

**ANT.:** Ordinario N° 281, de 31 de diciembre de 2021, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**MAT.:** Emite Informe

**SANTIAGO, 08 de marzo de 2022**

## **H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**EDGAR BLANCO RAND**, en su calidad de Subsecretario de Minería, y en representación del Ministerio de Minería, en el procedimiento no contencioso caratulado “Consulta de Compañía Minera Salares del Norte SpA sobre bases de licitación para suscripción de contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio”, Rol NC-505-21 (en adelante, “la Consulta”), al H. Tribunal respetuosamente digo:

Conforme lo establecido en el artículo 31 N°1 del Decreto Ley N°211 (en adelante “DL 211”), solicitamos al H. Tribunal tener en consideración los antecedentes aportados en el presente documento, al momento de resolver el asunto no contencioso de autos.

### **I. IMPROCEDENCIA DE LA CONSULTA**

#### **I.1. Criterios definidos por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) y la Corte Suprema para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de consultas**

1. El TDLC históricamente ha sostenido que es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes la que determina que el mismo sea de carácter contencioso o no contencioso<sup>1</sup>. De esta forma, en aquellos casos en que se presenta una consulta que da cuenta de pretensiones infraccionales de la normativa de libre competencia, el Tribunal las ha declarado inadmisibles:

*“Que, a juicio de este Tribunal, dicha consulta contiene alegaciones y peticiones de naturaleza tal que sólo podrían ser conocidas y eventualmente resueltas en un procedimiento contencioso. La imputación a un tercero de haber ejecutado o actualmente ejecutar actos o contratos contrarios a las disposiciones del D.L. N°211 no pierde su carácter contencioso por la existencia o no de una eventual exención de responsabilidad infraccional contemplada en el artículo 32° del referido texto legal (...)”<sup>2</sup>.*

<sup>1</sup> Véase, en ese sentido, TDLC. Resoluciones de inadmisibilidad dictadas en causas rol NC N°478-2020, de 26 de octubre de 2020; rol NC N°419-2014, de 30 de enero de 2014; rol NC N°410-2012, de 6 de septiembre de 2012; rol NC N°395-2011, de 14 de junio de 2011; rol NC N°381-2010, de 7 de octubre de 2010; rol NC N°379-2010, de 15 de junio de 2010; rol NC N°342-2009, de 22 de julio de 2009; rol NC N°296-2008, de 14 de agosto de 2008; rol NC N°194-2007, de 31 de mayo de 2007; y, rol NC N°146-2006, de 20 de julio de 2006.

<sup>2</sup> TDLC. Causa rol NC N°419-2014, resolución de inadmisibilidad de 30 de enero de 2014. Véase, asimismo, TDLC. Causa rol NC N°418-2013, resolución de inadmisibilidad de 17 de abril de 2014: “*Que atendidas las dos consideraciones precedentes y teniendo presente que la circunstancia de contener la consulta alegaciones o peticiones propias de un procedimiento contencioso constituye fundamento suficiente para declarar su inadmisibilidad -tal como ha ocurrido,*

2. En el mismo sentido se pronunció el TDLC en la causa rol NC N°388-2011:

*“Este Tribunal considera que, de ser efectiva la conducta descrita por Atrápalo, ésta podría eventualmente considerarse un estranqlamiento anticompetitivo de márgenes. En todo caso, la forma en que corresponde que este Tribunal califique -y eventualmente sancione- conductas como la descrita precedentemente es mediante un procedimiento contencioso, con todas las garantías procesales que éste implica, y no en ocasión de una consulta como la de autos, razón por la cual no se pronunciará a este respecto en esta oportunidad”<sup>3</sup>.*

3. Lo mismo declaró recientemente el TDLC en la causa rol NC N°490-2021:

*“Que, no obstante que Socofar presenta el trato diferenciado de los laboratorios como un asunto no contencioso, lo cierto es que, como se observa en los planteamientos que realiza en su consulta, en los hechos reprocha el cobro, por parte de laboratorios que gozarían de poder de mercado, de precios diferenciados a distintos clientes, en su desmedro, vale decir, imputa la existencia de un trato discriminatorio, lo que envuelve una contienda. A mayor abundamiento, la consultante manifiesta que dicho trato no estaría justificado en razones económicas (folio 7, páginas 9, 14 y 15), lo que podría impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello, en los términos del artículo 3° del D.L. N°211. De esta forma, acoger la petición formulada por Socofar conllevaría, necesariamente, a determinar si el trato diferenciado que se atribuye a los laboratorios que, a juicio de la consultante gozarían de poder mercado, constituye una conducta contraria a la libre competencia, lo que hace contencioso este asunto, tal como lo ha señalado este Tribunal (causa Rol NC 478-20) y como ha resuelto la Excma. Corte Suprema en la sentencia de 14 de mayo de 2018, dictada en autos Rol N°432-2018 (“esto es, como constitutiva de una infracción a dicho bien jurídico” (c. 11))”<sup>4-5</sup>.*

4. Según lo ha destacado el propio Tribunal, la importancia de que el procedimiento no contencioso no sea utilizado para resolver, en definitiva, pretensiones contenciosas, radica en el hecho de que, **por las características propias del procedimiento de consulta, éste no ofrece las garantías de debido proceso que contempla el procedimiento contencioso**, por lo que ante la imputación de un ilícito anticompetitivo, es este último el que procede<sup>6</sup>.
5. Por su parte, la Corte Suprema coincide con los criterios del TDLC, añadiendo que, si las medidas solicitadas en la consulta implicaban modificar o extinguir convenciones vigentes válidamente constituidas, irían en contra de la naturaleza anticipatoria y preventiva propia

---

*entre otras, en las resoluciones este Tribunal-, se declarará la inadmisibilidad de la consulta de autos”. Véase, asimismo, Corte Suprema. Sentencia en causa rol N°21.971-2014, C. 11.*

<sup>3</sup> TDLC. Resolución N°37/2011, C. 241.

<sup>4</sup> TDLC. Causa rol NC N°490-2021, resolución de inadmisibilidad de 18 de abril de 2021. Con todo, con posterioridad, la Corte Suprema, al resolver de un recurso de reclamación presentado en contra de la resolución de inadmisibilidad dictada por el TDLC, declaró la admisibilidad de esta consulta en consideración a que: “(...) lo buscado por el consultante ciertamente no es la imposición de una sanción, sino conocer las condiciones en que el mercado se desenvuelve, en tanto afirma contar con indicios, no confirmados, del comportamiento de uno de los agentes relevantes, que podría transgredir las normas sobre libre competencia”. Corte Suprema. Sentencia dictada en la causa rol N°22.270-2021, C. 11.

<sup>5</sup> Asimismo, el TDLC ha declarado inadmisibles ciertos asuntos por estimar que no pueden ser objeto de una consulta (i.e., una norma técnica) y ser, en ciertos casos, propios de un expediente de recomendación normativa. Véase, TDLC. Causa rol NC N°471-2020, resolución de inadmisibilidad de 17 de septiembre de 2020.

<sup>6</sup> Véase, TDLC. Causas rol NC-194-07, resolución de inadmisibilidad de fecha 31 de mayo de 2007; y, rol NC-388-11, Resolución N°37/2011.



de los procedimientos no contenciosos y, por lo tanto, correspondía declarar la inadmisibilidad de la consulta respectiva<sup>7</sup>.

6. En línea con la jurisprudencia recién citada, se puede sostener que la pretensión contenida en la Consulta debiera ser analizada bajo el procedimiento contencioso, dado que la Consulta tendría por objetivo, en realidad, impugnar las bases de licitación para suscripción de contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio (en adelante, “las Bases”) y aquellos contratos especiales de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio (en adelante, “CEOL”) suscritos por el Estado de Chile. En efecto, en la consulta se acusa que el Estado de Chile habría incurrido en un actuar anticompetitivo, consistente en otorgar un trato discriminatorio, sin mediar razones objetivas que lo justifiquen, al entregar –supuestamente– condiciones más favorables a una empresa del Estado de Chile (Salar de Maricunga SpA, filial de Codelco) que al resto de los actores actuales y potenciales de esta industria. Demostrativo de lo anterior es que la Compañía Minera Salares del Norte SpA (en adelante, la “Consultante”) hizo expresa reserva de sus derechos, en virtud de supuestos vicios de nulidad de que adolecería el CEOL de Salar de Maricunga SpA.<sup>8</sup> Cabe agregar que, dichas acciones se han materializado, a través de demanda de Nulidad de Derecho Público interpuesta contra el Fisco de Chile y la sociedad Salar de Maricunga SpA, ROL N° C-10.307-2021, del 23° Juzgado Civil de Santiago.
7. Cabe destacar sobre este punto además que la Consultante ya intentó impugnar el CEOL de Salar de Maricunga SpA, mediante la interposición de un recurso de amparo y protección, según se describe brevemente al final de esta presentación.
8. Así, la Consultante pretende obtener la protección de competidores particulares –ella misma–, lo que no es objeto de resguardo por la normativa de libre competencia, ni en Chile ni a nivel comparado<sup>9</sup>, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que el bien jurídico amparado es el bienestar de los consumidores<sup>10</sup>.
9. Sin perjuicio que la última jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido algunos matices respecto a los criterios descritos *supra*, el criterio delimitador establecido por la Corte Suprema para determinar si un asunto debe ser conocido bajo un procedimiento de consulta, es, respecto de actos o contratos ya existentes, **(i)** que no exista una imputación formal y directa –y, a la vez, una pretensión sancionatoria– relacionada con ilícitos anticompetitivos, y, **(ii)** que por su intermedio no se pretenda establecer condiciones que regulen de manera abstracta un mercado en general.

<sup>7</sup> Corte Suprema. Sentencias dictadas en las causas rol N°21.791-2014; y, rol N°432-2018.

<sup>8</sup> Consulta, pp. 22, 23 y 30.

<sup>9</sup> Según lo señala el TDLC: “*En cuanto al análisis de libre competencia en lo referente a bases de licitación, el interés público protegido en esta sede es la libre competencia en el mercado. Lo anterior se debe a que [e]n Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación de derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo*’ (Sentencia N°138/2014, consideración decimonovena) (...). En consecuencia, no bastaría con acreditar que las bases de licitación que se analizan contienen elementos arbitrarios o discriminatorios para concluir que afectan la libre competencia. En otras palabras, la afectación de la libre competencia de los oferentes en un proceso licitatorio no afecta, necesariamente, la libre competencia en el mercado. Así fue resuelto en la Sentencia N°114/2011, en la que se señaló que el incumplimiento de la obligación especial que le asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos ‘no debería asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar’ (consideración trigésima quinta)”. TDLC. Resolución N°60/2019, C. 23. En igual sentido, TDLC. Sentencia N°87/2009, C. 15.

<sup>10</sup> Así lo ha reconocido la Corte Suprema: “*Elemento de interpretación. Para comprender la interrelación de los elementos normativos y subjetivos del tipo de colusión, es necesaria la consideración del bien jurídico tutelado por la ley, constituido por las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, por medio de las cuales se pretende, en definitiva, el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas*”. Corte Suprema. Sentencia causa rol N°2578-2012, C. 84.



10. En efecto, en relación con la causa rol NC N°427-2014 la Corte Suprema ordenó al Tribunal conocer de una consulta que había sido declarada inadmisibile previamente por éste, por estimar que en los procedimientos no contenciosos el Tribunal puede resolver si se infringen o no las normas de libre competencia, siempre que la consultante no solicite la imposición de sanciones:

*“Que, por otra parte, como se advierte del texto del artículo 18 N°2 antes transcrito, el legislador ha previsto expresamente que en los procedimientos no contenciosos el Tribunal pueda verificar la transgresión a las normas de la libre competencia, sin que por ello se deba iniciar necesariamente un procedimiento de carácter contencioso.*

*En consecuencia, si en un asunto no contencioso se puede denunciar la existencia de un proceder contrario al D.L. N°211, es dable concluir que esta primera solicitud de autos que acusa una situación que podría eventualmente menoscabar la libre competencia y que requiere enmendar tal vulneración si procediere, sin proponer la aplicación de sanciones, ha de tramitarse conforme al procedimiento regulado en el artículo 31 de este último cuerpo legal”<sup>11</sup>.*

11. La misma idea fue reiterada por la Corte Suprema en la causa rol N°138.221-2020, en cuya sentencia señaló:

*“Que, a la luz de lo hasta ahora expuesto, también resulta de la máxima relevancia establecer ciertas delimitaciones en la naturaleza y fines del procedimiento no contencioso en materia de libre competencia. En efecto, no es posible utilizar el procedimiento de la consulta con la finalidad que el TDLC imponga condiciones que regulen de manera abstracta un mercado en general. Para ello el Tribunal podría ejercer su potestad para dictar Instrucciones Generales, establecida en el artículo 18 N°3 del Decreto Ley N°211. Por otro lado, tampoco resulta procedente confundir las condiciones que puedan ser impuestas por el TDLC en el marco del ejercicio de la potestad contenida en el artículo 18 N°2 del Decreto Ley N°211, con aquellas medidas de orden preventivo, correctivo o prohibitivo que podría establecer en una sentencia como complemento o en lugar de una sanción en el marco del ejercicio de su potestad jurisdiccional. En este orden de ideas, aun cuando el artículo 26 señale como posibles medidas a adoptar en la sentencia definitiva, la de ‘modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley’, tal prerrogativa debe entenderse de manera matizada cuando se trata de un procedimiento no contencioso, cariz que está dado precisamente por la extensión de la competencia del TDLC que, a su vez, determina la mayor o menor particularidad o identificación con un caso concreto, que tendrá la decisión. En consecuencia, aquello que se resuelva por la vía de la consulta se encuentra en un punto intermedio entre las instrucciones generales y las medidas sancionatorias que sólo podrían tener efectos para las partes del juicio (...). [E]l ejercicio de la potestad consultiva no impide el análisis de la conformidad de ciertos actos o contratos ya celebrados con la legislación que rige la materia, siempre y cuando se refiera a actos concretos y no exista una imputación formal y directa –y, a la vez, una pretensión sancionatoria– relacionada con ilícitos anticompetitivos. Bajo estos parámetros, no sería posible instrumentalizar la consulta, utilizándola para una decisión anticipada de un asunto contencioso y así restringir las*

<sup>11</sup> Corte Suprema. Sentencia dictada en la causa rol N°30.190-2014, C.4. Véase, asimismo, TDLC. Causa rol NC N°427-2014, resolución de inadmisibilidad de 30 de octubre de 2014.

*posibilidades de defensa de la contraria, puesto que las medidas que es posible adoptar en uno y otro procedimiento tienen una naturaleza distinta, tratándose en este caso de disposiciones meramente preventivas, destinadas a evitar eventuales infracciones a la libre competencia y no a juzgar responsabilidad. El asunto sometido al conocimiento del tribunal no debe implicar la existencia de una controversia entre partes, sino sólo la petición para que se emita un pronunciamiento judicial de calificación o determinación de la eventual disconformidad entre unas disposiciones singulares y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto"<sup>12</sup>.*

**I.2. Criterios asentados por el TDLC y la Corte Suprema en relación con los alcances de la competencia del TDLC para conocer consultas en relación con procesos de licitación pública**

12. Con respecto a este punto, el TDLC ha señalado en reiteradas ocasiones que el ámbito de su competencia para conocer y resolver consultas referidas a bases de una licitación dice relación, esencialmente, con el diseño de aquellas. Ello, pues según la manera en que se diseñen las licitaciones, éstas podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos. Así lo indicó el H. Tribunal en la Resolución N°61/2020:

*"Más precisamente, también de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se ha establecido que el ámbito en que se pueden resolver consultas sobre las bases de una licitación dice relación, fundamentalmente, con el diseño de las mismas, pues existe una posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida o que se tienda a ello"<sup>13</sup>.*

13. Idéntico criterio ha manifestado el TDLC en otros procesos no contenciosos, en que ha declarado que carecía de competencia para conocer de un procedimiento de consulta en el que se pretendía obtener un pronunciamiento de parte del TDLC acerca de las conductas de la I. Municipalidad de Santiago durante el proceso de selección y adjudicación, esto es, con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación. En dicha causa, el TDLC indicó que:

*"(...) [L]a cuestión sometida a conocimiento en estos autos dice relación con conductas que la Municipalidad habría realizado durante la etapa de selección y adjudicación. Al respecto, este Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad ejecutado en aplicación de las bases de licitación, tal como se dispuso en la Sentencia N°138/2014 (...). Que en este mismo sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema, indicando que este Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias acaecidas con motivo o a propósito del proceso de selección de la empresa proveedora, posterior a la aprobación de las bases administrativas y técnicas (sentencia Rol N°13972-2013, considerando noveno), cuestión que sería de competencia del H. Tribunal de Contratación Pública, el que debe conocer de la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N°19.886 (...)"<sup>14</sup>.*

<sup>12</sup> Corte Suprema. Sentencia causa rol N°138.221-2020, C. 8-9.

<sup>13</sup> TDLC. Resolución N°61/2020, C.6. Véase, asimismo, TDLC. Resoluciones N°60/2019, C. 20; N°63/2021, C. 1; y, N°66/2021, C. 1.

<sup>14</sup> TDLC. Causa rol NC N°451-18, resolución de inadmisibilidad de 27 de diciembre de 2018.



14. En igual sentido se ha resuelto en casos de procedimientos contenciosos, en los que el TDLC ha señalado que carece de competencia para conocer asuntos posteriores a la aprobación de las bases de licitación y que versan sobre el cumplimiento de las mismas, pues éstos serían de competencia del H. Tribunal de Contratación Pública (“TCP”) o de la Contraloría General de la República (“CGR”)<sup>15</sup>:

*“Que, salvo casos excepcionales, cuando las bases de una licitación se ajustan a lo dispuesto en el D.L. N°211, la competencia de este Tribunal para pronunciarse respecto de actos de autoridad que transcurran con posterioridad a su aprobación, cesa luego de completada la tramitación del acto administrativo aprobatorio. Tales asuntos dicen relación normalmente con el cumplimiento y apego a las bases de licitación y, consecuentemente, con el resguardo del principio de legalidad, al cual, por expreso mandato constitucional (replicado en la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado), están sujetos todos los órganos del Estado. Por esta razón, el ordenamiento jurídico suele entregar la competencia de estos asuntos a otras instituciones, tales como el H. Tribunal de la Contratación Pública (en el caso del artículo 24° de la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios) o la Contraloría General de la República (...). Que, a diferencia de los casos anteriores, las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello”<sup>16</sup>.*

15. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha resuelto:

*“Que así las cosas no cabe sino concluir que la materia sometida al conocimiento y decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mediante la demanda de fs. 364 escapa por completo del ámbito de su competencia y se inscribe de lleno en aquel que es propio del Tribunal de Contratación Pública, órgano de la judicatura a quien corresponde exclusivamente decidir en torno a la existencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales verificados con ocasión de procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N°19.886 entre la aprobación de las Bases de la licitación y su adjudicación.*

*De esta manera, las consideraciones vertidas por los sentenciadores relativas al incumplimiento de las Bases del proceso licitatorio de que se trata y a la actuación discriminatoria del demandado deben ser entendidas como lo que son, esto es, como razonamientos que disciernen acerca de la estricta sujeción a las Bases por parte de los intervinientes y de la plena igualdad de los oferentes durante un procedimiento administrativo de contratación con un ente público regido por la Ley*

<sup>15</sup> El TCP, tal como lo ha reconocido el propio TDLC, debe conocer de la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N°19.886. TDLC. Causa rol C N°405-2020, resolución de inadmisibilidad de 6 de octubre de 2020. En relación con la Consulta, cabe destacar que la Licitación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio no es una materia de aquellas de que trata la Ley N°19.886, por lo que cualquier cuestión relativa a su legalidad no podría ser ventilada ante el TCP, sino que ante la CGR.

<sup>16</sup> TDLC. Sentencia N°138/2014, C.12-13. En igual sentido, véase TDLC. Sentencias N°169/2019, C. 3; N°121/2012, C. 20; y, N°114/2011, C. 16. Además, véase resoluciones de inadmisibilidad dictadas por el TDLC en causas rol C N°405-2020, de 6 de octubre de 2020; rol C N°369-2019, de 18 de febrero de 2019; rol C N°372-2019, de 3 de abril de 2019; y, rol C N°392-2020, de 25 de marzo de 2020. Asimismo, véase Corte Suprema. Sentencias en causas rol N°7796-2008, C. 6, y rol N°6100-2010, C. 6.

*N°19.886, aspectos que han sido entregados por el legislador únicamente a los jueces de Contratación Pública sin que en ello quepa intervención alguna a la judicatura de Libre Competencia (...)*<sup>17</sup>.

16. En consecuencia, tanto para el TDLC como para la Corte Suprema, el criterio para delimitar la competencia del TDLC en relación con consultas sobre procesos de licitación pública, es claro: **el TDLC es competente para conocer del diseño de las bases de licitación; por lo tanto, todo aquello que ocurra en las etapas posteriores a la aprobación de las bases de licitación, deja de ser, por regla general, de su competencia.**

Por lo tanto, se solicita al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que pueda acoger la presente solicitud, con el objeto de que se declare la inadmisibilidad de la consulta efectuada por la Compañía Minera Salares del Norte, en todas sus partes.

## II. EVACÚA INFORME

### II.1 Estatuto Jurídico Minero en Chile

17. El marco normativo vigente en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra contemplado en el estatuto constitucional minero, contenido principalmente, bajo lo dispuesto en los incisos sexto a décimo del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, en la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, como por su parte en el Código de Minería, y particularmente respecto del litio, en la Ley N° 16.319, que Crea la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN) y el decreto ley N° 2.886 de 1979, que estableció la reserva del Estado de la singularizada sustancia mineral.
18. En términos generales, el inciso sexto del citado numeral 24 del artículo 19, dispone el dominio del Estado de Chile sobre todas las minas, con una naturaleza público especial, y que reviste el carácter de absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible sobre todas ellas. Se desprende su naturaleza especial, debido a que, sobre las minas pueden constituirse concesiones mineras, otorgadas por el Poder Judicial, para poder explorarlas o explotarlas, quedando los terrenos superficiales sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley haya establecido, para facilitar las labores de exploración, explotación y beneficio de los minerales.
19. El inciso séptimo, de la citada norma constitucional, consagra que, una ley -que reviste el carácter de orgánica constitucional- determinará cuáles sustancias minerales podrán ser objeto de concesiones mineras, de exploración o de explotación, es decir, que serán sustancias concesibles, exceptuándose los hidrocarburos líquidos o gaseosos. Agrega que, las concesiones mineras se concederán por resoluciones judiciales, siendo dicha materia una competencia exclusiva de los tribunales ordinarios, incluyendo declarar la extinción de las concesiones y conocer las controversias que se generen producto de la caducidad o extinción de las mismas. Tales concesiones, tendrán una vigencia o duración, y conferirán los derechos y obligaciones, que la ley establezca, siendo aquella, la citada ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras. Concluye este inciso, estableciendo una carga que obliga a cada concesionario minero, a efectuar o desarrollar la actividad necesaria que justifica el otorgamiento de la concesión, lo que se traduce en el régimen de amparo, pudiendo su incumplimiento acarrear la caducidad de las concesiones.

---

<sup>17</sup> Corte Suprema. Sentencia dictada en la causa rol N°13.972-2013, C. 16.



20. El inciso noveno del numeral 24 del artículo 19, dispone el derecho de propiedad sobre la concesión minera, y, por ende, queda protegida por la referida garantía constitucional.
21. En el inciso décimo, se establece un dominio patrimonial del Estado de Chile, sobre sustancias minerales y yacimientos mineros que han sido declarados, sea por la propia Constitución Política, o por el resto del ordenamiento jurídico minero aplicable, como inconcesibles, es decir, que se trata de sustancias que quedan excluidas del régimen de concesiones mineras, que son otorgadas por los tribunales ordinarios de justicia. En este sentido, el citado inciso dispone:

*“La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.”*

22. De lo expresado por la Constitución, se desprende que la exploración, explotación y beneficio de sustancias minerales que no son objeto de concesiones mineras, sólo pueden ser ejecutadas por el propio Estado de Chile, por sus empresas, o, por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, estos últimos mecanismos, bajo las exigencias, requisitos y condiciones que se fijen por el Presidente de la República a través de decreto supremo caso a caso.

#### **II.1.1 Tipos de sustancias minerales**

23. Cabe hacer presente que, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, es que todas las sustancias minerales son concesibles y, por ende, se les aplica el régimen concesional de carácter administrativo, otorgado en sede judicial.
24. Existen otras sustancias minerales, como el torio y el uranio que, dado su valor estratégico, aunque son concesibles, existe en favor del Estado de Chile, un derecho de primera opción de compra.
25. Conforme lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 18.097 y en el artículo 7° de Código de Minería, existen sustancias minerales que no son objeto de concesión minera o denominadas inconcesibles, y que corresponden a los hidrocarburos líquidos y gaseosos; a los yacimientos mineros de cualquier especie que se ubiquen en las aguas marítimas, y que no pueda accederse a ellos directamente desde el territorio continental; a los yacimientos mineros existentes en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional, con efectos mineros; y el litio.
26. En cuanto al litio, el citado decreto ley N° 2.886 de 1979, dispone en su artículo 3° que, se excluye a dicha sustancia del listado de la riqueza minera concesible, quedando reservado al Estado, por exigirlo el interés nacional, lo que armoniza con lo expresado, con posterioridad,



por el artículo 3° inciso cuarto de la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras y el artículo 7° del Código de Minería, antes señalados.

### II.1.2 Aprovechamiento del Litio

27. Todas las sustancias minerales inconcesibles, siendo una de ellas el litio, sólo pueden ser objeto de exploración, explotación o beneficio, mediante alguno de los mecanismos que el inciso décimo del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y el Artículo 8 del Código de Minería establecen.
28. Como se hizo presente, dos de ellas pueden ser ejercidas por el propio Estado de Chile, y, tratándose de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, pueden ser otorgadas o suscritas con los particulares. Así, si las figuras corresponden a estas dos últimas, antes de su otorgamiento o suscripción, según corresponda, debe dictarse un decreto supremo, por parte del Presidente de la República que, de manera previa, fije los requisitos y condiciones para explorar, explotar y beneficiarse de las sustancias inconcesibles.
29. Cabe hacer presente que, tratándose del litio, existen en nuestro territorio concesiones mineras que fueron otorgadas antes de la vigencia del citado decreto ley N° 2.886 de 1979, y que su exploración y explotación quedan sujetas al régimen concesional común, más un permiso especial para la comercialización y venta de dicha sustancia mineral, que es de competencia de la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN), tal como lo dispone el Artículo 8 de la Ley N°16.319 y que no son objeto del procedimiento de suscripción de contrato especial de operación que lleva al adelante el Ministerio de Minería.

### II.2 Decreto Supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería.

30. El decreto con fuerza de ley N° 302, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que aprueba las disposiciones orgánicas y reglamentarias del Ministerio de Minería, dispone en su artículo 1° que:

*“El Ministerio de Minería tendrá a su cargo toda la intervención que realiza actualmente el Estado a través de sus diversas reparticiones en las actividades de la Minería.*

*Le corresponderá, especialmente, la planificación y ejecución de la política de fomento minero y de protección de las riquezas mineras nacionales, conforme a las disposiciones que imparta el Presidente de la República.”*

31. En tal sentido, lleva adelante diversas políticas para fomentar la actividad minera y proteger las sustancias minerales nacionales, siendo una de ellas el litio, cuya exploración, explotación y beneficio está reservado al Estado de Chile.
32. En este orden de ideas, el literal i) del artículo 5° del citado Decreto con Fuerza de Ley N° 302, dispone que corresponde al Ministro de Minería, suscribir en representación del Estado, previo informe favorable del Consejo de la Comisión Chilena del Cobre, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije por decreto supremo, los contratos especiales de operación a que se refiere el inciso décimo del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política, que tengan por objeto sustancias minerales metálicas o no metálicas no susceptibles de concesión, con exclusión de los hidrocarburos y los

materiales atómicos naturales. Agrega que, debe ejercer, directamente o por intermedio de un organismo o empresa del Estado, funciones y derechos que el decreto supremo y el correspondiente contrato especial de operación antes mencionado le señalen, y celebrar, en representación del Estado, previo informe favorable del Consejo de la Comisión Chilena del Cobre, los contratos de servicios que tengan por objeto la ejecución de determinados trabajos relacionados con la exploración de yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión.

33. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el decreto supremo N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que faculta a los Ministros de Estado para firmar por orden del Presidente de la República, en su artículo 1°, número VII, al referirse al Ministerio de Minería, en el punto 4, señala que la *“Fijación de los requisitos y condiciones especiales de los contratos de operación para la exploración, explotación o beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión”*, deben ser aprobados mediante decreto supremo suscrito por el Ministerio de Minería, bajo la fórmula *“Por orden del Presidente de la República”*.
34. Es así como, se dictó el decreto supremo N° 23, de 27 de julio de 2021, del Ministerio de Minería, que estableció los requisitos y condiciones del contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio que el Estado de Chile suscribirá, conforme a las base de licitación pública, nacional e internacional, que se aprobaron para tales efectos, y el cual, **fue sometido al examen previo de legalidad ante la Contraloría General de la República, siendo tomado de razón con fecha 29 de septiembre de 2021, y publicado en el Diario Oficial el 13 de octubre de 2021.**
35. Por tanto, el decreto supremo N° 23, de 27 de julio de 2021, del Ministerio de Minería tiene su origen en el texto expreso del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Ello, por cuanto tratándose de la suscripción de contratos especiales de operación, para explorar, explotar y beneficiarse de sustancias minerales inconcesibles, antes de su firma y perfeccionamiento, se deben fijar, con antelación, los requisitos y condiciones que regularán su ejecución.

### II.3 Mercado del Litio

36. El litio es un elemento fundamental, en la fabricación de baterías que alimentan computadoras, automóviles híbridos y eléctricos, teléfonos celulares, sistemas de almacenamiento de energía en general y otros múltiples dispositivos electrónicos. A contar del año 2000 se produjo un crecimiento sostenido de la demanda mundial de litio, y se espera que ésta siga aumentando de manera significativa en las próximas décadas, principalmente por el uso de tecnológicas asociadas a la electromovilidad.
37. En su mayoría, los productos comerciales obtenidos de la explotación y beneficio del litio son el carbonato y el hidróxido de litio, ambos destinados mayoritariamente a la fabricación de baterías. El uso de uno u otro producto viene determinado primordialmente por las características técnicas y componentes que se utilicen en la fabricación de los diferentes tipos de baterías.
38. El mercado mundial de litio es relativamente pequeño en comparación con otros productos minerales, como el cobre, o el oro. Como ejemplo, en 2019 las exportaciones chilenas de



carbonato e hidróxido de litio representaron el 2,5%<sup>18</sup> de las exportaciones de concentrado y cátodos de cobre, y en términos de volumen producido, Chile representó en el 2019, el 29% de la producción mundial de litio (381 mil toneladas<sup>19</sup> de carbonato de litio equivalente o LCE, por su acrónimo en inglés)<sup>20</sup>.

39. Respecto del CEOL otorgado a Salar de Maricunga SpA, constituida para desarrollar la exploración y estudios, que de resultar viables, permitiría poder ejecutar un proyecto de explotación de litio por una cuota máxima de 325 mil toneladas de litio en el Salar de Maricunga, es decir comparativamente representa el 81% del volumen total de la licitación de cuotas promovidas por el Ministerio de Minería, entendiéndose por lo demás como iniciativas complementarias.
40. El Ministerio de Minería, tomando en consideración el rol que le compete, los importantes recursos y reservas de litio que posee nuestro país; la actual demanda internacional de litio, que se presume que seguirá en alza; los nuevos desarrollos tecnológicos en el uso de la sustancia mineral, especialmente, en energías limpias y renovables, y en el aumento de la electromovilidad; tomó la decisión de llevar a cabo un proceso de licitación nacional e internacional, que traerá como consecuencia, que futuros oferentes o interesados, puedan adjudicarse la suscripción de un contrato especial de operación de litio (“CEOL”).
41. En cuanto al litio, nuestro país posee importantes recursos de dicha sustancia mineral, a nivel mundial. Como se ha expresado, el litio fue considerado como sustancia de interés nacional, para posteriormente reconocerse como una sustancia no susceptible de concesión minera.
42. Dicha decisión, además, se enmarca en la política y decisión de incrementar el desarrollo de la industria del litio en Chile, con el objeto de reforzar la participación estratégica en los mercados internacionales, atendida la mencionada creciente demanda proyectada de la sustancia mineral en comento.
43. Detrás de esta política, se ha considerado la necesidad de contar con minerales críticos para lograr la transición desde el uso de combustibles fósiles al uso de energías renovables, dentro de los cuales el litio es un insumo esencial, todo dentro de un marco internacional de metas de carbono neutralidad, para frenar el cambio climático.
44. En este orden de ideas, dentro de la política de desarrollo del litio, se han considerado el nivel de reservas mundiales que posee nuestro país, así, por ejemplo, el *U.S. Geological Survey* (USGS) de los Estados Unidos, en su reporte denominado “*Mineral Commodity Summaries 2021*”<sup>21</sup> establece que las reservas mundiales de litio, conforme las labores de exploración continua, han ido aumentando sustancialmente en todo el mundo, sumando cerca de 21 millones de toneladas, de las cuales Chile posee 9,2 millones de toneladas.
45. Sin perjuicio de lo anterior, en términos de producción anual, hasta el año 2016 Chile poseía una participación del 38% del mercado del litio producido de mina, según USGS. Pero hoy, esa participación ha disminuido por desarrollo de nuevos proyectos, lo que ha traído como consecuencia que el país fue superado por Australia, como principal productor de litio. En razón de aquello, surgió la necesidad de poder aumentar la producción, de lo contrario,

<sup>18</sup> <https://www.cochilco.cl/Lists/Anuario/Attachments/24/Ae2021b.pdf>

<sup>19</sup> <https://www.cochilco.cl/Mercado%20de%20Metales/Produccion%20y%20consumo%20de%20litio%20hacia%20el%202030.pdf>

<sup>20</sup> 1 tonelada de litio (LME) corresponde a 5,32 toneladas de carbonato de litio equivalente (LCE)



conforme lo ha manifestado la Comisión Chilena del Cobre (Cochilco), al año 2030 la participación será tan solo de un 17%, dada el incremento anual de la demanda de litio que supera a la oferta anual de nuevos proyectos y expansiones de producción de faenas vigentes.

#### II.4 Licitación Pública Nacional e Internacional para suscripción de CEOL

46. Una vez que se encontró totalmente tramitado el decreto supremo N° 23, de 2021, el Ministerio de Minería, autorizó el llamado y aprobó las bases de la licitación pública, nacional e internacional para suscribir CEOL para explorar, explotar y beneficiarse de yacimientos de litio, a través de la Resolución (A) N°1, de 27 de julio de 2021, del Ministerio de Minería, la **que fue sometida al control previo de legalidad, y tomada de razón por la Contraloría General de la República el 08 de octubre de 2021.**
47. El Ministerio de Minería, decidió diseñar un modelo de licitación que permitiera incorporar nuevos actores a la industria del litio, y lograr en el corto y mediano plazo aumentar la producción de litio. En tal sentido, tuvo como principal objetivo simplificar el proceso de participación de los interesados en la licitación, dado que lo que buscó fue, licitar cuotas de extracción de litio metálico comercializable, de manera que sea el propio interesado en definir cómo y dónde desarrollará el proyecto que le permitirá implementar su proyecto. En otras palabras, el adjudicatario de una o dos cuotas será quien, por su cuenta y riesgo, desarrollará un proyecto de litio en el área geográfica que estime, debiendo tener presente que deberá cumplir con todo el marco regulatorio nacional aplicable a este tipo de proyectos, desde permisos y autorizaciones sectoriales al ingreso al SEIA.
48. El modelo propuesto consta en licitar 5 cuotas de 80 mil toneladas de litio metálico comercializable cada una, pudiendo los oferentes postular hasta por un máximo de dos cuotas o hasta 160 mil toneladas de litio metálico comercializable. Es importante considerar que, la definición de una cuota de 80 mil toneladas de litio metálico comercializable, a nivel de producto, resulta equivalente a 425.840 toneladas de carbonato de litio o LCE (acrónimo de Lithium Carbonate Equivalent, en inglés). De este modo, al poder postular a 5 cuotas, con un máximo de adjudicación de 2 cuotas a un mismo oferente, genera la factibilidad de adjudicar de entre 3 a 5 empresas distintas, según la conveniencia económica de las alternativas que se hayan presentado, en términos de las rentas para el Estado.
49. Las bases de licitación, dispusieron una serie de limitaciones o condiciones, en relación con la adjudicación de las citadas cuotas. En este sentido, en el numeral 1.3 se reguló que, cada CEOL tendría como objeto una cuota de 80 mil toneladas o dos cuotas de 160 mil toneladas, en cualquier área del territorio nacional. En caso que, un mismo contratista fuere adjudicado con dos cuotas de 80 mil toneladas, tendrá la opción de celebrar CEOL de forma independiente para cada una de ellas, o bien, suscribir un solo acuerdo por ambas cuotas. En este orden de ideas, ejercido el derecho de opción descrito, la o las cuotas de 80 mil toneladas no podrán ser divididas.
50. En este último aspecto, las bases permiten que cada cuota, sin perjuicio de no poder ser divididas, si pueda ser transferido el CEOL en su integridad a un tercero, previa autorización y bajo las condiciones que se expresan en el decreto supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería.

<sup>21</sup> <https://www.usgs.gov/centers/national-minerals-information-center/mineral-commodity-summaries>



51. En el citado numeral 1.3 también se establece que los contratistas adjudicados no podrán, por sí, o por medio de personas relacionadas, ser titulares de más de 2 cuotas de litio metálico comercializable, cualquiera sea el saldo remanente de explotación de las cuotas. Se determinó que las partes relacionadas, eran aquellas dispuestas en el artículo 100 de la Ley N° 18.045 Ley Mercado de Valores.
52. Como corolario, se hace presente que, el diseño de la licitación consideró 5 cuotas de 80 mil toneladas de litio, con lo cual el escenario máximo de adjudicación lleva a establecer contratos por un total de 400 mil toneladas de litio. Los análisis internos indican que el mercado de productos químicos de litio, que son el estándar de esta industria, se encuentra altamente concentrados en 5 actores que representan 66% del mercado mundial de litio, y dos de ellas operan en Chile<sup>22</sup>. También esta concentración se refleja a nivel de países, con 4 naciones que aportan 95% de la oferta desde minas.
53. Como medida de poder limitar que no se repitiese en un proceso de licitación, la representatividad de las cuotas de mercado de estos 5 actores, se diseñó que al menos solo pudiesen optar, siempre que sus ofertas económicas resulten las más atractivas, para un máximo de 2 cuotas. Con ello, para estas empresas de reconocida experiencia en el negocio del litio consolidar en 160 mil toneladas de litio pudiese ser atractivo, según un tamaño de operación para lo cuentan con las capacidades técnicas de poder desarrollarlo.
54. En el otro caso, de no presentarse ofertas atractivas por 2 cuotas por oferentes en relación a ofertas por 1 cuota individual, según la evaluación económica de ofertas, pudiesen ser asignadas cuotas individuales de 80 mil toneladas de litio cada una y contar con 5 contratistas.
55. Así, el rango esperable de adjudicatarios se encontraría entre 3 a 5 contratos diferentes, según la mejor combinación económica, sujeto a la limitación de asignar un máximo de 2 cuotas a un mismo oferente, materializando con este diseño la opción de abrir el mercado nacional de producción de litio chileno a nuevas empresas.
56. En otro orden de ideas, las bases de licitación, en su numeral 2, contienen su programa y describe las distintas etapas del proceso licitatorio. El cronograma de licitación consideró 65 días continuos desde la publicación del llamado de licitación hasta la fecha de cierre de presentación de ofertas. La licitación es por cuotas de explotación y beneficio de litio no asociado a un área específica, y no considera aspectos técnicos de los proyectos, puesto que el estudio y definición es de responsabilidad de los contratistas a desarrollar una vez adjudicados las cuotas a oferentes seleccionados, todo lo cual no requiere un intensivo periodo de preparación de antecedentes. El mejor resultado a lo anterior es la respuesta del mercado, se adquirieron bases por 77 interesados, se recibieron propuestas de 8 oferentes, y finalmente se evaluaron ofertas de 5 de aquellos considerados como admisibles.
57. El detalle del cronograma fue el siguiente:

---

<sup>22</sup><https://www.cochilco.cl/Mercado%20de%20Metales/Produccion%20y%20consumo%20de%20litio%20hacia%20el%202030.pdf>



ETAPA	FECHA
Publicación del llamado a licitación	Dentro de los 5 días hábiles contados desde la total tramitación de los antecedentes fundantes de la licitación, a través del sitio web del Ministerio y de su publicación en un diario de circulación nacional.
Adquisición de bases	Podrá efectuarse dentro de los 21 días hábiles siguientes a la publicación de llamado a licitación.
Término del plazo para consultas <sup>23</sup>	Dentro de los 25 días hábiles posteriores a la publicación de las bases.
Envío respuesta a consultas (Circulares Aclaratorias)	Dentro de los 30 días hábiles posteriores a la publicación de las bases, enviadas vía email solo a interesados que compraron las bases.
Recepción de las Ofertas	Dentro del plazo máximo de 45 días hábiles posteriores a la publicación de las bases, en la Oficina de Partes del Ministerio.
Apertura y evaluación de los Requisitos Administrativos	Dentro de los 49 días hábiles posteriores a la publicación de las bases.
Apertura y evaluación de las Ofertas Económicas	Dentro de los 54 días hábiles posteriores a la publicación de las bases.
Notificación/Publicación formal de resultado de la Licitación (Adjudicación)	Dentro del plazo máximo de 65 días hábiles contados desde la publicación de las bases, a través del sitio web del Ministerio y vía carta certificada al domicilio del adjudicatario.
Suscripción del o los CEOL	Dentro del plazo máximo de 2 meses, posteriores a la notificación del adjudicatario.

58. Como se estableció anteriormente, la primera etapa del proceso licitatorio consistió en, la publicación del llamado a licitación, que consistió en que el llamado, y no el contenido de las bases, se efectuaría en el sitio web del Ministerio de Minería y en un diario de circulación nacional, lo que aconteció el 13 de octubre de 2021.
59. Lo anterior se debió a que, se dispuso que el contenido de las bases, una vez publicado el llamado a licitación, sólo serían conocidas por quienes las adquirieran, por un monto de \$200.000.- (doscientos mil pesos), siendo un requisito para ser oferente en el procedimiento, la adquisición y envío de comprobante de transferencia o depósito bancario.
60. Con fecha 12 de enero de 2022, el Ministerio de Minería, a través de la Resoluciones Exentas N° 68 y 69, adjudicó a las empresas Servicios y Operaciones Mineras del Norte S.A., y BYD Chile SpA., una cuota de 80 mil toneladas de litio comercializable, respectivamente.
61. Posteriormente, con fecha 14 de enero de 2022, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, en la sustanciación de dos recursos de protección, interpuestos por el Gobernador Regional de Atacama (Rol 9-2022) y por la Comunidad Indígena Colla Pai Ote (Rol 10-2022), acogió órdenes de no innovar, que trajeron como consecuencia, la paralización del proceso licitatorio y de su adjudicación.
62. Asimismo, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, con fecha 28 de enero de 2022, conociendo de recurso de apelación, de fallo emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones



de Antofagasta, donde se rechazó recurso de protección interpuesto por la Comunidad Atacameña de Camar, aceptó emitir orden de no innovar, sólo en cuanto a los efectos que se producen del citado decreto supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería.

63. Cabe agregar que, los citados recursos de protección, siguen en tramitación y a la espera de las decisiones de fondo. Sin perjuicio de aquello, una vez otorgadas las órdenes de no innovar por parte de la Corte de Apelaciones de Copiapó, se informó de la paralización a los oferentes adjudicados, quedando suspendido la tramitación de las garantías de pago del precio de sus ofertas.
64. Como resultado del proceso de licitación pública, se deberá suscribir un CEOL entre los contratistas que han sido adjudicados en la licitación y el Estado de Chile, representado por el Ministerio de Minería. Tal como señala el artículo 2° del referido decreto supremo N° 23, el objeto de cada CEOL será la exploración, explotación y beneficio de una cuota de 80 mil o dos cuotas por un total de 160 mil toneladas de litio metálico comercializable, **en cualquier área del territorio nacional**, siendo cada cuota controlada y medida en términos de los productos de litio metálico comercializable que produzca el contratista, una vez que dichos acuerdos entren en régimen.
65. Respecto a los requisitos de admisibilidad, estos fundamentalmente dicen relación con la existencia y viabilidad económica de la empresa interesada, ya que debe acreditar existencia y solvencia económica, sin perjuicio de otros requisitos que dicen relación con su controlador para efectos de velar por los objetivos de la licitación. De este modo, como puede corroborarse con el mismo texto de las bases, numerales 9 y 10, son requisitos simples, que no requieren de mayor evaluación ni ponderación, sino que por el simple apego a dichos requisitos logran cumplirse éstos.
66. En cuanto a la afirmación que se postula en la consulta, debemos señalar que el criterio adolece de errores, y debe partirse de la base que, al igual que en cualquier proyecto minero, la cuota adjudicada es el título habilitante para poder explorar y explotar una sustancia mineral no concesible, sin embargo el adjudicatario deberá al igual que en cualquier otro proyecto minero cumplir con los respectivos permisos u autorizaciones sectoriales, respetar derechos preexistentes y sobrellevar la coexistencia de derechos como también, recordemos que debe ingresarse al SEIA, por tanto no estamos frente a una excepción a las normas generales aplicables a otro proyecto. En otras palabras, si un mismo titular decide desarrollar su cuota de litio en un área en que exista otro titular, será aquel quien deberá asumir los costos y cargas asociadas a dicha elección, lo que está absolutamente fuera del proceso licitatorio en comento, tal como lo expresa el artículo 2° del Decreto Supremo N°23, de 2021, del Ministerio de Minería.
67. Se hace presente que, la empresa consultante en este procedimiento no contencioso, directamente, o a través de un representante o mandatado autorizado, no participó en el proceso de licitación, sea durante el periodo de consultas para la adquisición de las bases, en la gestión de compra misma de las bases, o como oferente en el proceso de licitación.
68. Es importante tener presente que, el proceso en análisis se somete al estatuto constitucional consagrado en el Artículo 19 N°24 inciso 10 de la Constitución Política de la República, y regulado en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (Art. 3°) y en el Código de Minería (Art. 8), por lo que no existe un foro inverso como es el consagrado en la Ley N°19.886 y su reglamento. Sin embargo, la Resolución N°1, de 2021 del Ministerio de Minería, consagró un proceso de “Consultas y Respuestas” a través del cual los



interesados en el proceso pudieron exponer sus inquietudes respecto del proceso, lo cual se respondió en forma pormenorizada a través de la circular aclaratoria N°2. Por su parte, respecto a la empresa consultante, esta no participó de instancia alguna respecto de este proceso.

69. Finalmente, cabe agregar que, con las adjudicaciones en el proceso licitatorio, ninguna empresa podrá detentar poder de mercado, dado el diseño de adjudicar cuotas máximas, según lo ya explicado en el presente informe. Lo anterior se concluye, debido a que, la cuota máxima de 160 mil toneladas de litio metálico no representa un porcentaje relevante, ni para el ámbito local, menos aún en el mercado mundial, y buscan en la totalidad de la licitación tratar de mantener la posición de Chile como uno de los actores relevantes, lo cual de no ocurrir llevaría a Chile a perder presencia significativa en el mercado del litio. Los pronósticos de los analistas de mercado estiman que la demanda de litio pudiese llegar a rangos entre 1,7 millones a más de 2 millones de carbonato de litio equivalente anuales, hacia el año 2030, según reportes de COCHILCO (2020 - 2021).

#### **II.4.1 Impugnaciones y Estado actual proceso licitatorio**

##### **II 4.1.1 Recursos Administrativos**

70. Una vez que, se conocieron los resultados de las evaluaciones administrativas, los oferentes Wealth Minerals Chile SpA, y Lilac Solutions Inc., presentaron ante el Comité Especial de Licitación, recursos administrativos de reposición, en contra de la decisión del citado comité, por excluirlos de la etapa de revisión de antecedentes administrativos.
71. A la fecha, los recursos no han sido resueltos por el Ministerio de Minería, considerando que, el proceso licitatorio y los efectos del decreto supremo N° 23, de 2021, se encuentran paralizados por órdenes de no innovar, decretadas por la Corte de Apelaciones de Copiapó, el 14 de enero de 2022, y por la Corte Suprema de Justicia, el 28 de enero de 2022.
72. El Comité Especial de Licitación, en la etapa de apertura de los requisitos administrativos, y posterior evaluación y calificación de los mismos, acordó, por unanimidad, que las ofertas de las empresas Lilac Solutions Inc., Consorcio Austral Maricunga y Wealth Minerals Chile SpA, no habían cumplido con la totalidad de los requisitos administrativos requeridos en las bases de licitación, y, por ende, quedaron impedidas de continuar a la etapa de apertura y evaluación de las ofertas económicas.
73. En el caso del oferente Lilac Solutions Inc., el Comité Especial de Licitación, revisó los antecedentes que debían acompañarse en el anexo A.6 "Información Financiera y Económica", y concluyó que, los antecedentes aportados no correspondían a los balances y estados financieros debidamente auditados por terceros. A su vez, se dejó constancia en la respectiva acta que, en razón de una asesoría técnica recibida, en los antecedentes aportados por el oferente, no constaba el tipo de la moneda en que estaba expresado, ni que la norma contable sea homologable a la norma chilena. Por otro lado, el citado comité, verificó que, de acuerdo a lo dispuesto en las bases, la garantía de seriedad de la oferta, no había sido correctamente extendida, dado que se requería que fuera a nombre de la Subsecretaría de Minería, y el oferente lo hizo a nombre del Ministerio de Minería.
74. Con respecto al oferente Consorcio Austral Maricunga, su oferta fue declarada fuera de bases, debido a que, en la revisión de los antecedentes que conformaban el anexo A.2 "Documentos de identificación y capacidad legal del oferente", se dejó constancia que la





inscripción social de una de las empresas del consorcio, a saber, Delémont Investment SpA., no poseía la vigencia exigida en bases; y, además, se constató que no se adjuntaron las personerías para representar a las empresas Maricunga Austral SpA., y Delémont Investment SpA. También, se acreditó que, respecto a los antecedentes correspondientes al Anexo A.6 “Información Financiera y Económica”, no se acompañaron aquellos exigidos en el numeral 9.2.5 de las bases de licitación, referidos a los balances y estados financieros debidamente auditados por terceros, en los términos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones. Finalmente, el oferente no adjuntó la garantía de seriedad de la oferta.

75. Por su parte, la oferta de Wealth Minerals Chile SpA., fue decretada fuera de bases, por las siguientes razones; respecto a los antecedentes correspondientes al Anexo A.6 “Información Financiera y Económica”, el comité concluyó que los antecedentes enviados no corresponden a los balances y estados financieros debidamente auditados por terceros del oferente, sino que corresponden a estados financieros consolidados de la empresa canadiense Wealth Minerals Ltd, que, si bien, contienen información de la empresa subsidiaria chilena Wealth Minerals Chile SpA, aquellos no corresponden al balance y estado financiero debidamente auditados.

#### II 4.1.2 Recursos Judiciales

76. Estando vigente el proceso licitatorio, se han interpuesto distintos recursos de protección y un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tanto en contra del decreto supremo N° 23, de 2021, de la Resolución N° 1, de 2021, que aprueba las bases de la licitación pública, y en contra de la adjudicación de la licitación, que se resumen a continuación:

Nómina de juicios pendientes						
Materia	N° causa	Año	Tribunal	Recurrente	Acto recurrido	Instancia
Recurso de Protección	10	2022	Corte de Apelaciones Copiapo	Comunidad Indígena Colla Pai Ote	Decreto Supremo N° 23, de 2021, y todos los actos que se deriven de su ejecución. Omisión consulta indígena.	Orden de No Innovar decretada. Pendiente vista de la causa.
Recurso de Protección	9	2022	Corte de Apelaciones Copiapo	Gobernador Regional de Atacama	Acta de apertura de ofertas económicas de la licitación pública y todos los actos que son a consecuencia de aquella. Omisión informe previo a GORE Atacama y	Orden de No Innovar decretada. Pendiente vista de la causa.



					consulta indígena.	
Recurso de Protección	de 142	2022	Corte de Apelaciones de Antofagasta	Comunidad Atacameña de Coyo	Actos adjudicatorios del proceso de licitación	Rechazo Orden de No innovar, y sentencia que rechaza acción cautelar.
Recurso de Protección	de 39	2022	Corte de Apelaciones de Santiago	9 H. Diputados y Diputadas de la República.	Decreto Supremo N° 23, de 2021.	Inadmisible (extemporáneo) Corte Suprema confirma inadmisibilidad.
Recurso de Protección	de 40710	2021	Corte de Apelaciones de Santiago	Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños.	Decreto Supremo N° 23, de 2021. Omisión consulta indígena.	En relación
Recurso de Protección	de 99	2022	Corte Suprema	Comunidad Atacameña de Camar	Decreto Supremo N° 23, de 2021. Omisión consulta indígena.	Corte Apelaciones de Antofagasta rechaza recurso. (Rol N° 11174-2021). Causa en acuerdo en Corte Suprema.
Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad	de 12812	2022	Tribunal Constitucional	12 H. Diputados y Diputadas de la República.	Decreto Supremo N° 23, de 2021.	Se declara inadmisibles por extemporáneo y no acreditar la inconstitucionalidad

### III. 4.2 Razonabilidad económica de las Bases y diferencias planteadas por la Consultante con el CEOL suscrito con Salar de Maricunga SpA

#### III.4.2.1. Razonabilidad económica de las Bases

77. De conformidad con la jurisprudencia del TDLC, el escrutinio del diseño de las bases de licitación en sede de libre competencia se refiere al mantenimiento de las condiciones mínimas de rivalidad, de manera tal de velar porque las condiciones competitivas que, en el caso de las licitaciones, se desarrollan *ex ante*, emulen los resultados de un mercado competitivo *ex post*<sup>24</sup>. Así, en este contexto, el ejercicio de la potestad consultiva del Tribunal estará encaminado a evitar que las actuaciones de los organismos del Estado: (i)

<sup>24</sup> TDLC. Resolución N°52/2018, C. 40.



manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un eventual abuso de dominancia después de una licitación; y, (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante condiciones contenidas en las bases de licitación<sup>25</sup>.

78. De la lectura de la Consulta, se puede inferir que lo que la Consultante objeta es que, en su opinión, las Bases restringirían ilegítimamente la competencia<sup>26</sup>, en consideración a que establecerían condiciones que constituirían barreras a la entrada injustificadas, que impedirían a ciertos actores participar en la Licitación en igualdad de condiciones con otros competidores –particularmente, en relación con grandes actores internacionales–.
79. Siguiendo el criterio planteado por el TDLC, al analizar estas materias también debe tenerse en consideración los fines de política pública que justificaron la dictación de las respectivas bases de licitación, pudiendo dichos intereses, en algunos casos, justificar ciertas restricciones a la competencia:

*“(…) el análisis de esta clase de actos debe realizarse teniendo presente los objetivos que tuvo a la vista la autoridad que los dicta. En otras palabras, de lo que se trata es de ‘ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación, y la adecuada protección de la libre competencia, a fin de determinar si la autoridad ha cometido una infracción a la misma’ (Sentencia N°138/2014, c. 14°) (...). Así, en esa ponderación, se ha entendido que las bases de una licitación pública deben asegurar ‘la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, en el entendido que ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables’”<sup>27</sup>.*

80. En el caso de las Bases, los fines de política pública detrás de su elaboración se pueden sintetizar en tres: (i) abrir el acceso al mercado del litio en Chile<sup>28</sup>; (ii) aumentar la producción de este mineral<sup>29</sup>; y, (iii) maximizar la recaudación fiscal<sup>30</sup>. De ello se sigue que, si las condiciones fijadas en las Bases encuentran una justificación a la luz de los fines de política pública señalados, aún en el evento de que pudiese estimarse que restringen en alguna medida la competencia, no debieran ser declaradas anticompetitivas, pues el

<sup>25</sup> Así lo ha sostenido el TDLC: “[e]n lo que se refiere al diseño de bases de licitación públicas por parte de organismos de administración del Estado, cabe reiterar que la finalidad del escrutinio que efectúa este Tribunal, en términos generales, es velar porque las condiciones de competencia ex ante incentiven o emulen el comportamiento competitivo ex post (Sentencia N°34/2005 y N°138/2014). En especial, tal como se ha indicado en otras ocasiones, el Tribunal debe asegurar que se mantengan condiciones mínimas de rivalidad en el diseño de bases de licitación, esto es, evitar que las actuaciones de los organismos de la administración del Estado (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia después de la licitación; y (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante condiciones contenidas en las bases de licitación (Sentencia N°138/2014, considerando 17°)”. TDLC. Resolución N°52/2018, C. 29. Dicho criterio ha sido reiterado en diversas causas seguidas ante el Tribunal. A modo de ejemplo, véase, TDLC. Resolución N°60/2019, C. 23.

<sup>26</sup> Consulta, p. 1.

<sup>27</sup> TDLC. Resolución N°61/2020, C. 7.

<sup>28</sup> “[...] [G]enerar oportunidades para que las empresas que actualmente participan en este mercado, y otras que no participan del mismo, puedan hacerlo en igualdad de condiciones y en términos competitivos”. Bases, p.2.

<sup>29</sup> “Que, se hace necesario incrementar el desarrollo de la industria de litio en Chile, con el objeto de reforzar la participación estratégica de nuestro país en los mercados internacionales atendida una creciente demanda proyectada por esta sustancia mineral”. Bases, p. 2. Asimismo, véase Decreto N°23 de 27 de julio de 2021 del Ministerio de Minería que “Establece requisitos y condiciones del Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio que el Estado de Chile suscribirá, conforme a las Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional que se aprobarán para estos efectos”, p. 2.

<sup>30</sup> “Las condiciones de participación en esta licitación son igualitarias y se verifican en base al cumplimiento de requisitos objetivos. En igualdad de condiciones entre Oferentes, la Adjudicación será decidida considerando especialmente maximizar la recaudación fiscal en función de las posibles combinaciones que se verifiquen entre las distintas Ofertas (...)”. Bases, p. 3.



Tribunal debe ponderar la protección de la competencia con los objetivos perseguidos por la autoridad sectorial. Así lo ha señalado la jurisprudencia del TDLC:

*“Que, en este sentido, el establecimiento de exigencias por parte de la autoridad para participar en los procesos licitatorios naturalmente produce una exclusión respecto de un número de competidores, lo que no podría ser estimado en principio contrario a las normas de la libre competencia. En Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación del derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo (...). Que, por consiguiente, en casos como el presente, el grado de convicción que debe tener este Tribunal para declarar que una autoridad ha cometido una infracción a las normas del D.L. N°211, debe tener en cuenta las consideraciones anteriores; esto es, que las autoridades públicas, al dictar actos de autoridad, persiguen fines de bien común que pueden considerar otros objetivos de política pública que pueden ser distintos de la libre competencia; y que en los procesos licitatorios que lleva adelante el Estado en los que se asigna la explotación de un servicio en condiciones monopólicas, es normal y legítimo que el licitante establezca requisitos y exigencias razonables que naturalmente producirán la exclusión de eventuales interesados en participar en ella”*<sup>31</sup>.

81. Así, para analizar si las condiciones contenidas en las Bases limitan injustificadamente la competencia o no, se deben tener siempre en vista los objetivos de política pública señalados en ella. Además, no basta con realizar un análisis abstracto de las Bases o simplemente comparativo con respecto a otras bases de licitación, sino que se debe tomar en especial consideración el tipo de industria sobre la cual recae, así como la naturaleza y envergadura del proyecto o negocio licitado.
82. En ese sentido, al momento de examinar las condiciones contenidas en las Bases, es importante tener en especial consideración la relevancia del litio, al ser éste un mineral estratégico, no concesionable, y declarado por ley como reservado por ser de interés nacional<sup>32</sup>, en consideración a que cumple un rol esencial en materia nuclear. Así lo señala el artículo 2 de la Ley N°16.319 que crea la Comisión Chilena de Energía Nuclear (“CCHEN”). De hecho, tal es su importancia estratégica, que en Chile no es posible celebrar actos jurídicos sobre el litio sin autorización de la CCHEN, la que determina las condiciones bajo las cuales concede su autorización<sup>33</sup>.
83. Por otra parte, en cuanto a la importancia competitiva que significa la Licitación, es relevante comparar el porcentaje que representa el litio que se asignó mediante ésta con el total del litio disponible en Chile para la exploración, explotación y beneficio. Ello, por cuanto en casos anteriores el TDLC ha descartado riesgos a la libre competencia en procesos licitatorios para casos en que los porcentajes de una industria que son objeto de concursos públicos son reducidos, pues difícilmente la asignación de dichos porcentajes pueda provocar cambios significativos o incentivos inadecuados en el mercado afectado:

*“En el caso de autos, estamos frente a una subasta que tiene por objeto el otorgamiento de un título habilitante no exclusivo para desarrollar una determinada actividad económica, en este caso la extracción de un recurso natural, que se encuentra regulada y limitada en función de consideraciones de política*

<sup>31</sup> TDLC. Sentencia N°184/2014, C. 19 y 21.

<sup>32</sup> Artículo 5°, Decreto Ley N°2.886 de 1979.

<sup>33</sup> Artículo 8, Ley N°16.319.



pública. La Subasta sólo se refiere a una porción -un 5%- de la llamada fracción industrial de la cuota global de captura de merluza común, que -a su vez- representa sólo un 3% de esta; y, asimismo, la porción subastada se adjudica en bloques. Adicionalmente, las LTP clase B subastadas, como su denominación indica, son transferibles con posterioridad, por lo que podrá existir un mercado secundario a su respecto. Es bajo estas consideraciones que debe analizarse la pretensión de las Consultantes (...). A ello se agrega que, tal como señala la FNE a fojas 154, la porción de la cuota global de captura afecta a la Subasta (y las demás que se realicen con posterioridad) difícilmente podría generar por sí misma cambios relevantes o incentivos inadecuados en el mercado, más aún si se compara ese porcentaje de la cuota global de captura con las estimaciones que las propias Consultantes han presentado respecto de la pesca ilegal de merluza común<sup>34</sup>.

84. De acuerdo con información pública, las cuotas de toneladas de litio objeto de la Licitación representarían un 4,4% de las existencias de litio conocidas en Chile, por lo que se podría argumentar que lo licitado representa un porcentaje insuficiente para afectar las condiciones competitivas del mercado<sup>35</sup>.
85. Es más, la licitación ha adjudicado a dos empresas, a saber, BYD Chile SpA., y Servicios y Operaciones Mineras del Norte S.A., 80 mil toneladas de litio metálico comercializable, para cada una lo que, en su conjunto, representa sólo el 1,7% de las reservas conocidas en el territorio nacional.
86. Históricamente se reconoce en Chile un gran potencial de recursos de litio contenidos en ambientes salinos (salares y lagunas salinas), tal como lo ha identificado la publicación de 2013 por parte de COCHILCO y SERNAGEOMIN<sup>36</sup>.
87. A lo anterior, se suma la actualización que realiza el Servicio Geológico de Estados Unidos (USGS según acrónimos en inglés), que en su reporte de enero de 2021, informa que de fuentes públicas consultadas, las reservas de litio de Chile alcanzan el volumen de 9,2 millones de toneladas de litio<sup>37</sup>. Sobre el total de reservas mencionadas anteriormente las cuotas adjudicadas por un total acumulado de 160 mil toneladas representan porcentualmente el 1,7% del total de reservas estimadas en el país. Cabe señalar que la cuota de licitación corresponde al valor total y único asociado a materializar un proyecto minero para toda su vida útil, que luego de realizar los trabajos y estudios necesarios, permitiría definir aspectos como la capacidad de producción anual y el tiempo de operación según la inversión evaluada del proyecto. El Decreto Supremo y las bases de licitación plantean el marco normativo de los contratos, pero es responsabilidad de los contratistas del CEOL, el diseño e implementación de todo lo necesario para ejecutarlo.
88. Solo para fines de ejemplo, un Contratista de una cuota de 80 mil toneladas de litio, desarrollando exitosamente las etapas preinversionales, pudiese materializar un proyecto minero de una capacidad anual de producción en el orden de las 20 mil toneladas de

<sup>34</sup> TDLC. Resolución N°60/2019, C. 24 y 35.

<sup>35</sup> En palabras del Ministro de Energía y Minería, Juan Carlos Jobet: "Con esta licitación van a entrar nuevos actores a una industria donde hace 27 años son los mismos dos (SQM y Albermarle), y no impide la creación de una empresa nacional del litio". Ello, afirmó, porque las cinco cuotas que se están licitando corresponden solo al '4,4% de las reservas conocidas de Chile. Para aprovechar esta oportunidad necesitamos trabajar juntos y con una mirada de largo plazo". Véase: <<https://www.emol.com/noticias/Economia/2022/01/06/1043136/realidad-industria-litio-chile-proyecciones.html>> [última consulta: 13 de enero de 2021].

<sup>36</sup> <https://www.cochilco.cl/Mercado%20de%20Metales/InformeLi.pdf>

<sup>37</sup> <https://pubs.usgs.gov/periodicals/mcs2021/mcs2021-lithium.pdf>



carbonato de litio, utilizando tecnología convencional en la obtención de productos químicos de litio a partir del procesamiento de las salmueras continentales.

89. Sin perjuicio de lo expuesto, y referido anteriormente, las cuotas que fueron objeto de la licitación, representaban un 4,4% de las reservas conocidas en nuestro país.
90. Tal como se ha mencionado, considerando las reservas de 9,2 millones de toneladas de litio reportadas en 2021, se obtiene que, las 400 mil toneladas, objeto de la licitación, representan porcentualmente el 4,4% del total de reservas estimadas en el país. Por otro lado, al ser el litio, una sustancia minera reservada para el Estado e inconcesible, las condiciones de competencia de mercado se acotan a los términos y condiciones que el mismo Estado fija, en este caso mediante el citado Decreto Supremo N° 23, y la consiguiente licitación que le permite al Estado seleccionar a los futuros contratistas, y resulta en cierto modo independiente del porcentaje que represente el volumen licitado del total nacional.

A continuación, veremos cada una de las condiciones imputadas por la Consultante como anticompetitivas, y los argumentos que podrían utilizarse para desechar tales imputaciones.

#### **III.4.2.1.1 Primera imputación: las garantías exigidas por las Bases son por montos que dificultarían la participación de oferentes y reducirían la intensidad competitiva**

91. A juicio de la Consultante, las Bases contravendrían la jurisprudencia del TDLC, al exigir a los oferentes del proceso licitatorio: **(i)** constituir diferentes garantías por diversos conceptos; **(ii)** cada una de ellas por montos excesivos, sin justificación y desproporcionados para el objeto del proceso; **(iii)** se deben obtener y entregar en brevísimos plazos, casi imposibles de cumplir para empresas que no cuentan con las redes de grandes actores internacionales; e; **(iv)** imponen una renuncia forzada al legítimo derecho a impedir su cobro, lo cual generaría incertidumbre y costos que por sí solos constituyen barreras a la entrada.
92. Con respecto a **(i)**, baste señalar que la constitución de las garantías de seriedad de la oferta, de pago del precio y de ejecución de inicio de labores, no son exigencias poco comunes en los procesos licitatorios. Así, por de pronto, en la causa rol NC N°462-2020, el TDLC manifestó absoluta conformidad con que, en el caso de la licitación de la estación intermodal metropolitana en la comuna de Pedro Aguirre Cerda, se extendiera un número incluso mayor de garantías:

*“En este caso, las Bases establecen un Garantía de Seriedad de la Oferta de: UF 5.000; una Garantía de Fiel Cumplimiento de la Etapa de Diseño/Construcción de UF 37.613 para la etapa de Explotación y UF 37.613 para la etapa de Construcción. Y finalmente, una garantía para la correcta ejecución de las obras, por el 2% del presupuesto de la obra. La FNE no observa problema alguno respecto de estas garantías, y este Tribunal tampoco en cuanto son proporcionales a la envergadura del proyecto”<sup>38</sup>.*

93. En relación con el análisis de los montos de las garantías a ser otorgadas en una licitación, el TDLC ha indicado que:

*“Al respecto, y desde el punto de vista de la libre competencia, es deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la*

<sup>38</sup> TDLC. Resolución N°66/2021, C. 123.



participación de los interesados, para lo cual su monto no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una<sup>39</sup>.

94. De esta forma, lo relevante no es el número de garantías que se deban otorgar, sino que el monto de éstas. Al efecto, el TDLC ha señalado múltiples veces que, en lo tocante al monto de las cauciones, lo esencial es que el mismo no sea excesivo, para no desincentivar innecesariamente la participación de potenciales interesados. El criterio de proporcionalidad, por su parte, se determina en función de la capacidad de la caución para resarcir los daños derivados de un potencial incumplimiento: la caución estará ajustada a la normativa de libre competencia en la medida en que su cuantía sea adecuada para cubrir los perjuicios que ocasionaría el incumplimiento de la obligación caucionada<sup>40</sup>.
95. En relación con este punto, la Consultante no explica ni fundamenta de qué manera los montos de las cauciones exigidas en las Bases serían excesivos. En efecto, la Consultante propone que los montos de dichas garantías se rebajen al 30% de las sumas actuales, porque con ocasión de una concesión de servicio de telefonía móvil, el TDLC resolvió que el monto de las garantías de ese proceso licitatorio debía limitarse al 30% del precio ofertado. Sin embargo, la Consultante no fundamenta porqué sería comparable una licitación que recae sobre yacimientos de litio con una sobre concesiones de telefonía móvil. Tampoco explica cómo el 30% del monto actual de las garantías sería suficiente para responder por los daños que éstas pretenden caucionar. Por su parte, tampoco fundamenta por qué los plazos para otorgarlas serían tan breves que generarían barreras artificiales a la entrada, especialmente considerando que estos no fueron impedimento para que ocho empresas presentaran ofertas.
96. En cuanto a la *Garantía de Seriedad de la Oferta*<sup>41</sup>, ella ascendía al 10% del *Valor Base*, esto es, el precio mínimo que el oferente puede ofrecer por una cuota de exploración, explotación y beneficio de 80 mil toneladas de litio metálico comercializable, el cual debe ser el equivalente en pesos chilenos de US\$5.000.000 (cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América ("USD")). En otras palabras, la suma de esta garantía ascendería a USD \$500.000.- por cada cuota licitada. Dada la relevancia estratégica del litio, según se describió *supra*, y, además, considerando el valor económico de éste<sup>42</sup>, sería posible afirmar que el monto de la *Garantía de Seriedad de la Oferta* sería proporcional a los daños que generaría una oferta ilusoria en el contexto de la Licitación.
97. Asimismo, la *Garantía de Seriedad de la Oferta*, estimada en 10% del valor base de US\$5.000.000.-, para el caso de presentar una oferta por una cuota de 80 mil toneladas de litio metálico comercializable; equivale a US\$500 mil, lo cual representa un valor estimado como razonable, si se considera que para desarrollar un proyecto cuyo monto de inversión final de estas características, se estima en el rango de US\$400 a US\$500 millones de dólares.

<sup>39</sup> TDLC. Informe N°18/2020, C. 140.

<sup>40</sup> "Al respecto, y desde el punto de vista de la libre competencia, es deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados, para lo cual su monto no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una." TDLC. Informe N°18/2020, C. 140.

<sup>41</sup> La *Garantía de Seriedad de la Oferta* es aquella destinada a garantizar el correcto cumplimiento de la Licitación hasta su etapa de adjudicación, y en particular asegurar que el oferente respete a cabalidad todas las condiciones y valores ofrecidos en su oferta. Bases, p. 15.

<sup>42</sup> De acuerdo con información pública, el valor de la tonelada de litio al año 2018 fluctuaba entre los USD \$15.000 y USD \$20.000. Dado que cada cuota licitada por las Bases asciende a 80.000 toneladas de litio comercializable equivalente, cada una de ellas ascendería a un valor aproximado de USD \$1.400.000.000 (en el supuesto de que el valor de la tonelada de litio fuera el promedio de USD \$15.000 y USD \$20.000).



98. Con respecto a la *Garantía de Pago del Precio de la Oferta*<sup>43</sup>, ella ascendía al monto del precio de la oferta que haya sido presentada por el(los) adjudicatarios de la Licitación. Dicho monto, podría argumentarse, tiene plena lógica económica, pues el potencial daño derivado del incumplimiento de la obligación caucionada asciende precisamente al precio al cual resultó adjudicada la cuota licitada. Este tipo de garantía se considera necesaria de establecer, solo aplicable a los adjudicatarios, una vez notificados, para resguardar el periodo entre la adjudicación y la suscripción del contrato respectivo, fecha última donde debería hacer pago efectivo de la oferta, con lo cual dicha garantía sería devuelta.
99. En cuanto a la *Garantía de Ejecución de Inicio de Labores*<sup>44</sup>, ella asciende a USD\$1.000.000. Además de los argumentos de la relevancia estratégica del litio y de su valor económico, cabe destacar en este punto que el Estado recibirá parte de las sumas que se obtengan de la comercialización del litio, por lo que es de especial interés para éste que se exploten los yacimientos de dicho mineral y, en consecuencia, que se inicien las labores encaminadas a ello. Es decir, su objetivo es cautelar el interés del Estado en cuanto a que el Contratista cumpla con las actividades iniciales y necesarias, que tiendan a que el proyecto llegue a la etapa de producción.
100. Sobre la base de las consideraciones anteriores, se podría argumentar que, a pesar de que estas tres garantías alcancen montos importantes, aquellos serían proporcionales a los perjuicios que ocasionaría el incumplimiento de las obligaciones caucionadas por cada una de ellas y que además no son todas aplicables finalmente, puesto que distingue a los oferentes (solo 1 garantía efectiva previa) de los adjudicatarios finales (2 garantías complementarias). Además, pretenden asegurar que las empresas que participen en la Licitación tengan la seriedad y capacidad económica y financiera suficientes para comprometerse en un proyecto de la envergadura como el licitado. En ese sentido, se evitarían participaciones oportunistas o especulativas.
101. De este modo, se podría concluir que las cauciones descritas responden plenamente a dos de los objetivos de política pública perseguidos por el Ministerio de Minería al dictar las Bases: garantizar la máxima producción de litio y, con ello, maximizar la recaudación fiscal que resulte de la comercialización del mineral. Cabe añadir que, las bases contemplaron la entrega de diversos instrumentos, a saber, boletas bancarias, pólizas de seguro a primer requerimiento o cualquier otro instrumento pagadero a la vista, debiendo tener el carácter de irrevocable y no endosable, y en este orden de ideas, podían variar, si los instrumentos inmovilizaban más o menos capital.
102. Por su parte, la Consultante también alega que constituiría un elemento de incertidumbre adicional que todas las garantías antes señaladas se podrían cobrar de forma imprevisible y contra la voluntad del oferente, toda vez que las Bases obligan a renunciar a cualquier derecho de oposición que pudiera asistirle a dicho cobro. Sin embargo, ello no es correcto, pues las mismas Bases señalan las circunstancias específicas que habilitarían el cobro de cada garantía:

---

<sup>43</sup> La *Garantía de Pago del Precio de la Oferta* es aquella que tiene por objeto caucionar el pago del precio de la oferta al momento de suscripción del CEOL.

<sup>44</sup> La *Garantía de Ejecución de Inicio de Labores* pretenden caucionar “que el Contratista de inicio a las labores de explotación bajo las condiciones que se establecerán en él o los CEOL” y eventuales incumplimientos contractuales del adjudicatario “durante la totalidad del plazo que duren dichas labores, las que se pactan por un plazo inicial de siete años (...) y de su prórroga”. Bases. p. 23.



- a) *Garantía de Seriedad de la Oferta*: las Bases señalan que se cobrará en el evento de que no se presente la *Garantía de Pago del Precio de la Oferta*, previa verificación y certificación del Comité Especial de Licitación ("CEL")<sup>45</sup>.
- b) *Garantía de Pago del Precio de la Oferta*: las Bases señalan que se cobrará en el evento de que el adjudicatario del proceso de licitación: (i) no constituya una sociedad anónima de objeto y giro único y suscriba el o los CEOL; (ii) no pague el monto ofertado al momento de la suscripción de el o los CEOL; o (iii) no haga entrega de la *Garantía de Ejecución de Inicio de Labores de Explotación*, dentro de un plazo de 60 días hábiles contados desde la publicación de la resolución de adjudicación. Todo lo anterior, previa verificación y certificación del CEL<sup>46</sup>.
- c) *Garantía de Ejecución de Inicio de Labores de Explotación*: las Bases señalan que se cobrará en caso de cualquier incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista durante la fase de exploración, o de su prórroga, en su caso. Lo anterior, previa verificación y certificación del Ministerio de Minería<sup>47</sup>.

103. En consecuencia, no resulta efectivo que la ejecución de las garantías pueda ser algo imprevisto o arbitrario, toda vez que las condiciones de su cobro están detalladamente establecidas tanto en el citado Decreto Supremo N°23, de 2021 del Ministerio de Minería, como en las Bases, y dependen de la verificación y certificación previa de las condiciones que dan lugar a su ejecución. A mayor abundamiento, las garantías tienen un sólo objetivo, dar certeza de que aquel que ofertara en el proceso es porque tienen un interés real no especulativo en desarrollar un proyecto de litio en nuestro país. En este orden de ideas, las garantías establecen dicha condición (*renuncia a cualquier derecho de oposición a su cobro*) considerándolos como un cobro a primer requerimiento, esto es, estableciéndose que debe indemnizarse a todo evento al fisco. Es el mismo sistema que se establece para las pólizas de seguro a primer requerimiento en las pólizas de seguro, conforme a lo que dispone el artículo 583 del Código de Comercio.

104. En cuanto a la garantía de ejecución de inicio de labores de explotación, tiene un fin particular, y corresponde a que el adjudicatario materialice todos los esfuerzos necesarios para lograr desarrollar un proyecto de litio e inicie sus labores de producción. En el fondo, el objetivo es evitar la especulación con las cuotas.

105. Respecto a incumplimientos en la fase de explotación del proyecto, no hay omisión alguna, dado que estos están comprendidos en el contrato mismo (Contrato Especial de Operación de Litio - CEOL), atendido a que a partir de la etapa de producción de la empresa el contrato comienza a regir plenamente, conforme a las condiciones dispuestas en el Decreto Supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería como en el respectivo CEOL.

106. Por otro lado, el hecho de que estas garantías se cobren a su sola presentación y sin que pueda obstaculizarse su cobro, es precisamente parte del *valor* que representan tales garantías. Sin ir más lejos, las tasas de interés de toda operación financiera pretenden recoger, entre otros factores, la mayor o menor dificultad en el cobro de la respectiva garantía, reflejando el riesgo del no pago de una deuda<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Organismo integrado por el Subsecretario de Minería, el Vicepresidente Ejecutivo de la Comisión Chilena del Cobre, el Director Nacional del Servicio Nacional de Geología y Minería, un representante designado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y un representante designado por el Ministerio de Hacienda y el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Minería como su secretario. Bases. p. 15. Conforme con las mismas Bases, el CEL debe sesionar con la presencia de todos sus miembros.

<sup>46</sup> Bases, p. 22.

<sup>47</sup> Bases, p. 23

<sup>48</sup> Véase:



107. Una de las cauciones permitidas por las Bases es la boleta bancaria de garantía, la que se constituye por medio de un depósito, el cual “[y]a sea que se constituya en efectivo o como consecuencia de un préstamo bancario y cualquiera que sea la obligación que caucione, debe ser pagado al beneficiario en la oportunidad en que éste lo demande, observando solamente, cuando así se hubiera estipulado, el aviso previo de 30 días o del plazo que para el efecto se haya establecido”<sup>49</sup>. El mismo objetivo se persigue con las demás formas en que el oferente puede constituir las garantías requeridas en las Bases, sea bajo la forma de “pólizas de seguro de garantía a primer requerimiento, o cualquier otro instrumento, pagadero a la vista, con carácter irrevocable y no endosable, que dé garantías suficientes de caución”<sup>50</sup>.
108. En consecuencia, es posible aseverar que el monto, el plazo y la modalidad de cobro de las garantías exigidas en las Bases cuentan con una justificación y racionalidad económica, y son acordes a los fines de política pública perseguidos por la autoridad mediante la Licitación.

#### III.4.2.1.2 Segunda imputación: *brevidad de los plazos para presentar las ofertas*

109. Respecto de este punto, la Consultante acusa que los plazos de las Bases serían excesivamente breves, lo que podría generar una barrera a la entrada para participar de la Licitación, toda vez que serían insuficientes para presentar una oferta seria, y, más aún, para gestionar el financiamiento de las garantías con instituciones financieras, lo que favorecería a los grandes actores internacionales.
110. Con todo, la Consultante no entrega mayores razones sobre la insuficiencia del plazo, ni mucho menos un *benchmark* que sirva de referencia para evaluarlo. Baste señalar con respecto a este punto que, siguiendo la jurisprudencia enunciada *supra*, la suficiencia del plazo, al igual que el resto de las condiciones de las Bases, debe ser analizado a la luz de la industria concreta sobre la cual recaen las Bases, así como la envergadura y relevancia del proyecto licitado.
111. Por otra parte, ese plazo fue suficiente para que ocho actores presentaran sus ofertas, sin perjuicio de que fueron cinco las empresas que pasaron a la etapa de evaluación de ofertas económicas. Es más, uno de los adjudicatarios de una de las cuotas de la Licitación fue precisamente un actor nacional: Servicios y Operaciones Mineras del Norte S.A., quedando fuera las dos empresas con mayor producción de litio del país (Albemarle Limitada y Sociedad Química y Minera de Chile S.A.)<sup>51</sup>.

#### III.4.2.1.3 Tercera imputación: *criterio arbitrario para la selección de ofertas en caso de empate*

112. Otro punto reclamado por la Consultante sería que el criterio de desempate de ofertas contemplado en las Bases sería arbitrario e injustificado. Las Bases señalan que en caso de que existan dos o más combinaciones de ofertas que permitan una misma recaudación en términos económicos para el Estado, la selección será resuelta por preferir aquella combinación de ofertas que incluya dentro de las mismas aquella que haya sido presentada

---

<[https://economicas.unsa.edu.ar/afinan/afe\\_1/material\\_de\\_estudio/material/componentes%20integrados%20a%20la%20tasa%20de%20interes.pdf](https://economicas.unsa.edu.ar/afinan/afe_1/material_de_estudio/material/componentes%20integrados%20a%20la%20tasa%20de%20interes.pdf)> [última consulta: 13 de enero de 2021].

<sup>49</sup> Véase: <[https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-28936\\_doc\\_pdf.pdf](https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-28936_doc_pdf.pdf)> [última consulta: 13 de enero de 2021].

<sup>50</sup> Bases, pp. 7 y 8.

<sup>51</sup> Véase: <<https://www.biobiochile.cl/noticias/economia/actualidad-economica/2022/01/12/gobierno-da-a-conocer-nombre-de-las-dos-empresas-que-se-adjudicaron-licitacion-de-litio.shtml>> [última consulta: 13 de enero de 2021].

con anterioridad a otras ofertas consideradas para el cálculo de distintas combinaciones de propuestas presentadas en la Licitación<sup>52</sup>.

113. Esto, a juicio de la Consultante, favorecería a los grandes actores internacionales que tendrían mayores facilidades para preparar sus ofertas y conseguir el financiamiento requerido para presentarlas con mayor anticipación que el resto de los oferentes, en circunstancias de que existirían mecanismos más racionales (como un desempate o la consideración de ofertas técnicas), que tendrían mayor sustento en el mérito competitivo y en la finalidad de maximizar la recaudación fiscal del Estado.
114. Sin embargo, este argumento podría cuestionarse porque el contexto en el que opera dicho mecanismo es precisamente en el caso de que haya un empate en el valor de las ofertas. Es decir, la recaudación que el fisco obtendría por elegir cualquiera de las ofertas en empate, sería la misma. Ese es el supuesto en el que dicho desempate opera, por lo que este mecanismo no afectaría la recaudación fiscal<sup>53</sup>.
115. La fórmula para decidir la selección de las ofertas más convenientes, que permitieran obtener una mayor recaudación fiscal, reguló que en caso que, dos o más combinaciones de ofertas permitieran una misma recaudación para el Estado, se elegirá a aquella combinación que incluya la oferta que haya sido presentada con anterioridad a las otras.
116. Dicha fórmula, aceptada por la Contraloría General de la República, es utilizada dada su mayor objetividad y transparencia, y que es similar a la aplicada en procesos licitatorios a cargo de organismos de la administración del Estado.

#### III.4.2.1.4 Cuarta imputación: publicación de un precio mínimo

117. La Consultante señala que la condición de las Bases consistente en que las ofertas deban superar, por cada cuota, la suma de USD \$5.000.000, podría tener por efecto reducir la intensidad competitiva del proceso licitatorio. Ello, pues en otro proceso licitatorio el TDLC resolvió que dicha condición era anticompetitiva *“por cuanto no ha sido justificad[a] y, en todo caso, un eventual precio mínimo no debería ser conocido a priori por los participantes de la subasta”*<sup>54</sup>.
118. Sin embargo, al igual que todas las condiciones contenidas en bases de licitación, el establecimiento de un precio mínimo debe ser interpretado a la luz del caso concreto y no como un principio general y abstracto. En efecto, han existido oportunidades en que se ha validado el establecimiento de precios mínimos. Por ejemplo, en un reciente informe de la Fiscalía Nacional Económica, acompañado en la causa rol NC N°486-2021, se señaló que:

*“Así, reiteramos que, en base a los antecedentes tenidos a la vista y recabados durante el periodo de investigación, no es posible afirmar que el establecimiento de precios mínimos y máximos por parte de la entidad licitante haya tenido efectos anticompetitivos. El precio máximo no parece haber causado una restricción activa a la mayoría de los oferentes y, si bien el precio mínimo pudo haber influido en la*

<sup>52</sup> Bases, pp. 20 y 21.

<sup>53</sup> Además, se podría agregar como argumento que la solución para casos de empate contenida en las Bases ha sido usada por el legislador en otras actividades del rubro minero. En efecto, el artículo 41 del Código de Minería señala: *“Tendrá preferencia para constituir la pertenencia quien primero presente la manifestación”*.

<sup>54</sup> Consulta, pp. 19 y 20.



eficiencia de la licitación en el sentido de alcanzar precios más bajos para el Estado, probablemente no tuvo efectos en la cantidad de competidores en el proceso<sup>55</sup>.

119. El precio mínimo a ofertar refleja una condición mínima o de base, a considerar por los interesados de modo de evitar algún tipo de colusión de los oferentes, y sobre todo la referencia de mercado, que resultó del proceso de licitación de 2012 (suspendido o declarado desierto por aspectos administrativos propios del proceso), la cual estableció un monto base entorno a los US\$ 5 millones, los cuales para fines del presente proceso se validó como adecuado y en la cual se establecieron recepción de 3 ofertas competitivas, en ese caso para una cuota de 100.000 toneladas de litio metálico.
120. El pago del precio de la oferta se materializa al momento de la suscripción del contrato con el Estado (CEOL), a través de la constatación de la transferencia inmediata del valor ofertado por parte del Contratista al Ministerio de Minería, según lo indicado en articulado respectivo del contrato que se firma en el acto. También en mismo Acto se procede a la devolución de la garantía del precio de la oferta indicada en Art.13.3 de las bases de licitación.
121. Mediante la Resolución Exenta N°68, del 12 de enero de 2022, se adjudica a la empresa Servicios y Operaciones Mineras del Norte S.A. de la adjudicación de 1 cuota de 80.000 toneladas de litio comercializable por un monto en pesos de \$50.911.200.000 equivalente a US\$ 60 millones. Mediante Resolución Exenta N°69, del 12 de enero de 2022, se adjudica a la empresa BYD Chile SpA de la adjudicación de 1 cuota de 80.000 toneladas de litio comercializable por un monto en pesos de \$51.760.567.666.- equivalente a US\$ 61 millones aproximadamente.

#### **III.4.2.1.5 Quinta imputación: la total preponderancia de la oferta económica promueve comportamientos estratégicos**

122. La Consultante alega que la preponderancia que las Bases le dan a la oferta económica para decidir a los adjudicatarios de la Licitación daría pábulo a posibles comportamientos estratégicos, que podrían dar lugar a ofertas temerarias que pretendan acaparar cuotas y excluir a otros competidores del proceso. Todo lo anterior, en opinión de la Consultante, sin ninguna exigencia, requisito o medida de control destinada a asegurar que las ofertas presentadas correspondan a un proyecto real y serio.
123. Con todo, esta imputación puede ser rebatida considerando que las Bases contemplan diversas medidas de control que permiten asegurar la efectividad de que exista un proyecto real y serio, siendo precisamente la primera el otorgamiento de la *Garantía de Seriedad de la Oferta*, *Garantía de Pago del Precio Ofertado* y *Garantía de Ejecución de Inicio de Labores de Explotación* a que nos referimos *supra*.
124. El mecanismo de ponderación de las ofertas queda establecida en Art.12.2.2 de las bases de licitación, correspondiente a maximizar los pagos para el Estado, de la combinación de ofertas declaradas admisibles administrativamente. Es decir de la combinación de 1 y 2 ofertas se configuran las combinaciones de mayor a menor pago al Estado.
125. El diseño de la licitación al ser por cuota, y no asociado a un área, conlleva que en esta etapa del proceso los aspectos técnicos no sean necesarios de ser elaborados, con ello, a objeto de establecer modelos simples y claros de licitación, se fija que el componente para objeto de interés del Estado se materialice en una competencia en torno al valor dispuesto a pagar

<sup>55</sup> TDLC. Informe en causa rol NC N°486-2021, pp. 16-18.



por el otorgamiento del derecho de explotación del litio, una suerte de equivalente en términos de las rentas del pago de patentes mineras de exploración y explotación.

126. Otras medidas de control las configuran, a modo de ejemplo: **(i)** el monitoreo del inicio de las labores de explotación y explotación, y la verificación de la cantidad y calidad del litio metálico comercializable; **(ii)** la existencia de requerimientos de información anual para el cálculo del pago al Estado por las ventas de litio; **(iii)** la existencia de requerimientos de información periódica o al menos trimestral de todos aquellos antecedentes considerados relevantes para los efectos de una adecuada vigilancia y fiscalización del CEOL que se suscriba; **(iv)** la verificación de la producción del litio por un inspector calificado; y, **(v)** la existencia de causales de terminación del CEOL a raíz del vencimiento del plazo de siete años o de su prórroga para dar inicio al proceso de explotación del litio o por la verificación del Ministerio de Minería de que el contratista no ha realizado gestiones razonables para lograr las mejores condiciones de comercialización del litio. Todas estas medidas estarían destinadas a la obtención de un proyecto serio, eficiente y que maximice los niveles de recaudación del fisco<sup>56</sup>. A ello se suman las exigencias contempladas en el Acuerdo N° 2400, de 2021, del Consejo Directivo de la CCHEN, correspondiente a la autorización de comercialización de los productos de litio, que también comprende una serie de exigencias para el contratista adjudicado y cuyo incumplimiento puede llevar a la terminación anticipada del CEOL.
127. En consecuencia, por los argumentos señalados *supra*, se podría afirmar que si bien el estándar para la admisión de participantes es alto, las exigencias establecidas al efecto cumplen con los lineamientos establecidos por el TDLC, pues éstas cuentan con justificaciones objetivas y económicas, son afines con los objetivos de política pública perseguidos por el Ministerio de Minería mediante la Licitación –**(i)** aumentar la producción del litio; **(ii)** abrir el acceso al mercado de litio a nuevos actores y, **(iii)** maximizar la recaudación fiscal–, y cuentan con resguardos y medidas de control.
128. En efecto, en cuanto a **(i)** y **(iii)**, las propias Bases indican que la Licitación se adjudicaría a las ofertas que maximicen la recaudación del Estado de 400 mil toneladas de litio metálico comercializable, lo cual supone, precisamente, la producción de esas toneladas de litio<sup>57</sup>. En complemento de lo anterior, se puede agregar que el resultado de la Licitación significó para el Estado de Chile una recaudación de USD \$121.000.000, sin considerar los pagos futuros que recibirá por concepto de producción.
129. Con respecto al punto **(ii)** antes enunciado, basta reiterar que los adjudicatarios de las Bases fueron dos actores nuevos, que dejaron fuera a los dos productores de litio más grandes del país; y, contrario a los temores de la Consultante, uno de ellos fue una empresa de capitales nacionales. En ese sentido, el diseño de las Bases permitió el ingreso de nuevos actores al mercado del litio, y aseguraron que la exploración, explotación y beneficio de dicho mineral quedara en manos de más de un actor. Esto, al establecer la restricción de que cada oferente no pudiera asignarse más de dos cuotas de las cinco licitadas.

---

<sup>56</sup> Bases, p. 23. Véase también, Decreto N°23 de 27 de julio de 2021 del Ministerio de Minería que “*Establece requisitos y condiciones del Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio que el Estado de Chile suscribirá, conforme a las Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional que se aprobarán para estos efectos*”, artículos 4, 6, 7 y 14.

<sup>57</sup> “*El CEL seleccionará como adjudicatarias del presente proceso licitatorio aquellas Ofertas Económicas cuya combinación permita maximizar la recaudación fiscal por el total de cuatrocientos mil (400.000) toneladas de litio metálico comercializable*”. Bases, p. 20.



130. Los requisitos de admisibilidad consagrados en las Bases de Licitación son razonablemente simples, no generan barreras de entrada, sino que muy por el contrario, brindar un estándar mínimo de cumplimiento para aquellos que tengan interés en celebrar un contrato especial de operación con el Estado de Chile. En este sentido lo que se exige es certeza respecto de la persona jurídica que postula al proceso; existencia jurídica; poder suficiente para su representación durante el proceso licitatorio; seguridad y certeza respecto a su solvencia financiera y económica, de modo que quien se adjudique un contrato de seguridad respecto a las obligaciones y cargas que deberá asumir durante la consecución de los objetivos de la licitación y el CEOL, y por supuesto, brinde seguridad respecto a que nos encontramos frente a una empresa que cumple los estándares de probidad que el Estado de Chile exige respecto de sus contratistas.
131. En cuanto a la forma de operar de la garantía de pago de precio de la oferta y de la de ejecución de inicio de labores, podemos señalar que, en cuanto a la primera, el numeral 13.3, señala que el adjudicatario que incumpla cualquiera de las obligaciones indicadas en el citado numeral ( i) Constituir una sociedad anónima de objeto y giro único y suscribir del o los CEOL; ii) Pago del monto ofertado al momento de la suscripción del o los CEOL; iii) Hacer entrega Garantía de Ejecución de Inicio de Labores de Explotación, dentro de un plazo de 60 días hábiles contados desde que se publique la resolución de Adjudicación), se procederá al cobro de su garantía, lo que deberá verificar y certificar el Comité Especial de Licitación (CEL). Para el caso contrario, si se cumple con todas las obligaciones previamente enunciadas, su garantía será restituida, una vez verificado y certificado, según corresponda, por el CEL.
132. De este modo, es el CEL, el órgano encargado de velar por el cumplimiento de los hitos consagrados en el numeral en comento, señalando si éstos se han cumplido, caso en el cual se procederá a la entrega o restitución de la Garantía o en su defecto se procederá a su cobro en forma inmediata y sin derecho a oposición (sistema a primer requerimiento).
133. Por su parte, respecto de la segunda ganaría mencionada, la Garantía de Ejecución de Inicio de Labores de Explotación, las bases señalan que, cualquier incumplimiento de las obligaciones que serán asumidas por el Contratista durante la vigencia de la fase de exploración, o de su prórroga en su caso, darán derecho al Ministerio de Minería a cobrar esta Garantía, lo cual será verificado y certificado en forma previa por el Ministerio de Minería. Una vez concluida la fase inicio de labores de explotación del CEOL y una vez que se haya dado inicio a la etapa de explotación por parte del Contratista, le será devuelta por el Ministerio de Minería la Garantía de Ejecución de Inicio de Labores de Explotación. Lo anterior, previa verificación y certificación del Ministerio de Minería. En esta garantía, como ya estamos en operación y funcionamiento del Contrato Especial de Operación de Lito (CEOL), es el Ministerio de Minería quien deberá supervigilar el cumplimiento de los hitos y avances del contrato, caso en el cual deberá verificar y certificar los cumplimientos o incumplimientos que sea menester, lo que lo habilitará para el cobro de la garantía o su restitución, según corresponda.
134. En cuanto al término anticipado del contrato, por causal de incumplimiento de explotación, se debe indicar que, la hipótesis planteada está consagrada en el Decreto Supremo N°23, de 2021, del Ministerio de Minería, particularmente en el Artículo 14 letra d) y e), si es que fuere incumplimiento posterior al inicio de dicha fase. En este orden de ideas, como se señaló anteriormente, es el Ministerio de Minería quien deberá verificar y certificar dicho incumplimiento. Asimismo, es importante señalar que, en el artículo 4° se establece como se administrará y ejecutará el contrato, la cual será supervisada por un Comité de

Coordinación, quien dará cuenta del cumplimiento, seguimiento y materialización de los diferentes hitos que deben ir configurándose durante el contrato (CEOL). En cuanto a la posibilidad de convocar a un nuevo procedimiento de licitación por este tipo de incumplimientos, no está contemplado, sin embargo es facultad del Presidente de la Republica implementar los procesos de CEOL que se estimen pertinentes.

### III.4.2.2 Razonabilidad de las diferencias entre las Bases y el CEOL adjudicado a Salar de Maricunga SpA

135. En otro punto, la Consultante alega que las condiciones de las Bases serían arbitrariamente discriminatorias si se comparan con el CEOL de Salar de Maricunga SpA (filial de Codelco), el que contemplaría condiciones, en opinión de la Consultante, infinitamente más favorables. Sin embargo, no fundamenta ni da razones por las cuales el contexto en que se celebró el CEOL de Salar de Maricunga SpA sería asimilable a aquél en que se adjudicó la Licitación, más que el hecho de que en ambos casos se trata de yacimientos de litio.
136. A continuación, describimos el contexto en que se celebró el CEOL de Salar de Maricunga SpA, para examinar si éste puede ser, en alguna medida, comparable con las Bases, o si existen diferencias tales que permitirían argumentar que éstas justifican de manera objetiva y económica la supuesta discriminación alegada por la Consultante.
137. El CEOL de Salar de Maricunga SpA tiene sus orígenes en la Política Nacional del Litio, publicada con fecha 16 de enero del año 2016 y que tuvo su sustento en el informe emanado de la Comisión Nacional del Litio, entidad que fue creada a través de Decreto Supremo N° 60, de 2014, del Ministerio de Minería, que Crea la Comisión Asesora Ministerial Denominada “Comisión Nacional del Litio”. Dicho informe recomendó una serie de medidas, las cuales fueron adoptadas a través de diversos órganos del Estado. En este orden de ideas, la CCHEN, a través de su Acuerdo N°224 / 2017, de la sesión N°06/17 de su Consejo Directivo, tomó expresamente algunas de sus medidas de corto mediano plazo, conforme señalamos a continuación::

*“[M]ientras no se forme la nueva empresa (...) incorporar al Estado a través de CODELCO, ENAMI y/o CORFO, o filiales de algunas de ellas, en la exploración y/o explotación del litio, mediante acuerdos público-privados, en que se reserve el rol controlador del Estado en todos los proyectos productivos mineros en salares’ y ‘en caso de eventuales propuestas de asociación para proyectos en concesiones mineras de CODELCO en los Salares de Maricunga o Pedernales, previas a la creación de una nueva empresa del Estado, se sugiere que CODELCO inicie el o los proyectos, bajo los parámetros que defina el Comité CORFO para la Gobernanza de los Salares propuesto”<sup>58</sup>.*

138. Continúa el Acuerdo N°224/2017 señalando que:

*“En ese marco, la Política del Litio, en su punto IV.b) sobre Evaluación de un modelo de negocios de CODELCO – Litio establece que: ‘Se instruye al Ministerio de Minería para que, en conjunto con CODELCO, analice la factibilidad de constituir a la brevedad una filial, gerencia de CODELCO, u otro modelo de negocio, que tenga por finalidad el aprovechamiento de los salares de Maricunga y/o Pedernales y que, además de su función productiva, establezca alianzas público privadas promoviendo*

<sup>58</sup> Véase: <[https://www.cchen.cl/pdf/acuerdos\\_consejo/Acuerdo\\_2224.pdf](https://www.cchen.cl/pdf/acuerdos_consejo/Acuerdo_2224.pdf)> [última consulta: 13 de enero de 2021].



la atracción de inversiones. Se espera que el futuro desarrollo de proyectos de CODELCO en salares, siga los principios que se extraen de las recomendaciones de la Comisión del Litio: valor agregado en la producción; captura de la renta para el país; mirada integral a los salares; sustentabilidad; Investigación, Desarrollo e Innovación’ (...). Que, se ha tenido a la vista el Anexo 3 de la solicitud en que se hace una estimación de recursos potenciales de litio, del Salar de Maricunga, y el Anexo 4 de la solicitud, en que se entrega una memoria de cálculo con proyecciones de reserva de litio extraíble por 325.045 toneladas métricas de litio metálico equivalente y producción de litio vendible aproximadamente de 130.018 toneladas métricas de litio metálico equivalente (...). Que, el pronunciamiento del Ministerio de Minería, a través de Oficio Ord. N°165, de 21 de MARZO de 2017 enviados a la CCHEN, respecto a temas específicos de su competencia, establece que la solicitud de autorización [de Codelco para celebrar un contrato especial de operación de litio en el Salar de Maricunga] ‘es plenamente consistente con las recomendaciones de la Comisión Nacional del Litio, la Política Minera y la Política del Litio y Gobernanza de los Salares’, así mismo se establece que el ‘Ministerio de Minería está de acuerdo en autorizar una extracción en salmueras en el área indicada, en los términos solicitados por CODELCO, esto es, 325.045 toneladas de LCE, que permitan proyectar un negocio viable’<sup>59</sup>.

139. Términos similares se extraen de la Resolución Exenta N° 2.941, del Ministerio de Minería, de 19 de junio de 2019, que aprobó el CEOL de Salar de Maricunga SpA<sup>60</sup>.
140. Así las cosas, el contexto en que se encuadra la celebración del CEOL de Salar de Maricunga SpA se puede caracterizar de la siguiente forma: **(i)** tiene por objetivo la explotación de una zona determinada –salar de Maricunga–; **(ii)** los volúmenes asignados son superiores a los que se podía adjudicar un licitante de las Bases –325.045 toneladas versus las 80 mil o 160 mil que podían adjudicarse a una empresa tras la Licitación–; **(iii)** fue suscrito sin una licitación previa, sino que en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión del Litio, que llevaron al Estado de Chile, como medida de corto plazo para la política nacional de explotación de dicho mineral, a coordinar con Codelco la creación de una filial destinada exclusivamente a explorar, explotar y producir litio comercializable; y, **(iv)** se celebró hace cerca de cuatro años atrás, por lo que presumiblemente las condiciones de mercado de ese entonces no son las mismas al día de hoy.
141. Con respecto a lo expuesto en el literal (iv) del numeral anterior, la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO), entre diversas estadísticas, ha ilustrado la evolución que han tenido las cotizaciones promedio mensuales, entre el mes de enero de 2016 a octubre de 2021, del carbonato y del hidróxido de litio, según datos de las transacciones en Asia,<sup>61</sup> y que demuestran el crecimiento experimentado durante 2016-2017, la caída entre 2018-2020 y la recuperación a contar de diciembre de 2020, lo que se grafica en la tabla que se inserta a continuación:

<sup>59</sup> Ibid.

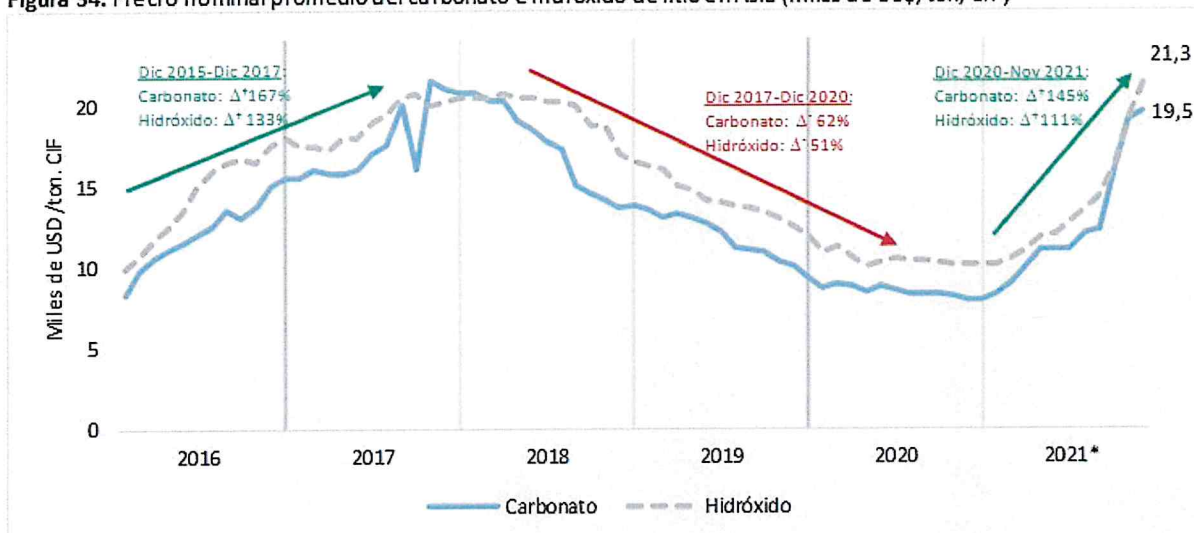
<sup>60</sup> Véase considerandos 10, 11 y 12 de la Resolución Exenta N° 2.941, de 19 de junio de 2019, del Ministerio de Minería.

<sup>61</sup> Informe COCHILCO “El mercado del litio: Desarrollo reciente y proyecciones al 2030” <https://www.cochilco.cl/Mercado%20de%20Metales/Produccion%CC%81n%20y%20consumo%20de%20litio%20hacia%20el%202030%20edicio%CC%81n%202021%20versi%C3%B3n%20def.pdf>.





Figura 34: Precio nominal promedio del carbonato e hidróxido de litio en Asia (mlés de US\$/ton, CIF)



\*Año hasta noviembre.

Fuente: Cochilco en base a S&P Global Market Intelligence (2021).

142. Los cuestionamientos específicos planteados por la Consultante para indicar que las condiciones de las Bases serían discriminatorias en relación con las del CEOL de Salar de Maricunga SpA, son los siguientes:

- a) La Consultante alega que las Bases establecen una duración menor para los CEOL que se celebren tras la adjudicación de la Licitación que la del CEOL de Salar de Maricunga SpA. Como se indicó, los primeros tienen por objeto la exploración y explotación de una o dos cuotas de litio licitado, es decir 80 mil o 160 mil toneladas de litio por adjudicatario, para lo cual cuentan con un plazo de 29 años, mientras que el CEOL de Salar de Maricunga SpA tiene una duración máxima de 39 años. Ello es efectivo, pero se explicaría en el hecho de que el CEOL de Salar de Maricunga SpA impone a esta última explotar 325.045 toneladas de litio metálico equivalente y producir cerca de 130.018 toneladas métricas de litio metálico equivalente<sup>62</sup>. Es decir, las cantidades de litio involucradas en uno y otro caso distan de manera significativa e incorporan hitos para la ejecución de los contratos con criterios distintos, en caso del CEOL de Salar de Maricunga SpA incorpora procesos de validación de las etapas del proyecto siguiendo los modelos de desarrollo de proyectos propios de CODELCO, y en caso de la licitación de CEOL, tanto en el decreto supremo N° 23, como las bases, transfiere la responsabilidad directa al Contratista. Es decir son dos modelos de desarrollo, ambos válidos para la ejecución de los proyectos, pero distintos y no comparables.
- b) Las Bases exigen pagar a los oferentes un precio a suma alzada y por anticipado que sería determinante para efectos de la adjudicación de las cuotas, no así el CEOL de Salar de Maricunga SpA. Si bien ello es así, en el caso del CEOL de Salar de Maricunga SpA no hubo una licitación previa, es decir, no se establecieron previamente condiciones para adjudicarse el proyecto, sino que se solicitó un permiso a la CCHEN para explotar el salar de Maricunga mediante un CEOL. Lisa y llanamente los procesos de contratación fueron distintos, porque en el caso de Salar de Maricunga SpA, hablamos de una empresa filial de Codelco que –en vista a lo indicado por el Acuerdo N°2224/2017 de la CCHEN– materializó una medida de corto plazo sugerida por una política pública.

<sup>62</sup> Véase: <[https://www.cchen.cl/pdf/acuerdos\\_consejo/Acuerdo\\_2224.pdf](https://www.cchen.cl/pdf/acuerdos_consejo/Acuerdo_2224.pdf)> [última consulta: 13 de enero de 2021].

- c) En la misma línea, la Consultante alega que el CEOL de Salar de Maricunga SpA no exigió constituir garantías; en circunstancias que las Bases sí lo requieren. Al igual que lo señalado en el párrafo anterior, ello se explica porque en el caso del CEOL de Salar de Maricunga SpA se trató de una contratación por trato directo, por lo que las circunstancias en que éste se suscribió explican las diferencias que se pueden observar con el o los CEOL suscritos con ocasión de la Licitación. Además, como se señaló en la Sección II.4.1 *supra*, podría estimarse que las garantías exigidas en las Bases tendrían justificaciones objetivas y razonables.
- d) La Consultante alega además que el CEOL de Salar de Maricunga SpA entregaría a esta última una zona exclusiva para explotar sustancias de litio, y posteriormente llevar a cabo su explotación y beneficio. Ello no ocurriría en el caso de la Licitación. Si bien ello es efectivo, esto se explica a raíz de dos argumentos: El primero, en razón de la política nacional recomendada por el Informe Final de la Comisión Nacional del Litio, que tenía por objetivo precisamente establecer las medidas de corto plazo para la exploración y/o explotación de los salares de Maricunga y/o Pedernales. En segundo término, ello fue considerado así en razón de que Codelco posee Concesiones mineras en dicho salar, lo que le brinda un posición más beneficiosa. A diferencia de lo establecido en la Licitación, dado que el área de exploración y explotación deberá ser definida por el propio adjudicatario, debiendo hacerlo dentro de cualquier área del territorio nacional<sup>63</sup>.
- e) Las Bases exigirían a los oferentes constituir una sociedad especialmente para efectos de la exploración, explotación y beneficio de las cuotas de litio adjudicadas, cuyo capital debe ascender al menos al 20% del *Valor Base*, el cual debe ser suscrito y pagado al momento de la suscripción de la escritura de constitución de la sociedad. Asimismo, al iniciarse la fase de explotación, el capital social debe ascender al 100% del *Valor Base*. En palabras de la Consultante, dichas exigencias no fueron requeridas para Salar de Maricunga SpA. Sin embargo, una de las condiciones exigidas por la CCHEN para autorizar a Codelco la explotación del litio en el salar de Maricunga consistió precisamente en la constitución de una filial con dicho fin exclusivo<sup>64</sup>. En cuanto a las exigencias de capital mínimo impuestas en las Bases, éstas responden a la seriedad requerida para participar en la Licitación. Son una prueba y garantía de la capacidad económica de los oferentes, los cuales deben poder incurrir en importantes sumas de dinero para llevar adelante las gestiones de exploración, explotación y beneficio de las obras y, en definitiva, poder cumplir con las obligaciones de el o los CEOL a que dé origen la Licitación.
- f) La Consultante señala que las Bases entregaron plazos brevísimos para preparar y presentar las ofertas, a diferencia de lo que habría ocurrido en el caso del CEOL de Salar de Maricunga SpA, pues Codelco habría contado con cerca de 6 meses desde

<sup>63</sup> Según las Bases, el objeto del CEOL que se suscriba como resultado de la Licitación "(...) será facultar al Contratista para explorar, explotar y beneficiar una cuota de ochenta mil (80.000) o dos cuotas por un total de ciento sesenta mil (160.000) toneladas de litio metálico comercializable en cualquier área del territorio nacional". Bases, p. 23. Véase, también, Artículo 2° del Decreto N°23 de 27 de julio de 2021 del Ministerio de Minería que "Establece requisitos y condiciones del Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio que el Estado de Chile suscribirá, conforme a las Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional que se aprobarán para estos efectos".

<sup>64</sup> "La presente autorización podrá ser cedida por CODELCO hacia otra sociedad que constituya CODELCO con el fin de explorar y explotar los recursos minerales de litio que se encuentren dentro del Polígono, quedando esta nueva sociedad obligada a cumplir todas y cada una de los límites y que esta autorización ha establecido para CODELCO. Esta autorización, en virtud de lo indicado en el numeral 2 del Considerando, permitirá y se mantendrá vigente cuando por motivos de las alianzas público-privadas que se lleven a cabo en razón de la recomendación de la Política del Litio, se incorpore a uno o más accionistas no relacionados con CODELCO a la sociedad que CODELCO constituya para estos efectos".

Véase: <[https://www.cchen.cl/pdf/acuerdos\\_consejo/Acuerdo\\_2224.pdf](https://www.cchen.cl/pdf/acuerdos_consejo/Acuerdo_2224.pdf)> [última consulta: 13 de enero de 2021].



que se dictó la normativa que estableció los requisitos y condiciones que debía observar para la firma del CEOL. Nuevamente, dicha diferencia se explica por el hecho de que en el caso del CEOL de Salar de Maricunga SpA, éste no fue objeto de licitación previa, por lo que malamente podrían contemplarse plazos para preparar y presentar su oferta.

143. El CEOL con Salar de Maricunga SpA, se encuentra con vigencia desde EL 19 de junio de 2019, y cuyo término es el 31 de diciembre de 2057. El objeto es desarrollar las actividades de exploración, explotación y posterior cierre en el área denominada CEOL, que cubre el sector del núcleo del Salar de Maricunga, a excepción de las áreas con concesiones mineras pre-79, donde el litio se consideraba sustancia concesible. La matriz de Salar de Maricunga SpA, es decir CODELCO, cuenta con la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) aprobada, para desarrollar actividades de exploración en sus pertenencias, las cuales comienzan en marzo de 2019, y estiman un plazo de 2 años para su ejecución. El cronograma del CEOL establece un plazo máximo de 14,5 años para todas las etapas exploración, estudios y construcción, luego el remanente del plazo para desarrollar la producción misma del proyecto. La cuota de venta de litio entregada por CCHEN a CODELCO, o su filial, establece un monto máximo de 325.045 toneladas de litio metálico comercializable.
144. En consecuencia, existen buenas razones para estimar que las Bases no contienen condiciones arbitrariamente discriminatorias si se comparan con el CEOL de Salar de Maricunga SpA, pues, en definitiva, si bien se pueden identificar diferencias entre uno y otros casos, ellas responden al contexto en que cada uno se desarrolla. Mientras uno se da en el contexto de la Licitación, el otro se origina en la necesidad de dar cumplimiento a una política nacional que impulsó al Gobierno a coordinar una medida de corto plazo con una empresa del Estado, materializado en una filial de CODELCO. Además, los fines de política pública perseguidos en cada caso son diversos. Más aún, tampoco parece razonable replicar las condiciones de un CEOL celebrado cerca de cuatro años atrás a una Licitación que fue adjudicada este año.
145. En pocas palabras: no puede pretenderse que el Estado se vea obligado a imponer las mismas condiciones suscritas para un contrato sin licitación previa, en cumplimiento de una política de Estado, para una zona de explotación predeterminada, por volúmenes distintos a los de las cuotas previstas en las Bases y que se celebró hace cerca de cuatro años atrás, a una licitación nacional e internacional desarrollada recientemente, para explotar yacimientos de litio en cualquier parte del territorio nacional, por otros volúmenes, con otros tiempos y con otras exigencias.
146. En consecuencia, es posible argumentar que las diferencias planteadas por la Consultante entre el CEOL de Salar de Maricunga SpA y las condiciones contempladas en las Bases no son arbitrarias, pues encuentran plena justificación económica en las circunstancias en que se desarrollan y en las características y objeto propio de cada uno de los proyectos.
147. Es importante recordar al respecto que lo que podría dar lugar a infracciones anticompetitivas –en la medida en que se cumplan todas las condiciones típicas que contempla la ley– no es la discriminación en sí misma, sino que la discriminación *arbitraria*, es decir, aquella que no tiene justificación o racionalidad alguna. Así lo ha destacado la jurisprudencia de la Corte Suprema:

*“(…) elemento de la esencia de esta garantía [igualdad o no discriminación] es la inadmisibilidad de discriminaciones arbitrarias’, esto es, de ‘toda diferenciación o*

*distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable' (...). Semejante autorización supone una discriminación o diferenciación que no puede ser calificada sino de arbitraria, puesto que no se basa en la eficiencia económica, en la libre concurrencia de los competidores al mercado o en la libre iniciativa empresarial<sup>65</sup>.*

148. Como ya se pudo constatar, las exigencias señaladas por la Consultante como discriminatorias encuentran plena justificación en los fines de política pública previstos en las Bases y son plenamente compatibles con las mínimas condiciones de rivalidad exigidas por el TLDC para que las Bases sean acordes a la normativa de libre competencia. El resultado de la Licitación sería muestra de ello: ingresaron nuevos actores al mercado, se prevé que aumentará la producción de litio y se incrementó la recaudación fiscal. Por lo demás, el contexto en que se desarrolló la Licitación, así como el objeto de lo licitado, distan de aquellos que se pueden observar en el caso del CEOL de Salar de Maricunga SpA, por lo que, si bien es posible observar diferencias entre uno y otro caso, las mismas tendrían justificaciones objetivas que evitarían la configuración de un ilícito de discriminación arbitraria.

#### **IV. Breve análisis del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de autos rol N°4.716-18-INA**

149. En autos rol N°4.716-18-INA, ciertas sociedades legales mineras dedujeron requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de una porción del inciso segundo del artículo 9° del Código de Minería y de una porción del inciso segundo del artículo 16 de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (fue, sin embargo, respecto de la primera de dichas normas que el requerimiento se declaró admisible).
150. En dicha causa, cuya gestión pendiente era el recurso de protección entonces vigente interpuesto por las requirentes en contra de la resolución del Ministerio de Minería que aprobara el contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio (CEOL) en el Salar de Maricunga, región de Atacama –suscrito entre el Estado de Chile y la sociedad filial de Codelco Salar de Maricunga SpA–, nuestro Excmo. Tribunal Constitucional se pronunció respecto de este *especial* instrumento de *operación* minera y, en general, de las alternativas con que el Estado puede dar lugar a la explotación de sustancias no concesibles.
151. Las reclamaciones de fondo de ese arbitrio de inaplicabilidad tenían que ver, en lo que aquí resulta relevante, con el hecho de que el Estado de Chile no separase y operase el litio, en tanto sustancia no concesible, por sí o a través de sus empresas, o mediante concesiones administrativas o contratos especiales de operación otorgados a particulares, y que, en cambio, lo hiciese por la vía de un CEOL conferido sin previa licitación, ni procedimiento concesional, ni mediando ley de quórum calificado que autorice a una empresa del Estado para ello.
152. Las consideraciones del fallo del Excmo. Tribunal Constitucional –adoptado de forma unánime por dicha Magistratura– nos permiten conceptualizar y caracterizar las alternativas explotativas de las sustancias no concesibles y, en particular, el señalado CEOL:

<sup>65</sup> Corte Suprema. Sentencia rol N°24.828-2018, C. 18-19.



- a) El dominio público del Estado sobre todas las minas puede coexistir con **(i)** el derecho de propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos superficiales, **(ii)** el derecho de los concesionarios mineros sobre su concesión –y las sustancias concesibles que allí existan–, y **(iii)** el derecho patrimonial del Estado para explorar, explotar y beneficiar las sustancias no susceptibles de concesión minera (considerando 19°);
- b) Sin perjuicio de lo antedicho, el artículo 19 N°24 inciso décimo de la Constitución Política de la República (“Constitución”) no considera a la iniciativa privada en la exploración, explotación o beneficio de los yacimientos que contengan sustancias que, por disposición constitucional o legal, sean no concesibles, otorgando (reservando) dicha iniciativa al Estado a través de las modalidades que la propia norma indica. Para esto no se exige que los particulares no hayan logrado un “*nivel adecuado*” de actividad, ni, menos aún, que el Estado haya “*agotado lealmente*” sus esfuerzos para que los particulares asuman estas actividades; por el contrario, se le impone a este la obligación de actuar activamente respecto de dichas sustancias inconcesibles (considerando 21°);
- c) La obligación recién descrita es semejante a la de desarrollar la “*actividad necesaria*” que la propia Constitución impone a los particulares en el inciso séptimo del mismo numeral 24 de su artículo 19. Las alternativas de que dispone el Estado, según el antedicho inciso décimo, no incluyen la “concesión minera”, sino que **(i)** la explotación directa (i.1.) por él o (i.2.) por sus empresas, **(ii)** concederlas administrativamente, y **(iii)** celebrar contratos especiales de operación. Cabe señalar que en el caso de las dos últimas alternativas, la explotación debe verificarse con los requisitos y bajo las condiciones fijadas para cada caso por S.E. el Presidente de la República vía decreto supremo. En dichos dos casos, asimismo, la Constitución no ha limitado su otorgamiento o celebración a una determinada calidad o condición de la contraparte del Estado, pudiendo tratarse de toda persona natural o jurídica, salvo el propio Estado actuando por sí (considerando 22°);
- d) Las modalidades de aprovechamiento de las sustancias mineras no concesibles correspondientes a concesiones administrativas y contratos especiales de operación no requieren de ley alguna que las autorice, ya que, según indica el inciso décimo que se viene analizando, es S.E. el Presidente de la República quien goza de la facultad discrecional para fijar los requisitos y condiciones, en cada caso, mediante decreto supremo. Tal exigencia de la dictación previa de un decreto supremo no es aplicable, no obstante, a los supuestos en los cuales actúa el Estado en forma directa o a través de sus empresas (considerando 24°);
- e) Lo antedicho evidencia que la reserva legal (de jerarquía orgánica constitucional) contemplada en el inciso séptimo del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución solo es aplicable al régimen concesional minero (considerando 25°);
- f) Del artículo 16 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras se desprende, a su turno, que es posible constituir concesión minera sobre sustancias mineras concesibles existentes en yacimientos que, además, contengan sustancias inconcesibles como el litio (las que solo pueden ser explotadas mediante las cuatro alternativas antes descritas). El concesionario minero se ve impedido, sin embargo, de apropiarse de las sustancias no concesibles con presencia significativa dentro del

producto minero apropiable. En tal caso, el Estado puede “*tomar posesión de ellas*”, con arreglo a lo dispuesto por el Código de Minería. No existe, así, conflicto jurídico en el ejercicio de los respectivos derechos de aprovechamiento en una misma área (considerando 26°); y,

- g) Al respecto, cabe agregar que el artículo 9° inciso tercero del Código de Minería impone al Estado la obligación de rembolsar, de forma previa a la entrega, los gastos en que haya incurrido el productor para efectuar la reducción y entrega y, además, costear la modificación y las obras complementarias necesarias para operar la reducción o separación en el país e, incluso, indemnizar los perjuicios que se ocasionen por esas modificaciones y obras complementarias (considerando 29°).

Por lo tanto, en razón y mérito de los antecedentes expuestos en el presente informe, y de los argumentos de hecho y de Derecho, solicitamos respetuosamente a vuestro H. Tribunal, que tenga por evacuado informe por parte del Ministerio de Minería, en el presente procedimiento de consulta.

#### V. ACOMPAÑA DOCUMENTOS

Se cumple en acompañar a la siguiente presentación, los siguientes documentos:

1. Decreto Supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería, que establece requisitos y condiciones del Contrato Especial de Operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio que el Estado de Chile suscribirá conforme a las bases de licitación pública nacional e internacional que se aprobarán para estos efectos.
2. Resolución N° 1, de 2021, del Ministerio de Minería, que autoriza el llamado y aprueba bases de licitación pública nacional e internacional para la suscripción de un Contrato Especial de Operación para para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio.
3. Circulares aclaratorias N° 1, 2 y 3 del Comité de Evaluación de Licitación (CEL).
4. Acta de Apertura, Evaluación y Calificación de los Requisitos Administrativos de la Licitación Pública Nacional e Internacional para la Suscripción de Contrato Especial de Operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio.
5. Acta de Apertura de las Ofertas Económicas de Licitación Pública Nacional e Internacional para la Suscripción de Contrato Especial de Operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio (CEOL).
6. Cartas, de fechas de 06 y 11 de enero de 2022, del Presidente del CEL, al Ministro de Minería.
7. Actas de sesiones ordinarias, de fechas 02 de noviembre de 2021 y 25 de noviembre de 2021; y actas de sesiones extraordinarias, de fechas 08 de noviembre de 2021, de 12 de noviembre de 2021, de 06 de enero de 2022, y de 11 de enero de 2022.
8. Resoluciones Exentas N° 68 y N° 69, de fechas 12 de enero de 2022, ambas del Ministerio de Minería, que adjudican a Servicios y operaciones Mineras del Norte S.A., y a BYD Chile SpA, una cuota de 80 mil toneladas de litio metálico comercializable, respectivamente.



VI. PERSONERÍA

Finalmente, se acompaña al presente informe, copia del decreto supremo N° 1, de 2021, del Ministerio de Minería, que nombra en el cargo de Subsecretario de Minería a persona que indica.

Se despide atentamente,



**EDGAR BLANCO RAND**  
Subsecretario  
Subsecretaría de Minería



MLB/FCM/MGS/RCG

