

INFORME

Para : Recimat S.A.

Tema : Decreto Supremo N°9/2017 del Ministerio del Medio Ambiente.

Fecha : 17 de julio de 2020

Recimat S.A. (“Recimat”) nos ha solicitado abordar, desde la perspectiva de la libre competencia, las recientes declaraciones formuladas por la Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje (“ANIR”), en cuanto a que el Decreto Supremo N°9/2017 del Ministerio del Medio Ambiente afectaría la libre competencia al promover un monopolio local.

Para tales efectos, el presente informe se ha organizado en las siguientes secciones: (i) Antecedentes; (ii) Argumentos que descartan lo sostenido por la ANIR; y, (iii) Síntesis.

I. Antecedentes.

El Decreto Supremo N°9/2017 del Ministerio del Medio Ambiente (“DS N°9”), actualmente pendiente del trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República, mantiene la prohibición de exportar residuos peligrosos -entre ellos las baterías fuera de uso (“BFU”)- mientras exista capacidad de procesamiento a nivel nacional¹.

Dicha medida es consecuencia del compromiso que en ese sentido asumió el Estado de Chile en el “Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación” (“Convenio de Basilea”), tratado internacional aprobado por el Congreso Nacional el año 1992².

¹ Sostenemos que esta medida se mantiene, dado que se encuentra recogida en el Decreto N°2/2010 del Ministerio de Salud.

² Y, posteriormente, promulgado a través del Decreto N°685/1992 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En efecto, uno de los objetivos del Convenio de Basilea es que los desechos peligrosos y otros desechos sean eliminados en el Estado *en que fueron generados*³.

La ANIR se ha opuesto públicamente al DS N°9. En ese sentido, ha formulado declaraciones en los medios de comunicación sosteniendo que “*es vital no fomentar la creación de un único poder de compra a nivel nacional, que finalmente termina fijando precios a su arbitrio*”⁴.

Esa declaración se refiere a la posición actual de Recimat en el mercado y al supuesto riesgo de perpetuarla y de fijar precios de compra abusivos o excesivamente bajos, debido a que es la única empresa en Chile con instalaciones aptas ambientalmente para el procesamiento de BFU.

II. Argumentos que descartan lo sostenido por la ANIR.

Que el DS N°9 prohíba exportar BFU simplemente implica que esos residuos peligrosos deberán ser tratados en Chile. Es decir, el mercado relevante de la compra de BFU para su posterior procesamiento será *de alcance nacional*⁵.

En ese contexto, como se verá, existen diversos argumentos, desde la perspectiva de la libre competencia, que descartan las afirmaciones de la ANIR y las inquietudes que pudieren generar. En términos generales, esos argumentos dan cuenta de que el DS N°9 no crea ni fomenta la creación de un único poder de compra de BFU para su procesamiento, pues no otorga exclusividad alguna en favor de Recimat, quien por lo demás enfrenta la amenaza creíble de que ingresen nuevos operadores al mercado, dado que existen dos empresas que ya han obtenido la resolución de calificación ambiental de sus respectivos proyectos de tratamiento de BFU; y, si Recimat incurriera en conductas abusivas, tales como precios de compra abusivos

³ Por esa razón, el artículo 4.9 del Convenio de Basilea establece que se permitirá el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos si: (i) el Estado de exportación no dispone de la capacidad técnica ni de los servicios requeridos o de lugares de eliminación adecuados a fin de eliminar los desechos de manera ambientalmente racional y eficiente; (ii) los desechos de que se trata son necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación; o, (iii) el movimiento transfronterizo de que se trate se efectúa de conformidad con otros criterios que fijen las partes contratantes, en la medida que no contradigan los objetivos del Convenio de Basilea.

⁴ Declaración contenida en Diario Sustentable, del 3 de julio de 2020.

⁵ Más precisamente, seguirá siendo un mercado nacional debido a que esta medida ya se contenía en el Decreto N°2/2010 del Ministerio de Salud.

o excesivamente bajos, lo cierto es que existe una institucionalidad de libre competencia lo suficientemente robusta para detectarlo y sancionarlo. Los argumentos mencionados se describen con mayor detalle a continuación.

1° Que Recimat sea actualmente el único comprador de BFU con capacidad de procesamiento en Chile, se debe única y exclusivamente a que ha realizado las inversiones y ha cumplido cabalmente con la normativa ambiental.

Existen empresas que cuentan con resoluciones de calificación ambiental pero que aún no han realizado las inversiones para operar en el mercado⁶; y, otras empresas que han realizado las inversiones, pero finalmente han debido salir del mercado porque no se han ajustado al alto estándar ambiental exigido a esa actividad⁷.

De allí que la posición que Recimat ostenta actualmente en el mercado se debe al hecho de haber tomado decisiones de inversión, que implican riesgos, y al hecho de actuar con pleno apego a la normativa ambiental⁸. Eso sólo evidencia *mérito empresarial* y no hay nada reprochable en ello. Así lo confirma la doctrina especializada al sostener que:

“Esta fuente de monopolio denominada monopolio de eficiencia es perfectamente lícita y deseable, pues es el fruto de una libre competencia mercantil que se ha conducido conforme a Derecho, que presupone igualdad jurídica de oportunidades para los competidores actuales y potenciales y, por tanto, desigualdad en los resultados de dicha competencia. En efecto, ha de premiarse el esfuerzo y la creatividad empresarial por oposición a la pasividad y a la imitación. Si la fuente de la cual ha emanado el monopolio es lícita, con mayor razón la actividad económica resultante del mismo ha de gozar de tal licitud. El sistema de libre competencia no debe penalizar a aquel

⁶ Ejemplo de ello son las empresas Soluciones Ecológicas del Norte S.A. y Bimar Chile Limitada, a las que nos referimos más adelante (ver nota al pie N°12).

⁷ Es el caso de la empresa Tecnorec S.A. a la que nos referiremos más adelante.

⁸ Recimat ha realizado importantes inversiones para el tratamiento de BFU y con el mayor estándar en materia ambiental. Actualmente, cuenta con una capacidad autorizada anual sobre 49.000 toneladas métricas. Esta capacidad autorizada anual permite tratar a la totalidad de las BFU generadas en el año en el país y con el mayor estándar ambiental. En los hechos, debiera incrementarse año a año el tratamiento que Recimat realiza respecto de las BFU generadas en el país, a medida que se vaya aumentando la fiscalización de las autoridades ambientales y sectoriales involucradas con esta actividad, cuestión muy necesaria para estar acordes con el estándar ambiental requerido.

competidor que merced a su esfuerzo y su actividad lícita ha alcanzado una significativa participación de mercado, puesto que de lo contrario se desincentivaría el proceso de libre competencia y todo el empeño puesto en el mismo”⁹⁻¹⁰.

2° Recimat no tiene garantizado seguir siendo el único comprador de BFU con capacidad de procesamiento en Chile. Existe la posibilidad cierta de que ingresen nuevos operadores al mercado nacional.

Es importante precisar que, contrariamente a lo sostenido por la ANIR, el DS N°9 no otorga derechos de exclusividad en favor de Recimat ni impide que terceros puedan ingresar al mercado nacional. Por lo tanto, la posición que actualmente ostenta Recimat en el mercado, debida única y exclusivamente a su mérito empresarial, siempre podrá ser desafiada por nuevos operadores que deseen invertir y participar con estricto apego a la normativa ambiental.

La mejor prueba de ello es que Recimat ha enfrentado competencia en el pasado y la podría enfrentar en el futuro, dados los proyectos que han sido aprobados desde la perspectiva ambiental.

En efecto, hasta el año 2014, Recimat enfrentó la competencia efectiva de la empresa Tecnorec S.A.¹¹; y, actualmente, existen dos empresas que cuentan con resoluciones de calificación ambiental para instalar una planta procesadora de BFU (y una de ellas, además, obtuvo recientemente la autorización de funcionamiento expedida por la autoridad de salud)¹². Cualquiera de estas dos últimas empresas (especialmente la que se encuentra más avanzada en sus autorizaciones

⁹ “Libre Competencia y Monopolio”, Domingo Valdés Prieto, Editorial Jurídica de Chile, año 2010, primera edición, pág. 510.

¹⁰ El subrayado es nuestro. En lo sucesivo, los destacados en citas textuales se entenderán nuestros salvo que se indique expresamente lo contrario.

¹¹ En efecto, como se vio con anterioridad, la prohibición de exportar BFU es una medida contenida en el Decreto N°2/2010 del Ministerio de Salud. Bajo su vigencia, Recimat enfrentó principalmente la competencia de Tecnorec S.A. Esta última empresa salió del mercado por no cumplir con el estándar exigido por la normativa ambiental.

¹² Se trata de: (i) Soluciones Ecológicas del Norte S.A. quien obtuvo su calificación ambiental mediante Resolución Exenta N°086, de fecha 31 de mayo de 2006, pronunciada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la III Región de Atacama. Esta empresa, además, cuenta con la Resolución Exenta N°22, del 3 de enero de 2019, de la Seremi de Salud que autorizó su funcionamiento; y, (ii) Bimar Chile Limitada quien obtuvo su calificación ambiental mediante Resolución Exenta N°88, de fecha 5 de agosto de 2003, pronunciada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la IV Región de Coquimbo.

sectoriales), podría ingresar al mercado y, en ese contexto, competir y desafiar la posición de Recimat. Si bien no es un ingreso inminente, es más que un ingreso meramente hipotético.

3° La posición que Recimat ocupa actualmente en el mercado no es reprochable desde la perspectiva de la libre competencia. Sólo sería reprochable si ella ejerciera su poder de mercado en forma abusiva. Sin embargo, existen disuasivos importantes a incurrir en esas conductas como también mecanismos de detección y sanción eficaces.

La doctrina especializada afirma que:

“La situación de poder de mercado correspondiente a un monopolio de eficiencia no es reprochable en forma alguna, salvo que: i) el monopolista ejercite abusivamente dicho poder de mercado, o bien ii) que el monopolista haya alcanzado esa situación de monopolio por medios injustos (...)”¹³.

De allí que sea conveniente evaluar, en cada caso, si existen aspectos del mercado relevante y/o de la institucionalidad de libre competencia, que limiten o inhiban el ejercicio abusivo del poder de mercado, para determinar la probabilidad de su ocurrencia.

Tratándose del caso concreto de Recimat, existe la posibilidad cierta de que ingresen nuevos operadores al mercado -como se vio- y una institucionalidad de libre competencia robusta y madura, aspectos que de manera conjunta debieran disciplinar y disuadir eventuales conductas abusivas por parte de Recimat, lo que constituye una garantía importante para el mercado, en el sentido de que Recimat actuará conforme a las directrices de libre competencia.

A. La competencia potencial como disuasivo de conductas abusivas.

La amenaza creíble de que ingresen nuevos operadores al mercado nacional claramente disciplina o limita eventuales conductas abusivas en que pudiere

¹³ “Libre Competencia y Monopolio”, Domingo Valdés Prieto, Editorial Jurídica de Chile, año 2010, primera edición, pág. 510.

incurrir Recimat en el mercado nacional. En ese sentido, la doctrina especializada ha sostenido que:

“(…) la competencia potencial también puede ejercer un impacto relevante en el comportamiento del agente económico analizado, cuya moderación en los precios será proporcional al grado de amenaza que advierta sobre la posible entrada de otros competidores en su mercado”¹⁴.

Dicho de otra manera, si un operador incumbente incurriera en una conducta abusiva (v.gr. precios de venta al público excesivamente altos o precios de compra excesivamente bajos), ello se constituiría en un verdadero llamado a los potenciales competidores para que ingresen al mercado, con el objeto de obtener las altas rentas derivadas de esas conductas abusivas, y de ese modo competirían con el operador incumbente. Sobre la materia se ha señalado que:

“Las conductas explotativas consisten en el ejercicio directo del poder de mercado del dominante. A través de estas conductas, el agente económico que goza de posición de dominio impone a sus clientes o proveedores condiciones que le permiten obtener mayores beneficios económicos (condiciones distintas a las que hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio). Las conductas explotativas no sólo no afectan el proceso competitivo, sino que incluso podrían dinamizarlo, incentivando el ingreso de nuevos competidores atraídos por las ganancias del dominante. Son ejemplos de conductas explotativas los ‘precios excesivos’ y la ‘discriminación explotativa’¹⁵

Como se vio con anterioridad, existen competidores potenciales de Recimat, los que corresponden a aquellas empresas que han obtenido la aprobación de sus proyectos de procesamiento de BFU por parte de la autoridad ambiental (y una de ellas que va más avanzada dado que ya obtuvo la aprobación del mismo proyecto por parte de la autoridad sectorial de salud). Esos competidores potenciales

¹⁴ “El poder de mercado y su relevancia en el derecho de la competencia europeo”. Rubén Bahamonde Delgado, 2013, pág. 497.

¹⁵ Resolución N°005-2010/ST-CLC-INDECOPI, del 15 de abril del 2010. Autoridad de Competencia del Perú.

debieran inhibir a que Recimat ejerza su poder de mercado en forma abusiva, mediante precios de compra excesivamente bajos, pues ello sólo acelerará el ingreso de esos competidores potenciales al mercado.

B. La institucionalidad de libre competencia nacional es lo suficientemente robusta para detectar y sancionar eventuales conductas abusivas.

Chile cuenta con una normativa lo suficientemente amplia para abordar todas las conductas que puedan poner en riesgo o afectar la libre competencia en el mercado. Se trata del DL 211, cuyo artículo 3° contiene el tipo infraccional general relativo a *“cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”*.

Esta normativa establece graves sanciones para el evento de incurrir en infracciones a la libre competencia, entre ellas, la aplicación de multas hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción, durante el período por el cual ésta se haya extendido, o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción; y, si no fuera posible determinar lo anterior, hasta 60.000 Unidades Tributarias Anuales¹⁶. Por lo tanto, son multas de una magnitud importante para disuadir incurrir en infracciones a la libre competencia.

A ello debe agregarse que existen autoridades nacionales especializadas con amplias atribuciones. En efecto, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) es quien investiga las conductas que pueden constituir infracciones a la libre competencia (contando con facultades amplias para tales efectos); y, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es quien sanciona las infracciones a la libre competencia, sin perjuicio de decretar las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime convenientes¹⁷.

La normativa también establece que, de sancionarse una conducta como contraria a la libre competencia, los afectados podrán solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en un procedimiento sumario¹⁸.

¹⁶ Artículo 26 del DL 211.

¹⁷ Artículo 3° del DL 211.

¹⁸ Artículo 30 del DL 211.

Esta institucionalidad de libre competencia, en su globalidad, garantiza que una eventual conducta abusiva, consistente en precios de compra excesivamente bajos, será oportunamente detectada y sancionada con el máximo rigor de la ley, sin perjuicio de la posibilidad de que los afectados exijan las correspondientes indemnizaciones por los perjuicios ocasionados. Esto, por sí solo, genera un importante efecto disuasivo a incurrir en dichas conductas.

En suma, como se ve, Recimat no sólo enfrenta una competencia potencial que debiera inhibirlo a incurrir en conductas abusivas consistentes en precios excesivamente bajos, sino que, además, si incurriera en dichas conductas, existe una institucionalidad de libre competencia lo suficientemente robusta para detectarlas y sancionarlas, como también para garantizar la indemnización de los perjuicios ocasionados. Este último aspecto, relativo a la robusta y madura institucionalidad de libre competencia, contribuye a inhibir la ocurrencia de las conductas abusivas mencionadas.

4° Por lo demás, Recimat no ha sido sancionada por conductas contrarias a la libre competencia. La propia FNE descartó una denuncia por precios excesivamente bajos en su contra hace un tiempo atrás.

Desde el 2014, Recimat ha sido el mayor comprador de BFU con capacidad de procesamiento en Chile¹⁹. La FNE analizó su comportamiento en el mercado en el 2016 sin advertir la existencia de infracciones a la libre competencia²⁰. Y, desde esa

¹⁹ Tecnorec S.A. dejó de operar el año 2014. Cabe señalar que la Fundación Alcones de la sociedad Andacollo Inversiones operó reciclando BFU desde aproximadamente 1992 hasta aproximadamente el mes de febrero de 2019, en que fue prohibido su funcionamiento por la autoridad competente.

²⁰ Informe de archivo de la FNE, de fecha 6 de diciembre de 2016, dictado en la investigación Rol N°2396-16. La FNE concluyó que Recimat no había incurrido en la conducta abusiva de precios excesivamente bajos. Concretamente señaló: "(...) no es posible afirmar con certeza que el precio actualmente pagado por Recimat sea excesivamente bajo, y por lo tanto constitutivos de un abuso de poder de compra, por cuanto existen otros factores que podrían explicar la dinámica que han presentado los precios en este mercado y que no tienen relación con la constatación de una infracción al DL N°211. En efecto, si bien Recimat, a raíz de la salida de Tecnorec, adquiere una posición de dominante (y que podría ejercer abusivamente), dicha salida también implica un cambio en la estructura del mercado al contraer la demanda de BFU, lo cual ciertamente podría explicar la caída en los precios de compra de estos residuos, dificultando la constatación de ejercicio de poder de mercado al meramente comparar los precios pre y post salida de Tecnorec. (...) Por otro lado, Recimat en los últimos años ha realizado inversiones para aumentar su capacidad de Tratamiento. Así, en el año 2015 aumentó la capacidad de su horno de 24.000 toneladas anuales a 32.160 toneladas. De esta manera, y atendido a que Recimat carece de poder de venta del plomo refinado por cuanto este se transa en mercados internacionales, la decisión de bajar los precios podría obedecer además a la necesidad de financiar dicha inversión (...). En definitiva, esta

fecha en adelante, no ha sido objeto de nuevas denuncias ante la autoridad de libre competencia ni ha sido objeto de investigaciones realizadas de oficio por esta última. Lo que da cuenta de su comportamiento ajustado a la libre competencia y, seguramente, de la eficacia de los aspectos de mercado y de la institucionalidad de libre competencia, antes mencionados, para disciplinar o inhibir eventuales conductas abusivas.

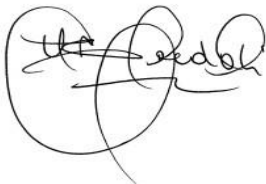
III. Síntesis.

- El DS N°9 reitera la prohibición de exportar BFU y, en consecuencia, reafirma que dichos residuos peligrosos deben ser comercializados y tratados en el país. Esto de ninguna manera genera un monopolio local pues en el mercado nacional pueden participar como compradores y procesadores de BFU todas aquellas empresas que cumplan con la normativa ambiental vigente.
- Recimat ha sido la mayor y hoy es la única compradora de BFU con capacidad de procesamiento en Chile. Esto se debe a que ha realizado las inversiones para tales efectos y ha cumplido cabalmente la normativa vigente. Por lo tanto, su posición en el mercado la ha obtenido de manera legítima. Esto no es reprochable desde la perspectiva de la libre competencia.
- Lo único que sería reprochable desde la perspectiva de la libre competencia, sería si Recimat ejerciera abusivamente su poder de compra. Sin embargo, estimamos que la posibilidad de que ello ocurra se vería reducida debido a que:
 - (i) existe la amenaza de que ingresen nuevos operadores al mercado de la compra de BFU para su posterior procesamiento. En efecto, actualmente hay dos empresas que cuentan con su resolución de calificación ambiental y una de ellas además obtuvo recientemente la respectiva autorización de funcionamiento de la autoridad de salud. Por lo tanto, incurrir en conductas de abuso explotativo hacia los vendedores de BFU sólo agilizaría el ingreso de esos nuevos operadores al mercado y con ello la competencia para Recimat; y,

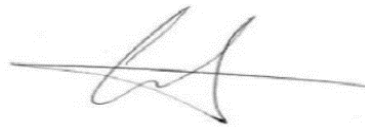
División estima que no es posible concluir que Recimat ha incurrido en un abuso de poder de compra, principalmente porque no se ha podido constatar durante la investigación que los precios de compra son excesivamente bajos. (...)

- (ii) existe una institucionalidad de libre competencia robusta para detectar y sancionar el ejercicio abusivo del poder de compra. En este contexto, las sanciones que impone el DL 211 son de una magnitud significativa lo que debiera disuadir incurrir en conductas de esta naturaleza. Además, la FNE es una autoridad especializada y con recursos, lo que garantiza que ejerza todas sus atribuciones para pesquisar comportamientos anticompetitivos y para solicitar ante el TDLC su correspondiente sanción.
- Por último, Recimat desde el 2014 es la mayor compradora de BFU con capacidad de procesamiento en el país. Hasta esta fecha, nunca ha sido sancionada en sede de libre competencia. Si bien se presentó en su contra una denuncia ante la FNE, por supuestas conductas de abuso explotativo, ella fue desestimada.

Quedamos a su disposición para aclarar o complementar cualquier aspecto del presente informe. Cordialmente,



Carla Bordoli C.



Cristián Doren Q.