por primera vez en el mercado nacional; (ii) enajena bajo marca propia un producto prioritario adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor; o (iii) importa un producto prioritario para su propio uso profesional.



Medio Ambiente⁴⁰, en el caso de EyE, el productor sería aquel que introduce en el mercado⁴¹ el bien de consumo envasado o embalado. Es decir, quienes:

- a) enajenen un bien envasado o embalado por primera vez en el mercado nacional;
- b) enajenen bajo marca propia un bien envasado o embalado adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor;
- c) importen un bien envasado o embalado para su propio uso profesional.

La excepción a la regla general enunciada la constituye la autorización – vía decreto supremo⁴² – de la introducción de otros actores relevantes al sistema de gestión, distintos de los productores que introducen en el mercado el bien de consumo envasado o embalado, como los distribuidores. A este respecto, y de acuerdo al informe elaborado por la consultora Eco-Ing al Ministerio del Medio Ambiente⁴³, no existiría evidencia suficiente ni experiencia comparada que justifique la introducción de actores distintos a los productores dentro de un sistema colectivo de gestión. Por lo demás, la postura del Ministerio del Medio Ambiente pareciera ser la misma, toda vez que mediante la Resolución Exenta Número 897 recientemente publicada, la cual aprueba el anteproyecto de decreto supremo que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de neumáticos, ha establecido que “*los sistemas de gestión deberán estar integrados **exclusivamente por productores***”⁴⁴ (énfasis agregado).

Cabe destacar que la introducción de otros actores a los sistemas de gestión, distintos de los productores, conlleva un riesgo por cuanto en el artículo 20 de la Ley REP únicamente se regula la participación de los productores, no existiendo desarrollo alguno respecto a qué sucedería si otros actores participaran del sistema.

Sin perjuicio de lo anterior, y para el evento improbable que el decreto supremo de metas de EyE permita la incorporación a actores diversos de los productores antes referidos dentro de un sistema colectivo de gestión – como podrían ser distribuidores y comercializadores –, el decreto debiera establecer requisitos que se orienten a regular el uso de información sensible y relevante entre ellos, toda vez que este sería uno de los principales obstáculos para incluir a estos actores relevantes en un mismo sistema de gestión.

⁴⁰ (MMA 409, 2018).

⁴¹ La Resolución Exenta N° 0409 del Ministerio del Medio Ambiente señala lo que se debe entender como “mercado”, estableciendo que se trata *del conjunto de operaciones comerciales que afectan a un determinado sector, por lo que la introducción al mismo no exige, en ningún caso, que el producto sea puesto a disposición de un consumidor final*. Asimismo, enfatiza que se es productor de EyE con independencia de si la enajenación o la importación de dichos productos se hizo específicamente respecto de ellos, o si los productos prioritarios formaban parte integrante de otro bien o producto.

⁴² Cada vez que se mencione “decreto supremo”, debe entenderse como aquél que según la Ley REP, establecerá las metas y otras obligaciones asociadas de cada producto prioritario.

⁴³ (ECO-ING, 2017), P.36.

⁴⁴ (MMA 897, 2018), artículo 9.



1.2 El decreto supremo determinará los productores a los que les será aplicable la responsabilidad extendida del productor

Conforme lo dispone la Ley REP⁴⁵, el decreto supremo respectivo determinará los productores a los que les será aplicable la responsabilidad extendida del productor, previa consideración de la condición de micro, pequeña o mediana empresa del productor, según lo dispuesto en la ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño (Ley 20.416). Se establecería, de esta manera, un criterio de diferenciación entre los productores - en función a su tamaño- para determinar su responsabilidad extendida. Esta determinación es relevante para establecer quiénes podrán formar un sistema colectivo de gestión de residuos y, según se verá, quién puede solicitar ser incorporado en el sistema colectivo de gestión en base a condiciones objetivas y no discriminatorias.

Al final de este capítulo se analizan las condiciones que se deben establecer para asegurar el acceso posterior a productores del producto prioritario, con condiciones objetivas y que no constituyan barreras a la entrada.

1.3 Los constituyentes o “fundadores”⁴⁶ y socios de la asociación

Conforme al artículo 548-1 del Código Civil, en el acto constitutivo de la asociación (que debe constar en escritura pública o privada suscrita ante notario, oficial del Registro Civil o funcionario municipal), además de individualizarse a quienes comparezcan otorgándolo, se expresará la voluntad de constituir una persona jurídica, se aprobarán sus estatutos y se designarán a las autoridades inicialmente encargadas de dirigirla⁴⁷.

Serán, entonces, los que constituyan la asociación los encargados de:

- a) elegir su primer directorio, el cual en su primera sesión designará a su presidente, secretario y tesorero, de entre sus miembros⁴⁸;
- b) determinar las bases de cómo funcionará la asociación (sus estatutos), la que una vez operativa, manifestará su voluntad a través de la asamblea general.

Estos son, en consecuencia, las principales facultades que diferencien a un socio fundador de otro que ingrese con posterioridad, por cuanto una vez que la asociación ya esté vigente, la voluntad de la asociación corresponderá a la asamblea general y, su administración, al directorio. Por lo tanto, aquellos socios que la constituyeron pasarán a tener los derechos y obligaciones que, según los estatutos y la Ley REP, les correspondan.

⁴⁵ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 3 número 21.

⁴⁶ Cabe destacar que, en este punto, hemos utilizado el vocablo “fundadores” como sinónimo de constituyentes, y no en su sentido jurídico y común relacionado con las fundaciones.

⁴⁷ (CÓDIGO CIVIL), artículo 548-1.

⁴⁸ (REGLAMENTO, 1979), artículo 11.



Sin perjuicio de lo anterior, cabe considerar la posibilidad que ciertos productores puedan “incorporarse” a un sistema de gestión a través de contratos destinados a permitirles asumir las metas legales, sin tener que formar parte de la asociación en forma permanente. Al respecto, el concepto de “incorporación” utilizado por la Ley REP en su artículo 20 parece excluir esta hipótesis ya que se refiere a que los productores que deseen asumir “*el cumplimiento de sus obligaciones de manera colectiva, deberán hacerlo mediante la constitución o incorporación a una persona jurídica...*” (énfasis agregado), lo que implica que deben “agregarse a otras personas para formar un cuerpo”⁴⁹ esto es, pasando a ser miembro activo de la asociación⁵⁰. En definitiva, la Ley REP no considera expresamente un sistema de contratación que le permita a terceros ajenos al sistema de gestión el “incorporarse” para cumplir sus metas, sin perjuicio que el decreto supremo de metas pueda considerarlo.

2. La gestión de los residuos de los productos prioritarios como fin exclusivo de estas organizaciones

La Ley REP ha dispuesto que estas organizaciones deben tener “objeto exclusivo”, limitando su finalidad únicamente a la “gestión” de “residuos”, lo que debe interpretarse conforme las definiciones que de dichos conceptos da la propia Ley REP en su artículo 3, en cuyo número 11 define: “*Gestión: Operaciones de manejo y otras acciones de política, de planificación, normativas, administrativas, financieras, organizativas, educativas, de evaluación, de seguimiento y fiscalización, referidas a residuos.*” Por su parte, el artículo 3 número 25 define: “*Residuo: Sustancia u objeto que su generador desecha o tiene la intención u obligación de desechar de acuerdo a la normativa vigente.*”

Lo anterior significa que el ámbito de acción de las asociaciones de gestión de residuos está limitado a la gestión, manejo, planificación financiera y organizativa, así como a la realización de actividades educativas, de evaluación, de seguimiento y fiscalización de las metas de reciclaje de los envases y embalajes que les corresponda.

⁴⁹ (RAE, 2017). Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=LJZZNZJ>

⁵⁰ En esta misma línea interpretativa, la legislación chilena tiene manifestaciones. Por ejemplo, el Código Civil, en su título XXVIII “De la Sociedad”, establece en el artículo 2088 que “*Ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios...*” o cuando se establece en el artículo 548-2 del Código Civil, a propósito del contenido de los estatutos de las Personas Jurídicas, que “*Los estatutos de toda asociación deberán determinar los derechos y obligaciones de los asociados, las condiciones de incorporación y la forma y motivos de exclusión*” (énfasis agregado). Es decir, se utilizan en ambos casos las palabras “incorporar” e “incorporación” en alusión a los que forman parte de la sociedad y la persona jurídica, como “socio” y “asociado”.



2.1 Las asociaciones de los sistemas de gestión no clasifican como de “interés público” para efectos de la Ley 20.500

El artículo 20 de la Ley REP señala, con respecto a estas organizaciones, que “*en ningún caso se entenderá como organización de interés público para los efectos de la ley N 20.500*”. Al efecto, la Ley 20.500 “Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública” regula las personas jurídicas sin fines de lucro y su participación ciudadana en la gestión pública, distinguiendo aquellas asociaciones que, considerando su interés público, pueden participar de una serie de instancias públicas.

Al efecto la Ley 20.500 en su Título II, párrafo 1, se refiere a las organizaciones “de interés público”⁵¹ las que pueden participar en una serie de instancias de generación de política pública debido a los objetivos y representaciones que detentan⁵². Al excluir la Ley REP expresamente a los sistemas colectivos de gestión del ámbito de la Ley 20.500, les inhabilita de participar en el Consejo Nacional del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de interés público, así como de las otras instancias de participación que establecen la ley y otras normas particulares.⁵³

3. Requisitos generales de los estatutos de una asociación de gestión de residuos

El artículo 548-2 del Código Civil establece los requisitos que deben contener los estatutos de las asociaciones, los que se aplican supletoriamente como requisitos generales, pudiendo siempre una ley especial – como es la Ley REP – modificar o exigir nuevos elementos para ciertas asociaciones particulares. A continuación se mencionan tales requisitos generales, haciendo mención de las normas especiales que le son aplicables.

⁵¹ (LEY N° 20.500, 2011), Artículo 15. *Son organizaciones de interés público, para efectos de la presente ley y los demás que establezcan leyes especiales, aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado, y que estén inscritas en el Catastro que establece el artículo siguiente.*

⁵² Ejemplos de estas organizaciones son aquellas constituidas conforme a la Ley 19.418 (juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias) y las de la Ley 19.253 (sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena).

⁵³ Si bien no es claro el motivo por el que se excluye a los sistemas de colectivos de gestión de residuos de ciertas instancias de participación política, a la que sí pueden acceder las juntas de vecinos o comunidades indígenas, podría deberse a que estas asociaciones estarán integradas por productores de productos prioritarios, es decir, en la mayoría de los casos grandes empresas que no tendrían las condiciones para acceder a fondos públicos de participación ciudadana u a otras instancias. Es decir, las acepta como organizaciones sin fines de lucro, pero limita su actuar.



- a) El nombre y domicilio de la persona jurídica. Aunque la ley no lo dice, es conveniente que se identifique en el nombre que se trata de asociaciones de gestión colectiva de residuos,
- b) La duración, cuando no se la constituya por tiempo indefinido,
- c) La indicación de los fines a que está destinada. Al efecto, como se indicó, estas asociaciones deben tener como objeto exclusivo la gestión de residuos,
- d) Los bienes que forman su patrimonio inicial, si los hubiere, y la forma en que se aporten,
- e) Las disposiciones que establezcan sus órganos de administración, cómo serán integrados y las atribuciones que les correspondan. Como se expone, las asociaciones cuentan con una asamblea de asociados y con un directorio que tiene a cargo la administración de la asociación. Estos órganos y sus atribuciones son regulados por la legislación común, la cual por regla general permite – producto de la autonomía de la voluntad – modificarlas. Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertas materias que los constituyentes no pueden modificar⁵⁴,
- f) Las disposiciones relativas a la reforma de estatutos y a la extinción de la persona jurídica, indicándose la institución sin fines de lucro a la cual pasarán sus bienes en este último evento. En cuanto a la reforma de estatutos, los constituyentes pueden establecer las reglas que estimen, siempre y cuando cumplan con los principios de la Ley REP. Al efecto, parece adecuado establecer un sistema similar al de las sociedades, en cuanto a que se establezcan quórum especiales dependiendo de la modificación estatutaria de que se trate. Además, resulta relevante determinar quiénes serán aquellos que podrán decidir las modificaciones de estatutos, pudiendo ser los constituyentes o los miembros activos del sistema a través de una asamblea de asociados, en los términos antes indicados.

Sobre el destino de los bienes en caso de la extinción de la persona jurídica, la Ley REP establece que solo se pueden destinar a otro sistema de gestión o distribuirse entre sus asociados, lo que es una excepción a la regla general establecida en el artículo 561 del Código Civil, según analizaremos en el punto número 10 de este capítulo.

Finalmente, consecuentemente con lo expuesto, el Código Civil establece que “*Los estatutos de toda asociación deberán determinar los derechos y obligaciones de los asociados, las condiciones de incorporación y la forma y motivos de exclusión*”⁵⁵. Al efecto cabe agregar que, así como el sistema de incorporación de nuevos asociados debe obedecer a parámetros objetivos que deben ser aprobados por el TDLC, según se analizará, el sistema de exclusión

⁵⁴ Cabe destacar que una excepción a la autonomía de la voluntad en cuanto a los estatutos de las corporaciones, corresponde a la señalada en el artículo 9 del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones, cuales son: (i) que el Presidente del directorio lo será también de la corporación y la representará judicial y extrajudicialmente; (ii) no podrá citarse en el mismo aviso para una segunda reunión de la Asamblea General, cuando por falta de quórum no se lleve a efecto la primera; (iii) sólo por los dos tercios de los asistentes a la Asamblea, podrá acordarse la disolución de la corporación o la modificación de sus estatutos.

⁵⁵ (CÓDIGO CIVIL), artículo 548-2.



de estos también debe obedecer a normas y procedimientos objetivos y que, además, respeten garantías del debido proceso y otras normas constitucionales.

4. Autorizaciones especiales y registro de los sistemas colectivos de gestión

El Código Civil establece en su artículo 548 que los estatutos de las asociaciones o fundaciones deberán constar “*en escritura pública o privada suscrita ante notario, oficial del Registro Civil o funcionario municipal autorizado por el alcalde*”. Asimismo, el mismo artículo agrega que, para efectos de su autorización, deberán presentar su acto constitutivo a la municipalidad correspondiente, la que luego lo remitirá al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción en el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin fines de lucro.

La Ley REP, por su parte, establece en su artículo 26 que los sistemas colectivos de gestión serán *autorizados* por el Ministerio de Medio Ambiente mediante la presentación de un “plan de gestión” ante el Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, el cual tendrá por objeto dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la ley y que tendrá una vigencia de cinco años. Al efecto, el citado artículo de la Ley REP determina el contenido mínimo de dicho plan y señala que el TDLC debe emitir un informe que declare que las reglas y procedimientos de incorporación de nuevos asociados del sistema colectivo de gestión de residuos, garantizan el respeto a las normas para la defensa de la libre competencia⁵⁶.

En definitiva, la Ley REP ha dejado a la potestad reglamentaria del Ministerio del Medio Ambiente los requisitos y criterios específicos para la autorización de los sistemas colectivos de gestión, estableciendo solo un criterio general: “*El Ministerio autorizará aquellos planes que garanticen de forma razonable su eficacia para dar cumplimiento a las obligaciones de la Ley REP*”⁵⁷, considerando como aspecto relevante y determinante el informe del TDLC.

5. Aspectos generales de los órganos de gobierno de las asociaciones de acuerdo a la legislación común

De acuerdo con el Código Civil, las asociaciones cuentan con dos órganos de gobernanza: la asamblea y el directorio, lo que detentan las atribuciones y deberes que se pasan a analizar.

5.1 La asamblea general de la asociación

⁵⁶ Este requisito especial de funcionamiento presenta una serie de dificultades, como el no haberse establecido en la ley mediante qué proceso el TDLC debiera conceder dichas autorizaciones (contencioso o no contencioso).

⁵⁷ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 26.



De acuerdo con el artículo 550 del Código Civil, “*La mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos voto deliberativo*⁵⁸, será considerada como una asamblea o reunión legal de la corporación entera.

La asamblea se reunirá ordinariamente una vez al año, y extraordinariamente cuando lo exijan las necesidades de la asociación.

La voluntad de la mayoría de la asamblea es la voluntad de la corporación. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto.”

Como se observa, la asamblea es el órgano que expresa la voluntad de la asociación, a la cual le corresponde, principalmente:

- a. reunirse ordinariamente una vez al año, y extraordinariamente cuando lo exijan las necesidades de la asociación⁵⁹;
- b. designar a los auditores externos independientes, cuando corresponda;
- c. aprobar anualmente el balance de la asociación⁶⁰;
- d. acordar sobre cualquier modificación a los estatutos de la asociación⁶¹;
- e. acordar la disolución de la asociación o la fusión con otra asociación (en tal caso, la ley exige un quórum de dos tercios de los asistentes)⁶²;
- f. designar a los miembros del directorio⁶³.

5.2 El directorio de la asociación

El artículo 551 del Código Civil dispone que “*La dirección y administración de una asociación recaerá en un directorio de al menos tres miembros, cuyo mandato podrá extenderse hasta por cinco años*”.

Respecto a sus atribuciones y deberes, el directorio:

- a. dirigirá la corporación y administrará sus bienes;
- b. citará a la asamblea general ordinaria, y a las extraordinarias cuando sean necesarias o lo soliciten por escrito la tercera parte de los miembros de la corporación, indicando el objeto;

⁵⁸ Es decir, la ley faculta para que las asociaciones establezcan categorías o clases de socios en función a su poder deliberativo. Ello podría resultar de mucha utilidad para los efectos de realizar una diferenciación respecto de productores transitorios, por ejemplo, por cuanto su participación itinerante los sitúa en una condición distinta de los demás productores

⁵⁹ (CÓDIGO CIVIL), artículo 550.

⁶⁰ Ídem, artículo 557-1.

⁶¹ Ídem, artículo 558.

⁶² Ídem, artículo 558 y 559.

⁶³ (REGLAMENTO, 1979), artículo 10.



- c. someterá a la aprobación de la Asamblea General los reglamentos que sea necesario dictar para el funcionamiento de la corporación y todos aquellos asuntos y negocios que estime necesarios;
- d. cumplirá los acuerdos de las asambleas generales, y
- e. rendirá cuenta por escrito ante la asamblea general ordinaria correspondiente de la inversión de los fondos y de la marcha de la corporación durante el período en que ejerza sus funciones⁶⁴.

El presidente del directorio lo será también de la asociación, la representará judicial y extrajudicialmente y tendrá las demás atribuciones que los estatutos señalen.⁶⁵ Asimismo, le corresponde presidir las asambleas generales de la asociación⁶⁶.

5.3 Pago de remuneraciones al directorio en una organización sin fines de lucro: Ley REP como excepción a la norma general

La Ley REP, en cuanto norma especial que regula la responsabilidad extendida del productor, ha modificado un aspecto de la naturaleza de las corporaciones y fundaciones, como es la remuneración del directorio, de tal forma de permitir que los sistemas colectivos de gestión remuneren a sus directores.

En efecto, si bien la norma general contenida en el Código Civil es que los directores de corporaciones y fundaciones no pueden ser remunerados, al menos por su rol como directores (pues sí pueden serlo por otros servicios que presten a la organización), la Ley REP establece una excepción que busca introducir profesionalismo (y, por ello, remuneración) a sus directorios.

A este respecto, como se señaló, si bien el artículo 551 del Código Civil señala que *“los directores ejercerán su cargo gratuitamente”*⁶⁷, dicha disposición no es prohibitiva, en cuanto permite excepciones, ya sea por servicios distintos a los del cargo de director⁶⁸, o bien si se trata de organizaciones sin fines de lucro reguladas en leyes especiales, como sería el caso de los sistemas colectivos de gestión de residuos.

⁶⁴ (REGLAMENTO, 1979), artículo 14.

⁶⁵ (CÓDIGO CIVIL) artículo 551.

⁶⁶ (REGLAMENTO, 1979), artículo 19.

⁶⁷ Sin perjuicio de ello, agrega la Ley que *“tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos, autorizados por el directorio, que justificaren haber efectuado en el ejercicio de su función”*.

⁶⁸ El inciso segundo del artículo en comento señala que *“salvo que los estatutos dispusieren lo contrario, el directorio podrá fijar una retribución adecuada a aquellos directores que presten a la organización servicios distintos de sus funciones como directores.”* A continuación, el artículo agrega que de tales remuneraciones deberá darse cuenta detallada en la asamblea, lo que implica que tales servicios deben ser reales, necesarios para la organización y remunerados a precio de mercado.



A este respecto, la Ley REP señala expresamente que “*sin perjuicio de la normativa aplicable a la persona jurídica que se constituya, los estatutos... podrán establecer una remuneración para sus directores*”⁶⁹. Es decir, la Ley REP constituye, precisamente, una excepción a la norma general en materia de corporaciones y fundaciones, primando como tal al ser ley especial⁷⁰.

5.4 Atribuciones y responsabilidades básicas de los directores de una asociación de gestión de residuos

Conforme dispone el Código Civil, “*la dirección y administración de una asociación recaerá en un directorio de al menos tres miembros, cuyo mandato podrá extenderse hasta por cinco años.*” Para el caso de los sistemas colectivos de gestión, se puede agregar que:

1. Si bien el Código Civil no establece mayores normas que regulen el actuar del directorio, en el caso de los sistemas colectivos de gestión corresponderá al directorio establecer las políticas generales que contengan “*la estrategia para lograr el cumplimiento de las metas y demás obligaciones asociadas en todo el territorio nacional*”, que es una cuestión que debe formar parte de los antecedentes que debe revisar el Ministerio de Medio Ambiente para autorizar el sistema de gestión, conforme artículo 26 letra e) de la Ley REP.
2. Considerando que los sistemas colectivos de gestión de residuos estarán integrados por productores de productos prioritarios que, a su vez, compiten en los mercados relevantes, es muy importante contar con un directorio independiente, para que pueda alcanzar los objetivos de la Ley REP. A lo anterior se suma la gran cantidad de operaciones con partes relacionadas que deberá realizar la asociación, tanto lo que respecta a la valorización de los envases y embalajes, a las bases de licitación de la recolección de residuos, así como a posibles conductas estratégicas que puedan beneficiar o afectar a ciertos productores. Al efecto, se entiende que un director es *independiente* cuando no tiene o no ha tenido en el pasado reciente un vínculo laboral, comercial o de parentesco con los constituyentes o con los miembros activos del sistema de gestión colectivo. Para tales efectos se puede considerar el concepto de “independiente” contenido en el artículo 50 bis de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas.
3. Corresponde al directorio de la asociación el definir la estrategia que debe guiar al sistema para permitir a los productores alcanzar las metas legales. Para ello, deberá adoptar una serie de decisiones basadas en el mejor interés de la asociación, tales como, contratar al gerente general, establecer criterios de las licitaciones del artículo 24 de la Ley REP y otras políticas

⁶⁹ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 20.

⁷⁰ Esta interpretación está amparada en el *Principio de Especialidad de la Ley*, en cuya virtud se establece que la ley especial (Ley REP) prima sobre la ley general (Código Civil), tal como lo señala el mismo Código Civil en su artículo 4 al disponer que “*Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio.... y demás especiales [como la Ley REP], se aplicarán con preferencia a las de este Código*”.



relevantes. Al efecto, y como se señaló anteriormente, los constituyentes en el acto de constitución, o la Asamblea General en forma posterior, pueden establecer las normas que rijan el actuar del directorio con el objeto de establecer un buen gobierno corporativo.

4. Si bien el artículo 551 del Código Civil establece que el directorio debe rendir cuenta a la Asamblea de la inversión de los fondos y de la marcha de la asociación, esto no es suficiente, pues el directorio “*no solo deberá rendir cuentas a la organización y a sus asociados, sino que también está obligado a actuar en interés de los mismos*”⁷¹. Esta obligación es lo que doctrinariamente se conoce como “*deber de lealtad*”, ha sido tratado a propósito de la Ley de Sociedades Anónimas y se traduce en el deber de “*procurar con celo proteger los intereses de la sociedad y de abstenerse de toda acción que pueda perjudicarla*”⁷².

La OCDE ha reconocido la importancia de este deber, en cuanto “*...insta a los consejeros a actuar con toda la información necesaria. Desde el punto de vista de la buena práctica, significa que deben cerciorarse de que la información corporativa fundamental y los sistemas de vigilancia del cumplimiento sean, en lo sustancial, sólidos y que apuntalen la función principal de supervisión del Consejo*”⁷³. Asimismo, agrega que el deber de lealtad tiene una importancia central, pues respalda la aplicación efectiva de otras funciones o deberes relativos, por ejemplo, al tratamiento equitativo de los socios, la supervisión de las operaciones con partes vinculadas y la definición de la política retributiva de los principales ejecutivos y directores⁷⁴.

5. Por otra parte, el artículo 551-2 del Código Civil dispone que, en el ejercicio de sus funciones, la responsabilidad de los directores es solidaria hasta de la culpa leve por los perjuicios que causaren a la asociación. Es decir, deben actuar con aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, de acuerdo con la definición del artículo 44 del Código Civil.

Este “*deber de diligencia*” también ha sido tratado por la doctrina a propósito de la responsabilidad que tienen los directores de las sociedades anónimas en nuestro país, quienes también responden de culpa leve, concluyendo que dicho deber se traduce en participar en el gobierno y dirección superior de manera “*personal e indelegable en la actuación en sala del directorio, sin someterse al arbitrio de un tercero y en el solo interés de la sociedad, estando sujeto a las restricciones generales que les imponen los estatutos, particularmente en lo relativo al objeto social*”⁷⁵.

⁷¹ (OCDE, 2016), P. 51 y 52.

⁷² (CAREY, 1992), P.145.

⁷³ (OCDE, 2016), P. 54.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ (BARROS, 2010), P. 883.



6. Como se ha mencionado anteriormente, el directorio de la asociación debe velar por la estrategia del sistema de gestión, pero también por el trato equitativo de los integrantes. En ese orden de ideas, el directorio debe promover una serie de normas que resguarden el interés de todos los asociados, como la regulación de operaciones con parte relacionadas. Ello, por lo demás, va conforme con los estándares de la OCDE antes citados.

Al efecto se ha señalado que *“las operaciones con partes vinculadas se aprobarán y realizarán de forma que la gestión de los conflictos de intereses sea adecuada y se protejan los intereses de la empresa y sus accionistas”*⁷⁶.

7. Finalmente, también existen ciertos deberes especiales que ya hemos mencionado respecto del manejo de información que el directorio debe considerar, lo que se traduce en una serie de recomendaciones, como, por ejemplo, incluir directores independientes; establecer deberes y prohibiciones respecto del manejo de información; implementar sistemas de resolución de controversias, tanto entre los miembros de la asociación como respecto de los terceros interesados; la contratación de auditores externos, etc.

6. Criterios objetivos para garantizar la incorporación de todo productor del respectivo producto prioritario

Por regla general, una asociación puede ser constituida por todos aquellos que *“tengan un interés común”*, los que serán denominados como *“asociados”*⁷⁷, los que en el caso de los sistemas de gestión deben ser productores de los productos prioritarios, quienes quedan obligados a actuar conforme a las normas que hayan establecido en el acto constitutivo de la asociación. Ahora bien, tratándose de asociaciones para la gestión colectiva de los residuos, acorde al artículo 20 de la Ley REP, existe un deber legal de establecer en los estatutos un conjunto de reglas que garanticen la incorporación de todo productor del respectivo producto prioritario, en función a *“criterios objetivos”*. En consecuencia, todo productor que desee ingresar al sistema de gestión debe ser admitido, bajo parámetros objetivos, lo que considera tanto: los requisitos de admisión; la tarifa que debe pagar por entrar al sistema; las condiciones de permanencia; los derechos que puede ejercer al interior, tanto en lo relativo al acceso a información como a la toma de decisiones; y, hasta, las condiciones bajo las cuales algún productor puede ser de expulsado del sistema.

En lo que se refiere a los criterios de admisión, si bien la Ley REP no ha definido qué se debe entender por *“criterios objetivos”* para el caso de la incorporación, sí ha dado ejemplos para ello en el mismo artículo 20. En efecto, en relación con la responsabilidad en el financiamiento de los costos del sistema colectivo, ha dispuesto que ésta debe determinarse *“en base a criterios objetivos, tales como la cantidad de productos comercializados en el*

⁷⁶ (OCDE, 2016), P. 29.

⁷⁷ (CÓDIGO CIVIL), artículo 545.



país y la composición o diseño de tales productos, de conformidad a los dispuesto en el decreto supremo...”. Y así lo ha confirmado la Resolución Exenta 897 del Ministerio del Medio Ambiente, en su artículo 15⁷⁸.

De acuerdo con lo mencionado, la objetividad de la que deben gozar los criterios de incorporación se refiere a que los requisitos que se exijan deben estar basados en hechos ciertos y conocidos, y que digan relación con los propios requisitos legales y reglamentarios que la Ley REP utiliza, de manera de cumplir de manera armónica con los fines y principios de la Ley, sin que dicha incorporación pueda estar basada en aspectos arbitrarios o subjetivos.

Así, por ejemplo, debe atenerse a la propia definición de “productores” para efecto de determinar los requisitos objetivos que deben determinar su ingreso a un determinado sistema de gestión. Ello implica atender tanto a los términos legales, por cuanto la misma Ley REP ha definido a los “productores prioritarios” –según vimos anteriormente- como también a los aspectos reglamentarios, por cuanto será el decreto supremo respectivo el que podrá determinar:

- a. la introducción de otros actores relevantes al sistema de gestión;
- b. los productores a los cuales se les aplicaría la responsabilidad extendida, en atención a la Ley 20.416 (micro, pequeña o mediana empresa);
- c. las reglas para aquellos que, en cuanto a su contribución de residuos al mercado, deban tener un tratamiento diferenciado para efectos de la tasa y/o cuota de incorporación - como, por ejemplo, los productores ocasionales-; y
- d. las categorías y subcategorías de productos prioritarios en virtud de las cuales se podrían constituir sistemas de gestión distintos⁷⁹.

Además, cabe destacar que las reglas y procedimientos que fijen los estatutos para la incorporación de nuevos asociados serán examinados por la autoridad medioambiental y por el TDLC, según se ha expuesto en el presente capítulo.

Por lo tanto, las reglas o procedimientos para la incorporación de nuevos miembros al sistema colectivo de gestión deben elaborarse con especial atención al principio de libre competencia. Es decir, no deben contener requisitos que puedan constituirse como barreras de entrada, tanto para cumplir con las metas de envases y embalajes, como también para poder entrar a un mercado relevante que requiera cumplir con metas de la Ley REP y que, de no poder

⁷⁸ (MMA 897, 2018), artículo 15: Financiamiento de los sistemas colectivos de gestión: Cada productor que integre un sistema colectivo de gestión deberá financiar los costos de dicho sistema en función de los siguientes criterios: (a) cantidad de neumáticos comercializados en el país en el año inmediatamente anterior y (b) tipos de neumáticos según defina el propio sistema de gestión, considerando criterios objetivos tales como el tamaño, el peso, la composición o el diseño de los mismos.

⁷⁹ Un ejemplo de esto lo constituye el modelo español, en que conviven dos sistemas de gestión diferentes en atención a la categoría del residuo (“Ecoembes”, para la gestión de residuos de EyE ligeros y “Ecovidrio”, para los envases de vidrio).



ingresar a un sistema colectivo de gestión, podría inhibir su ingreso a competir con los productores ya agrupados en un sistema colectivo de gestión de residuos.

Al efecto, conviene tener presente ciertos criterios que han sido elaborados por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante: “FNE”) para la afiliación a las asociaciones gremiales, en la cual, como regla general, se establece que deben estar basados en los legítimos objetivos de la asociación; que, además, deberán estar claramente establecidos en algún documento oficial; y que deben considerarse los criterios que se pasan a reproducir por la importancia que tiene para los sistemas colectivos de gestión⁸⁰:

- a. Criterios de afiliación objetivos, transparentes y que se apliquen a todos los potenciales asociados, de manera que no resulten arbitrarios ni discriminatorios. De este modo, la afiliación debiera ser accesible a todos los que satisfagan las condiciones establecidas, las cuales debieran ser de conocimiento público.
- b. Que, en caso de existir criterios subjetivos de evaluación a postulantes – como, por ejemplo, recomendaciones, patrocinio de asociados o revisión de pares – éstos se correspondan a intereses legítimos de la asociación, y que no dañen la competencia en el mercado o industria específica.
- c. Verificar que los requisitos de afiliación sean sostenibles en el tiempo. Esto es, dichos requisitos deberían ser consistentes y regir tanto para los potenciales miembros como para los actuales asociados.
- d. Asegurarse que los requisitos de afiliación no sean irrazonablemente restrictivos, por ejemplo, siendo excesivamente onerosos en cuanto a sus costos o recursos exigidos.
- e. Asegurarse que los criterios para la expulsión de un afiliado no sean arbitrarios.
- f. Establecer un procedimiento transparente para la admisión y permanencia en la asociación, con el fin de garantizar a los potenciales miembros y a los actuales asociados, el cumplimiento del debido proceso en la afiliación y en la aplicación de sanciones disciplinarias como la expulsión. Para esto, debiera contemplarse al menos la comunicación fundada y oportuna de las negativas de admisión o decisión de expulsión, y la creación de un mecanismo de apelación.

7. Participación equitativa de productores dentro de un sistema colectivo de gestión

La Ley REP, en su artículo 20, establece que los estatutos de la asociación deberán garantizar la participación equitativa de productores. Ahora bien, Ley REP no se refiere a la forma específica en que se deberá garantizar una participación equitativa de los productores. Sin embargo, se entiende que lo que se busca es que, mediante la exigencia de un tratamiento equitativo, los productores con participación minoritaria en la asociación no se vean expuestos a tratos injustos, discriminatorios o excesivamente gravosos por parte de los

⁸⁰ (FNE, 2011) Págs. 24 y 25



productores mayoritarios quienes, por ejemplo, podrían extraerles rentas o imponerle obligaciones excesivas sobre el resto.

En efecto, el trato equitativo supone participar de una serie de decisiones, como las que se indican más adelante y, concurrir (según señala el mismo artículo 20 de la Ley REP), a los costos del sistema de gestión en proporción a la cantidad de productos comercializados y la composición o diseño de sus productos, y responder frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor – ante el sistema de gestión que integre – en proporción a las metas que le apliquen.

7.1 Rol del directorio en garantizar el trato equitativo

Para efectos de garantizar un tratamiento equitativo a todos los productores es menester que la alta administración del sistema de gestión cuente con políticas, procesos y controles que permitan un tratamiento equitativo de todos los asociados. Al efecto la OCDE, mediante sus *Principios de Gobierno Corporativo*,⁸¹ entrega directrices en la materia, señalando al efecto que:

- (i) el directorio debe garantizar el ejercicio de “derechos básicos” de los asociados, como, por ejemplo: (a) el derecho a recibir información relevante sobre la asociación, de forma oportuna y regular; (b) el derecho a participar y votar en la asamblea, de forma debidamente informada, sobre materias relevantes como la modificación a los estatutos; o (c) el derecho a elegir y remover a los miembros del directorio.
Respecto a este último punto, los directorios en varias organizaciones han establecido un Comité específico para facilitar y coordinar los nombramientos, de manera de que sean electos directores calificados para el cargo y que configuren un directorio balanceado. Al efecto, es recomendado por la OCDE, como buena práctica, que los directores independientes tengan un rol clave en dichos comités.
- (ii) el directorio debe garantizar la participación de los asociados en decisiones de gobiernos corporativos claves como, por ejemplo, la remuneración de los directores y altos ejecutivos, y los respectivos esquemas de compensación.
- (iii) el directorio debe garantizar que las operaciones con partes relacionadas sean aprobadas y conducidas de manera tal que asegure un manejo correcto de los eventuales conflictos de interés, protegiendo el interés de la asociación y de todos sus asociados. Al efecto: (a) se debe poner énfasis en la aprobación que el directorio realice respecto de esas operaciones, en donde los directores independientes asumirán un rol predominante; (b) deberá considerarse a los asociados en la aprobación de ciertas operaciones de relevancia, con exclusión de aquellos que tengan algún interés en las mismas; y (c) a todos los directores y altos ejecutivos se les deberá exigir que

⁸¹ (OCDE, 2016), Págs.18-30.



- informen al directorio si es que, directa o indirectamente, tienen interés material en cualquier operación o asunto que afecte directamente a la asociación.
- (iv) el directorio deberá garantizar la protección a los asociados minoritarios respecto de acciones estratégicas o abusivas que puedan ser adoptadas o ejercidas por ciertos asociados. Para ello se debe: (a) contar con medios efectivos de reparación para dichos abusos; (b) articular de forma clara el deber de lealtad que tienen los directores para con la asociación y todos los asociados; (c) establecer quórums calificados para la toma de ciertas decisiones de los asociados; (d) evaluar la posibilidad de permitir aplicar un sistema de “voto acumulativo”⁸² para la elección de los miembros del directorio.

Las medidas antes enunciadas, si bien son parte de un cuerpo normativo que resulta aplicable a organizaciones con fines de lucro, resultan especialmente relevantes en este caso por cuanto el sistema de gestión, como se expuso en el primer capítulo de este informe, debe cumplir con altos estándares de gobernanza que impidan actos contrarios a la libre competencia o acciones en perjuicio de productores minoritarios, de manera de poder operar el sistema con legitimidad y transparencia.

8. Aspectos básicos de un sistema de cumplimiento

Si bien la Ley REP no se refiere a un sistema de cumplimiento ni a otra forma organizativa tendiente a asegurar el cumplimiento de las normas que rigen los sistemas colectivos de gestión de residuos, es una buena práctica de gobierno corporativo el tener una unidad de cumplimiento con objetivo y dedicación exclusiva. Más aún, en un contexto regulatorio complejo y en el cual existen evidentes riesgos a libre competencia – por las economías de escala y la participación de los productores en los sistemas de gestión – parece conveniente tener un sistema de *compliance* robusto y efectivo.

Al efecto, cabe hacer referencia a ciertas recomendaciones impuestas por el TDLC en su sentencia 160/207 que dictó con fecha 28 de diciembre de 2017, imponiendo, entre otras sanciones, la obligación de la adopción de una serie de medidas tendientes a generar una cultura de cumplimiento dentro de la empresa. Si bien a la fecha dicha sentencia se encuentra pendiente de revisión en la Exma. Corte Suprema, los aspectos que a continuación se mencionan son coincidentes con estándares internacionales en temas de *compliance*.

⁸² Por voto acumulativo se entiende aquel proceso de votación que aumenta la capacidad de los accionistas minoritarios para elegir un director. Este método permite a los accionistas emitir todos sus votos multiplicados por el número de directores que serán elegidos para un solo candidato, cuando existen varias vacantes. En cambio, en la votación "regular" los accionistas no pueden otorgar más de un voto por acción a un solo candidato. (GRIMMINGER, 2011), P.22. (La traducción es nuestra).



Conforme lo dispone el considerando 219 de dicha sentencia, la empresa debe constituir un **Comité de Cumplimiento** del directorio, el que debe contar con las siguientes características: (a) estar integrado, a lo menos, por *un director independiente* en los términos del art. 50 bis de la Ley 18.046; (b) estar establecido en los estatutos sociales; (c) se encargará de proponer al directorio el nombramiento y remoción de un Oficial de Cumplimiento, cuyas características se exponen en el número siguiente; y (d) deberá velar por el buen cumplimiento de los deberes del oficial de cumplimiento.

En segundo lugar, la sentencia establece el deber de la empresa de nombrar un Oficial de Cumplimiento (también denominado “*Chief Compliance Officer*” o “CCO”). Según dispone la sentencia, el Oficial de Cumplimiento es el encargado de velar “especialmente” por el respeto de las normas de libre competencia al interior de la compañía. En el caso de una asociación de gestión de residuos, el oficial de cumplimiento deberá velar, además, por el cumplimiento de las normas especiales de la ley REP y los decretos de metas respectivos.

Finalmente, se establece que el oficial de cumplimiento será designado y removido por el Comité de Cumplimiento y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo, esto es, debe estar dedicado en forma exclusiva al *Compliance*. Además, agrega, el Oficial de Cumplimiento deberá reportar sus acciones directamente al directorio de la empresa y deberá ser una persona externa de la compañía (esto es, que no se haya desempeñado antes en otros cargos). Finalmente, la sentencia establece la necesidad de mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento infracciones a las normas de defensa de la libre competencia.

9. Destino especial de los bienes de una asociación de gestión de residuos al término de su existencia

Otro tema en que la Ley REP establece una excepción a la regla general es que los estatutos de los sistemas colectivos de gestión de residuos establecerán, en caso de extinción de la persona jurídica, si sus bienes pasarán a otro sistema colectivo de gestión, o a los productores asociados⁸³, limitando de esta forma el destino de los bienes después de su extinción.

De esta manera, la Ley REP establece una excepción al Código Civil, por cuanto excluye la facultad prevista en el artículo 561 del Código Civil⁸⁴ de que sean los estatutos los que determinen, libremente y, en primer lugar, cómo se dispondrá de las propiedades de la asociación una vez disuelta. Al limitarse este destino a otra asociación o a los productores,

⁸³ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 20.

⁸⁴ (CÓDIGO CIVIL), artículo 561: Disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Tocaré al Presidente de la República señalarlos.



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



PROGRAMA DE
SOSTENIBILIDAD
CORPORATIVA

probablemente la Ley REP ha intentado evitar que se puedan traspasar a una organización con fines de lucro, lo que desvirtuaría el objetivo de un sistema *non-profit* establecido en la Ley.



Capítulo cuarto: aplicación de los principios de la Ley REP a la gobernanza de los sistemas colectivos de gestión de residuos

Como se ha señalado en los capítulos precedentes, la Ley REP crea una inédita responsabilidad en nuestro país para los productores de productos prioritarios, a saber: hacerse cargo del reciclaje de los envases y embalajes de los productos que pongan en el mercado. Consciente que la extensión de la responsabilidad trae aparejada una serie de desafíos logísticos y culturales, la Ley REP promueve que productores que pueden ser competidores en mercados relevantes actúen de manera conjunta para lograr los objetivos de la ley.

Pues bien, además de lo expuesto en cuanto a la necesidad de adoptar una forma contractual que cumpla con los objetivos del legislador – que no distribuya utilidades – es importante que las organizaciones que acojan los sistemas colectivos de gestión de residuos cumplan, en lo que le fuere pertinente a su gobernanza, con las normas del derecho común, de la Ley REP e, incluso, los principios de la Ley REP que informan sus preceptos, entre los que se incluyen: (i) los principios de transparencia y publicidad; y (ii) el principio de la libre competencia.

1. Principio de transparencia y publicidad

Al efecto, la Ley REP establece que: *“La gestión de residuos se efectuará con transparencia, de manera que la comunidad pueda acceder a la información relevante sobre la materia”*⁸⁵.

La transparencia es tema fundamental en la experiencia internacional comparada respecto a la responsabilidad extendida del productor. Así lo ha reconocido la OCDE, al señalar que *“Los sistemas obligatorios de responsabilidad extendida del productor deben estar obligados a informar regularmente sobre los aspectos técnicos y financieros de sus operaciones; su desempeño debe ser auditado regularmente, preferiblemente de forma independiente; en la medida de lo posible, se deben armonizar las definiciones y las modalidades de presentación de informes para los sistemas de responsabilidad extendida que operan en la misma jurisdicción, y se debe establecer un medio para verificar la calidad y comparabilidad de los datos(...)”*

Además, agrega, *“Los sistemas voluntarios de responsabilidad extendida del productor deben ser alentados para que sean lo más transparentes posible y periódicamente para someterse a evaluaciones independientes de sus operaciones”*⁸⁶.

⁸⁵ (LEY N° 20.920, 2016), artículo 2 letra j).

⁸⁶ (OECD, 2016), P.35. *“Mandatory EPR systems should be required to report regularly on the technical and financial aspects of their operations; their performance should be regularly audited, preferably independently; to the extent possible, definitions and reporting modalities for EPR systems operating in the same jurisdiction should be harmonised, and a means for checking the quality and comparability of data established; voluntary*



En base a lo anterior es que la OCDE elabora una serie de recomendaciones mínimas⁸⁷ respecto a los estándares de transparencia que deben ser adoptados por los sistemas de gestión. A saber, estos deberían verse obligados a revelar información sobre: (i) sus tarifas; (ii) sobre la cantidad de productos puestos en el mercado por sus productores; y (iii) sobre la cantidad de residuos recolectados, valorizados y eliminados⁸⁸.

La Ley REP ha recogido estas obligaciones para el registro de los sistemas de gestión, toda vez que ello fue considerado “*indispensable para asegurar la debida transparencia del funcionamiento de la REP*”⁸⁹. Y esa “debidamente transparencia” es fundamental para la legitimidad social de los sistemas de gestión colectivos. En consecuencia, la gobernanza de los sistemas colectivos de gestión debe tener presente, bajo un marco de objetivos públicos, que la transparencia debe ser un pilar fundamental dentro de su actuar.

2. Principio de libre competencia

2.1 Aspectos generales y definición del principio

Como se ha mencionado, el hecho que los sistemas colectivos de gestión de residuos estén integrados por productores del mismo producto prioritario implica, de suyo, un riesgo evidente para la libre competencia, lo que obliga a adoptar un sistema de gobernanza robusto que impida la ocurrencia de actos que puedan afectar la libre competencia.

En efecto, debido a que los sistemas colectivos estarán integrados por competidores directos de productos prioritarios, los que, además, para cumplir los objetivos de la Ley REP deberán intercambiar información relevante sobre dichos productos, la Ley REP consagra como principio el de la libre competencia y lo formula en los siguientes términos en el artículo 2 letra e): “*Libre competencia: El funcionamiento de los sistemas de gestión y la operación de los gestores en ningún caso podrá atender contra la libre competencia*”.

Como evidencia de este riesgo, la experiencia comparada demuestra casos concretos de vulneración a la libre competencia (v.gr. el caso alemán). Así, la OCDE identifica áreas

EPR systems should be encouraged to be as transparent as possible and periodically to undergo independent evaluations of their operations.” (La traducción es nuestra).

⁸⁷ Sin perjuicio de ello, la OCDE considera que la falta de información técnica y financiera disponible no ha permitido la identificación de buenas prácticas ni de los mejores modelos en términos de costo-efectividad. Se identifican como posibles causas para lo anterior la poca claridad de los requerimientos de reporte, la sensibilidad comercial de cierta información y/o la preocupación de que se presenten conductas que atenten contra la libre competencia por parte de los productores. Ídem, P.87.

⁸⁸ Ídem, P. 34.

⁸⁹ (BCN, 2013), Mensaje. P.8.



respecto de los cuales podrían producirse afectaciones a la libre competencia en los sistemas, tales como⁹⁰:

- (i) acuerdos horizontales entre competidores para establecer uno o más sistema de gestión, posibles conductas anticompetitivas dentro el sistema de gestión, barreras de entrada a los mercados atendidos por el sistema de gestión y, en general, acuerdos para restringir la competencia entre productores,
- (ii) acuerdos verticales entre sistema de gestión y proveedores en la recolección y tratamiento de residuos que limite la competencia,
- (iii) acciones anticompetitivas en el mercado del tratamiento de residuos, entre otros.

2.2 Rol de las autoridades de libre competencia en la Ley REP

Según se constata en la Ley REP, y considerando el evidente riesgo de la agrupación de productores de los mismos productos en una misma asociación, la Ley considera las siguientes atribuciones para los organismos que velan por la libre competencia:

2.2.1 De la facultad de “restringir” el sistema de gestión

El artículo 19 de la Ley REP -que se refiere a los “*Sistemas de Gestión*” y que señala que las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor “*deberán*” cumplirse a través de un sistema de gestión, individual o colectivo-, establece que la autoridad puede “*restringir*” la aplicación de alguno de los sistemas antes mencionados, vía decreto, con el objetivo de “*evitar distorsiones de mercado que pongan en riesgo la efectividad de la responsabilidad extendida del productor*” o “*afecten la libre competencia*”, todo ello “*oyendo previamente al organismo público competente.*”

Es decir, el artículo en citado autoriza, vía decreto, a limitar la participación de alguno de los sistemas de gestión, como podría ser un sistema colectivo. Si bien parece improbable el uso de esta potestad legal, pues la Ley REP favorece la asociatividad para lograr las necesarias economías de escala que el sistema requiere, es importante tenerlo presente. De hecho, en el coloquio sobre naturaleza jurídica y gobernanza de los sistemas de gestión que se alude en la metodología de este informe, se mencionó por los presentes la posibilidad que la FNE pueda

⁹⁰ (OECD, 2016), P.39. “*This section highlights several types of restrictions to competition in the context of EPR-related markets, based on a more detailed discussion in chapter 3:*

- *horizontal agreements among competing producers to establish one or more PROs; this includes the potential anti-competitive behaviour of PROs; barriers to entering markets served by PROs; the impact of higher costs when switching providers; and agreements among PROs operating in the same market that may limit competition*
- *vertical agreements between PROs and suppliers of collection, sorting or treatment services that limit competition*
- *anti-competitive behaviour in markets for waste treatment and secondary materials, and for products”* (La traducción al español es propia).



considerar el sistema de gestión como una operación de concentración que requiere consulta previa. Esta alternativa, sin embargo, parece poco aconsejable dado que el mismo legislador, en la Ley REP, promueve la asociatividad sin mencionar dicha consulta previa.

2.2.2. De los informes del TDLC respecto de las bases de licitación (artículo 24) y de las reglas de incorporación (artículo 26) de los sistemas colectivos de gestión

Considerando que la Ley REP promueve la colaboración entre productores de productos prioritarios para alcanzar las metas, y que esta colaboración presenta riesgos relevantes e inherentes para la libre competencia -tales como los expuestos por la OCDE-, el artículo 24 inciso cuarto de la Ley REP establece el deber de los sistemas de gestión de contar con un informe favorable del TDLC respecto de las bases de licitación de los servicios de recolección y tratamiento: *“Los sistemas colectivos de gestión deberán contar con un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declare que en dichas bases no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Las licitaciones se ajustarán a los términos que establezca el citado informe.”*

Esta autorización del TDLC presenta una serie de interrogantes, toda vez que la norma no especifica el proceso que debe seguirse para obtener tal aprobación, generando incertidumbre. Asimismo, el artículo 26 de la Ley REP también exige la intervención del TDLC cuando señala:

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

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 TDLC 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.

Es decir, y tal como lo señalamos en el punto número cuarto del capítulo tercero de este informe, para efectos de que el sistema de gestión sea autorizado por el Ministerio del Medio Ambiente, debe acompañar en su plan de gestión un informe del TDLC que garantice que las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema no sean contrarios a la libre competencia.



Ahora bien, para efectos de evitar infracciones a la legislación de defensa de la libre competencia, la OCDE recomienda que las autoridades de libre competencia ayuden al funcionamiento del sistema mediante las siguientes medidas⁹¹:

- (i) evitando que los sistemas colectivos de gestión abusen de su poder de mercado a través de precios excesivos, precios “opacos” u otras prácticas anticompetitivas;
- (ii) evitando barreras regulatorias en la entrada de los mercados de posventa, incluyendo barreras para la constitución de otros sistemas de gestión;
- (iii) requiriendo del sistema colectivos la contratación de gestores a través de licitaciones competitivas, abiertas y justas.

2.3 Autorregulación y gobernanza de los sistemas colectivos de gestión

En términos de autorregulación, y aun cuando las asociaciones que deben acoger los sistemas colectivos de gestión de residuos presentan algunas diferencias respecto de las *asociaciones gremiales* en términos de objetivos, hay ciertas similitudes referentes a que ambas agrupaciones reúnen a actores con actividades o intereses comunes e, incluso, en ciertos casos, agrupan a competidores directos. Por ello es razonable tener presente las consideraciones de libre competencia que ha formulado, respecto de las mencionadas asociaciones gremiales, la FNE, pues muchas de ellas resultan pertinentes para este caso.

En efecto, como señala la “*Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia*” de agosto de 2011 (en adelante, la “Guía”), las situaciones y prácticas de una asociación “*pueden facilitar algún grado de cooperación entre competidores*” lo que si bien en cierto contexto puede resultar positivo, como ocurre con el fin de la ley REP de lograr economías de escala que permitan valorizar adecuadamente los residuos provenientes de envases y embalajes, “*desde la perspectiva de la competencia puede disminuir la tensión competitiva de firmas que rivalizan en un determinado mercado*”⁹².

Al efecto, la Guía – citando a la OCDE – señala que (la traducción es propia de la FNE) “*Tales reuniones y conversaciones [de las asociaciones gremiales], aún cuando se den en el marco del cumplimiento legítimo de los objetivos de la asociación, dan espacio a la reunión de competidores directos, y les entrega oportunidades regulares para intercambiar sus*

⁹¹ (OECD, 2016), P.38. “*Thus competition authorities could help: to ensure that PROs do not abuse market power through excessive or opaque pricing or other anti- competitive practices; to avoid regulatory barriers to entry in post-consumer materials markets, including barriers to other PROs entering an EPR market; to require the PRO to contract out collection and recycling services on a competitive basis; to establish contracts that are not unduly long; and to use bidding procedures that are open, competitive and fair.*” (La traducción es propia).

⁹² (FNE, 2011), P.7.



impresiones sobre el mercado, lo cual los puede fácilmente llevar a una coordinación ilegal. (...) Es por esta razón que las asociaciones y sus actividades están sujetas a un cuidadoso escrutinio por parte de competencia de todo el mundo⁹³ (énfasis agregado).

En consecuencia, además del informe previo de TDLC, las asociaciones deben cumplir con una serie de medidas básicas para evitar infringir la libre competencia, especialmente -pero no limitado- a resguardos de gobierno corporativo, tal como sucede con las asociaciones gremiales, pero de manera aún más estricta debido a los requerimientos de información – a los cuales nos referimos en el párrafo siguiente- y de planificación conjunta para el cumplimiento de las metas de reciclaje.

2.4 Sobre el intercambio de información relevante por parte de los productores

Para efectos de cumplir las metas, la Ley REP insta a los productores de los sistemas colectivos de gestión a contar con información relevante, oportuna y específica de los productos prioritarios que les permita efectuar una “*estimación anual de los productos prioritarios a ser comercializados en el país, promedio de su vida útil y estimación de los residuos a generar en igual periodo*”, según dispone el artículo 26 letra d) de la Ley REP para autorizar los sistemas colectivos de gestión.

Pues bien, resulta que dicha información puede ser considerada “relevante” desde el punto de vista de la libre competencia, entendiéndose por tal “*toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado*”⁹⁴. Si así fuera el caso, es decir, si los sistemas de gestión requieren de información que tiene la aptitud de influir en las decisiones de comportamiento de sus competidores, debiera organizarse un sistema de recolección de información y toma de decisiones que minimice los riesgos de posibles atentados contra la libre competencia.⁹⁵

De esta forma, y sin que sea de por sí suficiente, debe considerarse a la asociación de gestión de residuos como una entidad completamente separada e independiente de los productores, con un directorio independiente y una administración también independiente e, incluso, con procesos y protocolos claros de comunicación con los miembros de la asociación, en la cual la información detallada sobre productores y productos no regrese al productor. Asimismo, se deberá establecer un sistema de cumplimiento o *compliance* que vaya en línea con las

⁹³ Ídem, P.8.

⁹⁴ (FNE, 2011), P.14.

⁹⁵ Como señal de esta tensión entre uso de información y posibles actos contra la libre competencia, la Guía recomienda “*Difundir información de los asociados sólo en forma agregada y para materias generales, sin permitir individualizar agentes, áreas geográficas específicas o líneas de productos determinados, o que éstos se puedan deducir fácilmente. Mientras más general sea la información, menos probable es que ésta tenga o produzca un efecto anticompetitivo.*” Ídem, P.16.



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



PROGRAMA DE
SOSTENIBILIDAD
CORPORATIVA

recientes exigencias de la jurisprudencia nacional en materia de libre competencia y de las mejores prácticas internacionales, tal como se ha descrito en este informe.



Bibliografía

- ALCALDE SILVA, JAIME. (2015). *Notas sobre el concepto de persona jurídica sin fines de lucro a propósito de la Ley N° 20.845 sobre inclusión escolar*. Revista Chilena de Derecho, On-line version (ISSN 0718-8072. RChDP no. 25 Dec.2015). Consultado en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200016>
- BARROS, E. (2010). Enrique Barros B. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BCN. (2015-2016). Biblioteca del Congreso Nacional. Ley N° 20.920. Historia de la Ley. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/>
- BCN. (2013). Biblioteca del Congreso Nacional. Ley N° 20.920. Historia de la Ley -Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje. Chile.
- CAREY, G. (1992). Guillermo Carey B. *De la Sociedad Anónima y la Responsabilidad Civil de los Directores*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria.
- CÓDIGO CIVIL. (s.f.).
- ECCLES, R. (2011). Robert G. Eccles, Ioannis Ioannou, and George Serafeim: "*The Impact of Corporate Sustainability on Organizational Processes and Performance*". Consultado en https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/SSRN-id1964011_6791edac-7daa-4603-a220-4a0c6c7a3f7a.pdf
- ECO-ING. (2017). *Asesoría para la Implementación de la Responsabilidad Extendida del Productor (REP) en Chile - Sector Envases y Embalajes. Informe Final*. Ministerio del Medio Ambiente. Consultado en: <http://rechile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Envases-y-Embalajes.pdf>.
- FINK, L. (2018). *Larry Fink's Annual Letter to CEOs, "A Sense of Purpose"*. Recuperado de: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>
- FNE. (2011). Fiscalía Nacional Económica. Asociaciones Gremiales y Libre Competencia-Material de Promoción Número 2. Consultado en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf.
- GUERRERO VALENZUELA, R. y.-T. (2014). Roberto Guerrero Valenzuela, Matías Zegers Ruiz-Tagle. *Manual sobre Derecho de Sociedades*. Santiago, Chile. Ediciones UC.



- GRIMMINGER. (2011). Andreas Grimminger. *Board Processes in Latin America – Board Nomination/Selection and Handling of Conflicts of Interest*. Consultado en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/49289126.pdf>
- KIRON, D. (2017). David Kiron, Gregory Unruh, Nina Kruschwitz, Martin Reeves, Holger Rubel, Alexander Meyer Zum Felde. *“Corporate Sustainability at a Crossroads: Progress Toward Our Common Future in Uncertain Times”* (2017). SUMMARY FINDINGS FROM THE SUSTAINABILITY GLOBAL EXECUTIVE STUDIES, 2009-2016. Consultado en: <http://marketing.mitsmr.com/offers/SU2017/58480-MITSMR-BCG-Sustainability-Report-2017.pdf>
- LEY N° 20.500. (16 de febrero de 2011). Sobre Asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública. Santiago, Chile; Diario Oficial de la República de Chile.
- LEY N° 20.920. (1 de Junio de 2016). Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. Santiago, Chile; Diario Oficial de la República de Chile.
- MMA 409. (25 de Mayo de 2018). Ministerio del Medio Ambiente. Resolución exenta Número 409 - Realiza requerimiento de información a los productores prioritarios que indica. Consultado en: http://vu.mma.gob.cl/Documentos/RES_409_25_DE_MAYO_DE_2018.pdf
- MMA 897. (28 de Septiembre de 2018). Ministerio del Medio Ambiente. Resolución Exenta Número 897- Aprueba el Anteproyecto de decreto supremo que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas a neumáticos. Chile. Consultado en: <http://chilerecicla.gob.cl/wp-content/uploads/2018/10/36-Rex-897-Anteproyecto-DS-metas.pdf>
- OCDE. (2016). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. Paris: Éditions OCDE. Consultado en: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/g20-ocde-principios-de-gobierno-corporativo_9789264259171-es#page1
- OECD. (2008). Organization for Economic Co-operation and Development. Directorate for financial and Enterprise Affairs- Competition Committee. DAF/COMP(2007)45. *"Potential Pro-Competitive and Anti-Competitive aspects of trade/business Associations"*. Consultado en: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/41646059.pdf>



- OECD. (2016). Organization for Economic Co-operation and Development; Environment Directorate- Environment Policy Committee. ENV/EPOC/WPRPW(2015)16/FINAL; "*Extended Producer Responsibility - Updated Guidance*".
- ORTÚZAR SANTA MARÍA. (2003). Álvaro Ortúzar Santa María. *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio. Tercera parte. El abuso del Derecho ante la Constitución*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ, S. (2004). Susana Pérez Escalona. "*La Asociación y el Derecho de Sociedades: Notas para un debate*". Consultado en: <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero2/perez.pdf>. Obtenido de www.unirioja.es.
- PUELMA ACCORSI, ÁLVARO. (2001). Álvaro Puelma Accorsi. *Sociedades*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- REGLAMENTO. (20 de Marzo de 1979). Ministerio de Justicia. Decreto Número 110. Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones. Santiago, Chile. Diario Oficial de la República de Chile.
- SÁNCHEZ D., I. (2018). Ignacio Sánchez D. (editor). *Ideas en Educación II-Definiciones en tiempos de cambio*. Capítulo 20: "*Contribución de la Educación Superior a una Sociedad más sustentable*" (Ricardo Irrázabal, Francisco Meza, Bárbara Prieto, Guillermo Marshall). Santiago, Chile. Ediciones UC.