



Pertinencia de restringir los sistemas individuales de gestión en el decreto de metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas para el producto prioritario aceites lubricantes con la finalidad de evitar distorsiones que afecten la libre competencia

El presente informe tiene por objeto exponer a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) los antecedentes que sustentan la restricción de los sistemas individuales de gestión (en adelante, “SIG”) para el producto prioritario aceites lubricantes, atendidas las distorsiones que puede generar a la libre competencia el hecho que dicha restricción no se imponga. Lo anterior, con la finalidad de contar con el informe previo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 20.920, que establece el marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje (en adelante, “Ley N° 20.920” o la “Ley”).

Para tales efectos, en primer lugar, nos referiremos al contexto nacional en materia de residuos y la dictación de la Ley N° 20.920; al régimen de la responsabilidad extendida del productor (en adelante, “REP”), su regulación y el rol asignado a los sistemas de gestión; y, al proceso de elaboración del anteproyecto de decreto supremo que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de aceites lubricantes usados, así como a su contenido.

En segundo lugar, nos referiremos a las atribuciones para restringir los SIG, de conformidad con la normativa aplicable, la experiencia comparada a este respecto y la especial situación en que se encuentran los residuos de aceites lubricantes.

Por último, analizaremos las razones que sustentan la restricción de los SIG, para lo cual nos referiremos en general al mercado de aceites lubricantes; los elementos propios del mercado de este producto, que sustentan la referida restricción atendidas las distorsiones que pueden afectar la libre competencia; y, complementariamente, las distorsiones que pueden afectar la efectividad de la REP, cuya determinación corresponde al Ministerio del Medio Ambiente, en su calidad de órgano competente para la dictación de los decretos de metas de recolección y valorización de productos prioritarios a que se refiere la Ley.

I. Antecedentes Generales

1. Contexto nacional: Necesidad de transitar hacia una economía circular

Con cerca de 21,1 millones de toneladas de residuos generados al año¹, Chile es uno de los países latinoamericanos que más basura genera². En efecto, de acuerdo con estimaciones realizadas por el Banco Mundial³, nuestro país genera aproximadamente 1,15 kilogramos per cápita de basura diaria, la que en su gran mayoría termina en rellenos sanitarios o vertederos.

Cambiar esta situación resulta primordial, sobre todo considerando las consecuencias aparejadas a un mal manejo de los residuos, las que se traducen, entre otras cosas, en la contaminación de nuestros océanos, suelos y cursos de aguas, la transmisión de

¹ Ver: [<https://sinia.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/01/8-residuos-pdf.pdf>]

² Banco Mundial, 2018. “What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050”. Disponible en el siguiente enlace: [<http://hdl.handle.net/10986/30317>]

³ Ídem.

enfermedades por la atracción de vectores, el aumento de problemas respiratorios por la quema de desechos, daño a la fauna y el aumento de emisiones que contribuyen al cambio climático.

En este contexto, y siguiendo las recomendaciones de la Organización y Cooperación para el Desarrollo Económico (“OCDE”), Chile inició la elaboración y discusión legislativa de un proyecto de ley destinado a hacerse cargo de la gestión de residuos, el que culminó con la dictación de la Ley N° 20.920, publicada en el Diario Oficial con fecha 1 de junio de 2016.

El objetivo de la Ley es disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la REP y otros instrumentos de gestión de residuos, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente.

Como su nombre lo indica, se trata de una ley “marco”, y como tal, establece los lineamientos generales para un nuevo régimen de gestión de residuos, dejando la regulación específica de una serie de materias, a la dictación de otros cuerpos normativos.

Así, entre otras cosas, (i) faculta al Ministerio para establecer, mediante decreto supremo, instrumentos destinados a prevenir la generación de residuos y/o promover su valorización⁴; (ii) mandata la elaboración de una serie de reglamentos, por ejemplo, para el establecimiento de requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos⁵; (iii) instaura el régimen de la REP, la que se implementará mediante la dictación de decretos supremos, que establecerán metas de recolección y valorización de una serie de productos, denominados “prioritarios”; y, (iv) establece una serie de mecanismos de apoyo a dicho régimen, tales como la implementación de programas de educación ambiental relativos a la prevención en la generación de residuos y su valorización, la creación de un fondo para el reciclaje destinado a financiar municipalidades o asociaciones de éstas para la ejecución de proyectos para prevenir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, entre otros.

Previo a la dictación de la Ley, Chile carecía de un tratamiento sistémico en materia de residuos, encontrándose su regulación dispersa “en cuerpos normativos de jerarquía disímil, focalizados en la recolección, transporte y disposición final, pero no en la prevención de la generación”⁶. En este escenario, la Ley busca redefinir el enfoque en la gestión de residuos de nuestro país, incorporando su valorización⁷ o recuperación como un elemento esencial, y considerando su disposición final como última alternativa, en base a una jerarquía en el manejo de residuos, conforme al cual se prefiere la prevención en la generación de residuos, luego la reutilización, el reciclaje y la valorización energética, dejando como última alternativa su eliminación.

De esta manera, la Ley busca internalizar las externalidades ambientales negativas propias de los residuos, disminuir su disposición final y formalizar el mercado de reciclaje

⁴ Artículo 4 de la Ley.

⁵ Artículo 8 inciso 3 de la Ley.

⁶ Dussaubat Diban, Jean Paul y Tapia Alvial, Claudio. “Ley de Fomento al Reciclaje: Hacia la Responsabilidad Extendida del Productor”. Revista Justicia Ambiental, Año VIII, N° 8, Diciembre 2016, p. 26.

⁷ El artículo 3 N° 30 de la Ley define “valorización” como el “Conjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y/o el poder calorífico de los mismos. La valorización comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética”.

existente en el país⁸, todo lo cual constituye un esfuerzo crucial para transitar desde una economía lineal –basada en “extraer-usar-desechar”– hacia una economía circular, donde prima la prevención en la generación de residuos y el aprovechamiento de nuestros recursos.

Como es posible advertir de lo anterior, la implementación de la Ley no sólo permitirá disminuir la cantidad de residuos que generamos, sino que implica un cambio de paradigma y redefinición en la forma en que percibimos y gestionamos nuestros desechos, reconociendo “que determinados residuos que hoy llamamos basura, son, en realidad, un recurso que puede ser reutilizado, reciclado o aprovechado.”⁹

2. Régimen de la Responsabilidad Extendida del Productor

Como adelantamos, uno de los principales instrumentos regulatorios introducidos por la Ley, es la REP, que corresponde a un régimen especial de gestión de residuos, conforme al cual los productores de ciertos productos –denominados “prioritarios”– son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de los productos prioritarios que comercialicen en el país¹⁰.

En otras palabras, dicho instrumento busca precisamente extender la responsabilidad de los productores, de forma tal que se hagan cargo de los residuos en que se convierten sus productos más allá de su vida útil.

A este respecto, cabe destacar que la Ley se enfoca en determinados productos que se denominan prioritarios y que fueron incluidos considerando criterios asociados a su consumo masivo, volumen significativo, peligrosidad, factibilidad de valorización y la experiencia en la regulación comparada¹¹. De esta forma, la REP aplica a los siguientes productos: (i) aceites lubricantes; (ii) aparatos eléctricos y electrónicos; (iii) baterías; (iv) envases y embalajes; (v) neumáticos; y, (vi) pilas¹².

Según lo expuesto, la Ley deja la regulación específica de cada producto prioritario, a la elaboración de decretos supremos por parte del Ministerio del Medio Ambiente, los que establecerán metas de recolección y valorización, así como otras obligaciones asociadas¹³.

De esta forma, los productores sujetos a la REP estarán obligados, entre otras cosas, a: (i) organizar y financiar la recolección de los residuos de los productos prioritarios en todo

⁸ Mensaje N°182-361, Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que se inicia proyecto de ley marco para la gestión de residuos y responsabilidad extendida del productor.

⁹ Aylwin Fernández, Martín, y Bortnick de Mayo, David. “La Ley N° 20.920 y la era ‘REP’: Un cambio de paradigma en el manejo de residuos en Chile”, Actualidad Jurídica N° 36, Universidad del Desarrollo, Julio 2017, p. 318.

¹⁰ Artículo 9 de la Ley.

¹¹ Historia de la Ley N° 20.920, p. 43. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/5030/>.

¹² Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con el inciso final del artículo 10 de la Ley, “El Ministerio, a través de los decretos supremos referidos, podrá igualmente aplicar la responsabilidad extendida del productor a las categorías y subcategorías de otros productos, los que se entenderán productos prioritarios.”

¹³ Las obligaciones asociadas, por su parte, se refieren a aquellas cuya finalidad consiste en asegurar el cumplimiento de las metas de recolección y valorización, y que pueden consistir en obligaciones de: (i) etiquetado; (ii) información a distribuidores o comercializadores, gestores y consumidores; (iii) diseño e implementación de estrategias de comunicación y sensibilización; (iv) diseño e implementación de medidas de prevención en la generación de residuos; (v) entrega separada en origen y recolección selectiva de residuos; (vi) limitaciones en la presencia de sustancias peligrosas en los productos; (vii) exigencias de ecodiseño; (viii) diseño, cobertura y operación de instalaciones de recepción y almacenamiento; y, (ix) especificación de los roles y responsabilidades que corresponden a los diferentes actores involucrados en el cumplimiento de las metas.

el territorio nacional, así como su almacenamiento, transporte y tratamiento en conformidad a la ley; (ii) cumplir con las metas y otras obligaciones asociadas, en los plazos, proporción y condiciones establecidos en el decreto supremo del producto prioritario de que se trate; y, (iii) asegurar que la gestión de los residuos de los productos prioritarios se realice por gestores autorizados y registrados.

En este contexto, la Ley exige que los productores sujetos a la REP deban dar cumplimiento a sus obligaciones de recolección y valorización, y otras obligaciones asociadas, a través de un sistema de gestión¹⁴. Este último, es el mecanismo en virtud de la cual uno o más productores de productos prioritarios deben dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Ley, mediante la implementación de un plan de gestión que es aprobado por el Ministerio del Medio Ambiente¹⁵.

Cabe precisar que un sistema de gestión puede ser individual o colectivo. En un sistema individual, el productor asume el cumplimiento de sus obligaciones por sí solo, pudiendo contratar el servicio de gestión de residuos directamente con gestores autorizados y registrados. En cambio, en un sistema colectivo de gestión (en adelante, "SCG"), los productores asumen el cumplimiento de sus obligaciones asociándose con otros productores, para lo cual deben constituir una persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados y de libre acceso, la que será responsable ante la autoridad.

A la fecha, el Ministerio ha iniciado el procedimiento de elaboración de los decretos de metas de cuatro de los seis productos prioritarios señalados anteriormente: neumáticos, envases y embalajes, aceites lubricantes y pilas. De éstos, ya fueron tomados de razón por la Contraloría General de la República y publicados en el Diario Oficial los decretos de metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas para neumáticos, y envases y embalajes.

3. Anteproyecto de metas recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de aceites lubricantes

El Ministerio del Medio Ambiente dio inicio al proceso de elaboración del decreto supremo de metas de aceites lubricantes, mediante Resolución Exenta N° 264, de 29 de marzo de 2019, proceso durante el cual se recibieron diversos antecedentes técnicos, se elaboró el Análisis General de Impacto Económico y Social ("AGIES") que contiene un análisis de los costos y beneficios de la regulación, y se convocó a un Comité Operativo Ampliado ("COA")¹⁶.

Al respecto, cabe señalar que el comité que participó en la elaboración del anteproyecto está conformado, entre otros, por representantes de Municipalidades, asociaciones gremiales y gestores de residuos, así como productores, comercializadores y distribuidores de aceites lubricantes¹⁷. Dicho comité contó con la participación de más de veinte integrantes, y fue fundamental para la toma de decisiones en el marco de este proceso.

¹⁴ Artículo 19 y siguientes de la Ley.

¹⁵ El artículo 3 N° 27 de la Ley define los sistemas de gestión como el "*Mecanismo instrumental para que los productores, individual o colectivamente, den cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor, a través de la implementación de un plan de gestión.*".

¹⁶ Todos los antecedentes del procedimiento de elaboración del decreto supremo de metas de recolección y valorización de aceites lubricantes se encuentran permanentemente a disposición del público en el siguiente enlace <https://rechile.mma.gob.cl/aceites-lubricantes/>.

¹⁷ Resolución Exenta N° 79, de 12 de julio de 2019.

Posteriormente, con fecha 24 de noviembre de 2020, este Ministerio aprobó el anteproyecto de decreto supremo para dicho producto¹⁸, el que fue sometido a consulta pública en el periodo comprendido entre el 3 diciembre de 2020 y el 19 de enero de 2021. Actualmente, esta cartera ministerial se encuentra analizando y ponderando las cerca de 300 observaciones ciudadanas recibidas, y elaborando una propuesta de decreto supremo.

En términos generales, el anteproyecto establece que la REP será aplicable a aquellos productores de aceites lubricantes recuperables, excluyendo los aceites no recuperables, esto es, aquellos que después de un correcto y normal uso, no dejan un residuo líquido recolectable debido a que durante su uso son consumidos completamente, como ocurre por ejemplo con los aceites de motores de dos tiempos (utilizados por algunas motocicletas y motores náuticos, entre otros), o debido a que no están contenidos en un sistema cerrado, como ocurre con el aceite de cadenas (como los de bicicletas y maquinarias con cadena, entre otros).

Asimismo, establece que resultará aplicable a aquellos aceites lubricantes recuperables, independientemente de si estos forman parte integrante de un vehículo o maquinaria de cualquier tipo, o si han sido introducidos en el mercado de forma aislada, como aceites de recambio.

En cuanto a las metas de recolección y valorización, éstas corresponden a un 50% el primer año de vigencia, aumentando progresivamente un 5% cada año, hasta llegar a un 90% a contar del décimo año. Las metas de recolección se entenderán cumplidas en el momento en que sean entregadas a un gestor que, dentro de Chile, realice la valorización de los aceites lubricantes usados (en adelante, "ALU").

En lo que interesa para efectos de la presente solicitud, el anteproyecto no permite la existencia de sistemas individuales de gestión, disponiendo en su artículo 10 que "Los sistemas de gestión deberán ser colectivos". De esta forma, impide que puedan conformarse sistemas individuales con la finalidad de evitar que ciertos productores puedan aprovechar su acceso preferente a los residuos de aceites lubricantes, en desmedro de la efectividad general de la regulación. Se consideró que lo anterior podía, además, afectar la libre competencia, atendidas las especiales circunstancias del mercado de aceites lubricantes en el país.

II. Restricciones a los sistemas de gestión

1. Normativa aplicable

La ley 20.920 establece que los productores de productos prioritarios pueden cumplir sus obligaciones mediante la conformación de sistemas de gestión individuales o colectivos. No obstante, entrega al MMA la facultad de restringir la aplicación de los sistemas de gestión en los decretos supremos en que regula las metas de recolección y valorización del producto prioritario de que se trate, atendidos los impactos que pueden generarse en la efectividad de la REP o en la libre competencia. En efecto, el artículo 19 de la Ley dispone lo siguiente:

"Sistemas de gestión. Las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor deberán cumplirse a través de un sistema de gestión, individual o colectivo.

Los decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas podrán restringir la aplicación de uno u otro sistema, a fin de

¹⁸ Resolución Exenta N° 1296/2020.

evitar distorsiones de mercado que pongan en riesgo la efectividad de la responsabilidad extendida del productor, o afecten la libre competencia en los términos establecidos en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, oyendo previamente al organismo público competente” (el destacado es nuestro).

A este respecto, cabe señalar que dicha atribución fue latamente discutida durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.920, en que se propuso su incorporación, precisamente para resguardar la efectividad de este instrumento regulatorio, y no mermar la libre competencia.”¹⁹ A este respecto, se sostuvo que:

*“(…) la regla general será que el productor escoja el sistema de gestión que utilizará, no obstante, **existiendo determinadas condiciones de mercado, el reglamento podrá establecer el sistema de gestión para un determinado producto prioritario cuando así lo aconseje, por razones fundadas, el organismo público competente, restringiéndolo a sistema de gestión colectiva, o solamente a sistemas de gestión individuales.** A vía de ejemplo, mencionó que tales situaciones se darían en los casos en que en un mercado determinado hubieren existido antecedentes de colusión, ya que los productores coludidos han compartido información, razón por la cual es inconveniente que los mismos se reúnan nuevamente y, en tal caso, el reglamento los obligará a realizar gestión individual. A contrario sensu, acotó, **pudieren producirse situaciones en las que fuere conveniente para la libre competencia, la existencia de un sistema colectivo, lo que ocurre cuando existe un gran productor y múltiples pequeños productores, los cuales al efectuar gestión individual, desaparecerían.**”²⁰ (el destacado es nuestro).*

Por tanto, la ley permite la restricción de los sistemas de gestión, ya sean individuales o colectivos, en base a dos causales: (i) las distorsiones que puedan generarse a la efectividad de la REP, caso en el cual el órgano competente para realizar dicha determinación es el Ministerio del Medio Ambiente, atendidas sus competencias para aplicar el instrumento de la REP, conforme a las disposiciones de la Ley; o, (ii) las distorsiones que puedan generarse a la libre competencia, caso en el cual el órgano competente para realizar dicha determinación es la Fiscalía Nacional Económica, atendidas sus competencias conforme a las disposiciones del D.L. N° 211, que fija las normas para la defensa de la libre competencia.

Por último, es importante aclarar que existen importantes diferencias entre un sistema individual y uno colectivo. En efecto, de acuerdo con lo establecido en la Ley, los sistemas colectivos están sujetos a reglas que no aplican a los individuales, siendo las más relevantes para este análisis, las siguientes:

- (i) Sus estatutos deben garantizar el ingreso de todos los productores del respectivo producto prioritario, en función de criterios objetivos y de forma no discriminatoria, sin perjuicio de la normativa aplicable a la persona jurídica que se constituya²¹.

¹⁹ Historia de Ley N° 20.920, página 320. Disponible en el siguiente enlace:

https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5030/HLD_5030_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

²⁰ Historia de Ley N° 20.920, página 321.

²¹ Artículo 20 inciso 4 de la Ley N° 20.920.

Para dichos efectos, las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados deberán ser visadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC")²², de modo que éste pueda declarar que no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; y,

- (ii) Deben realizar licitaciones abiertas para la contratación de los servicios de recolección y manejo de residuos. Es decir, deben realizar un procedimiento concursal, mediante el cual el respectivo sistema de gestión realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, con sujeción a las bases fijadas, formulen propuestas para un servicio de manejo de residuos. Las bases de estas licitaciones también deben estar visadas por el TDLC²³.

Por su parte, los sistemas individuales no requieren hacer licitaciones públicas para contratar los servicios de gestión de residuos y no existe la obligación de permitir el ingreso de otros productores ya que su naturaleza es esencialmente individual.

2. Experiencia comparada

Cabe destacar que las opciones regulatorias adoptadas a este respecto, esto es la posibilidad de restringir los sistemas de gestión, en especial las restricciones basadas en la libre competencia encuentran sustento en la experiencia comparada.

Según lo expuesto, la REP es un instrumento económico cuya finalidad es regular un problema colectivo – consistente en la gestión de residuos – mediante su asignación a un grupo de agentes privados, haciendo que éstos se hagan responsables de cumplir con dicho objetivo socioambiental, a través del establecimiento de metas de recolección y valorización.

Al tratarse de un problema de naturaleza colectiva, cuya solución requiere de la instalación de una red de recolección de escala para ser eficiente, en la legislación comparada se ha incluido a los sistemas colectivos de gestión como la principal figura a través de la cual los privados deben dar cumplimiento a las obligaciones que ésta les impone. A nivel comparado, en la mayoría de las regulaciones se establece que los sistemas de gestión deben ser colectivos y se limita la existencia de sistemas individuales sólo para aquellos casos en que el actuar colectivo resulta innecesario o contraproducente.

Esto último ocurre cuando los residuos que provienen de productos de un productor específico se encuentran aislados del resto de los residuos y es posible identificarlos fácilmente, lo que adelantamos no ocurre en el caso de los aceites lubricantes. En dicho caso, es posible formar un circuito cerrado entre el productor y el generador del residuo, convirtiéndose el sistema colectivo en un intermediario innecesario²⁴.

²² Artículo 26 letra c) de la Ley N° 20.920.

²³ Artículo 24 de la Ley N° 20.920.

²⁴ Un ejemplo podría ser una empresa que importa y vende equipamiento especializado solamente a hospitales y clínicas. Sus envases se generarán siempre de forma exclusiva en esos lugares, le resultará muy simple proveer el servicio de retiro a sus clientes y sus envases serán fácilmente identificables como propios. En efecto, la gestión colectiva con otros productores probablemente no le generará economías de escala en la recolección de sus envases. Estos casos constituyen el contraejemplo en relación con la deseabilidad de los sistemas colectivos, pero se trata de casos muy poco frecuentes.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), en su informe del año 2016 sobre los avances de la responsabilidad extendida del productor²⁵, al referirse a los sistemas individuales, considera como supuesto básico que estos deben hacerse cargo de sus propios residuos, es decir, que no pueden constituirse como sistemas individuales y, a su vez, recolectar y valorizar los residuos de productos introducidos en el mercado por terceros. En particular, señala que la gran ventaja que presentan estos sistemas radica en que, si un productor recolecta sus propios residuos, tiene mayores incentivos para diseñar sus productos para el reciclaje y la reutilización. De esta forma, por ejemplo, una empresa que fabrica artículos electrónicos tiene mayores incentivos para fabricar productos que se puedan reparar o reacondicionar, o que sus piezas se puedan reutilizar para fabricar nuevos productos.

Sin embargo, respecto de los sistemas individuales (abreviado como “IPR” en inglés por ‘*Individual Producer Responsibility*’), el informe también señala que éstos pueden reducir la competencia debido a posibles efectos exclusorios sobre competidores más pequeños y la generación de barreras de entrada para potenciales nuevos competidores. A este respecto, señala:

“(…) IPR implementation may worsen market distortions due to monopoly power. IPR schemes may reduce competition in product markets due to the entry barriers created for new-comers and the drawbacks for small enterprises (Short, 2004; Didier and Sittler, 2014). The main reasons are the economies of scale present in waste management, which enables incumbent firms with large market shares to further strengthen their competitive position.

Despite the potential environmental advantages and the support of stakeholders, few IPR schemes exist (Lindhqvist and Lifset, 2003; Sachs, 2006; Mayers and Butler, 2013). In most countries, producers set up collective industry-wide EPR schemes (...)” (el destacado es nuestro).

Adicionalmente, la OCDE señala que hay razones para pensar que los sistemas individuales no tienen la capacidad para inducir a mayor competencia en el mercado. Al respecto, indica:

“If self-provision of EPR [Extended Producer Responsibility] were a feasible alternative for producers, then the threat of self-compliance might restrict the exploitation of market power by PROs [Producer Responsibility Organization]. The Swedish competition authority investigated whether an individual firm could realistically satisfy its EPR without joining a PRO. It noted that PROs tended to be controlled by “the major actors in the market.” The investigation “found that the chances [of self-provision] tend to be either remote or non-existent” (OECD, 2006, p.146). This finding suggests both that the self-compliance option places no meaningful restraint on the conduct by PROs, and that suppliers who compete against the major actors depend on their rivals for a necessary input.”

Es así como en Europa, especialmente en Alemania, Bélgica y España, prácticamente todos los regulados cumplen sus obligaciones de forma colectiva para los distintos productos prioritarios, operando los sistemas individuales únicamente en casos muy específicos.

²⁵ Informe Extended Producer Responsibility – Updated Guidance, OECD (2016), disponible en <https://www.oecd.org/development/extended-producer-responsibility-9789264256385-en.htm>

En este escenario, cabe destacar que, para el caso de aceites lubricantes en España, SIGAUS (el principal sistema colectivo de gestión de este producto) informó a este Ministerio que ningún productor cumple sus metas de forma individual. Si bien esto no está prohibido expresamente, la regla que obliga a los sistemas individuales a recolectar los aceites lubricantes introducidos al mercado por el productor que lo conforma y la obligación de recogida universal implican en la práctica una prohibición. Asimismo, se nos informó que para ningún productor sería económicamente racional dar cumplimiento a las metas de forma individual, en cuanto las economías de escala resultan demasiado relevantes.

En definitiva, como es posible advertir, a nivel internacional no se ha identificado que la existencia de sistemas individuales presente beneficios relevantes para la competencia. Por el contrario, la experiencia comparada evidencia que éstos pueden generar importantes riesgos a la libre competencia.

3. Especial situación de los aceites lubricantes

Cabe señalar que en los decretos de metas de recolección y valorización de neumáticos y de envases y embalajes que se encuentran vigentes, se han establecido restricciones a los sistemas individuales de gestión basadas en las distorsiones que puede producirse para la efectividad de la REP.

En efecto, en dichos casos se ha establecido que los sistemas individuales de gestión sólo pueden cumplir las metas de recolección y valorización con los residuos en que se convierten los productos prioritarios introducidos por el productor que conforma el sistema individual.

Dicha restricción se ha establecido con la finalidad de evitar los incentivos perversos que se generan para los productores que introducen al mercado productos que generan residuos relativamente más difíciles de recolectar y/o reciclar que el resto. Como se señaló en la sección anterior, dicha restricción encuentra asidero en la regulación internacional.

Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de un productor que introduce en el mercado un producto que es marginalmente más barato que los otros comúnmente utilizados en el mercado y es funcionalmente idéntico, pero su reciclaje es más complejo y, por lo tanto, más costoso. Si este productor se une al sistema colectivo de gestión, éste le hará un cobro algo superior que al resto de los productores, puesto que dar cumplimiento a su meta será más difícil y costoso. En este contexto, el productor podrá seguir vendiendo ese producto o cambiar a uno que, aunque sea un poco más costoso de adquirir/producir, tenga un costo de gestión del residuo menor. Por otro lado, si este productor forma un sistema individual de gestión y no existe la regla de que tiene que recolectar sus propios residuos, podría dar cumplimiento a sus metas recolectando productos introducidos al mercado por otros productores, que sean más baratos de recolectar/reciclar, lo que reduce su costo de cumplir la obligación REP en perjuicio de aquellos productores cuyos residuos son más fáciles de reciclar.

Lo anterior, genera una distorsión que pone en riesgo la efectividad de la REP puesto que los productores de productos “menos reciclables” no se suman a los sistemas colectivos de gestión y comienza un fenómeno en que todos los sistemas de gestión compiten por llegar a los residuos más fáciles de recolectar/reciclar, pero estos residuos no alcanzan para que todos cumplan sus metas, generando el riesgo de que las metas no sean cumplidas y aumentando los costos de recolección artificialmente, producto de esa competencia por llegar a los residuos “baratos” antes que los otros sistemas de gestión.

Adicionalmente, reduce la efectividad de la REP puesto que un mecanismo de acción clave de la REP es que ésta promueve que cada productor internalice el costo del fin de vida de sus productos en su función de costos. Si un productor puede formar un sistema individual de gestión y dar cumplimiento a sus metas con los residuos de los productos de otro productor, sin hacerse cargo de que sus residuos son más caros de gestionar, entonces tal mecanismo deja de operar.

En definitiva, la posibilidad de formar sistemas individuales de gestión que no se hacen cargo de sus propios residuos erosiona los mecanismos de mercado que la regulación REP tiene por objetivo instaurar, volviéndola menos efectiva en lograr sus objetivos ambientales.

En el caso particular de los aceites lubricantes, los argumentos por los cuales es necesario restringir los sistemas individuales de gestión se replican. No obstante, a diferencia de los neumáticos y los envases y embalajes, la regla general, es que es físicamente imposible para un sistema individual acreditar que los ALU que recolecta provienen de los productos introducidos al mercado por el productor que lo conforma, ya que una vez que los aceites lubricantes son puestos dentro de un sistema de lubricación, se vuelven indistinguibles unos de otros.

En efecto, incluso si una industria o un taller sólo compra aceites lubricantes de una marca, no es posible saber si el aceite que se extrae de un vehículo o una maquinaria al hacer el cambio de aceite corresponde a una marca u otra. Por tanto, no hay forma de demostrar que el ALU retirado de un vehículo o una maquina corresponde a una marca determinada.

De esta forma, y considerando que establecer la misma regla que se ha dispuesto en el caso de neumáticos y de envases y embalajes, constituye en la práctica una prohibición ya que no será posible diferenciar el origen del ALU, es que este Ministerio ha estimado que la forma más clara y transparente de normar esta situación, es establecer expresamente que sólo pueden constituirse sistemas colectivos de gestión, impidiendo de esta forma los sistemas individuales.

Por tanto, y considerando que permitir los sistemas individuales de gestión no sólo afecta la efectividad de la REP, sino que además genera distorsiones que pueden afectar la libre competencia es que a continuación se exponen los antecedentes generales del mercado de lubricantes en Chile y las razones que justifican su restricción, fundado en la existencia de distorsiones que pueden afectar a la libre competencia.

III. De las razones para restringir los sistemas individuales de gestión en el anteproyecto de metas de recolección y valorización de aceites lubricantes

1. Antecedentes generales del mercado de aceites lubricantes

Los aceites lubricantes contienen dos elementos principales: las bases lubricantes y los aditivos.

Las primeras, son su ingrediente principal, permiten la función de lubricación y en su mayoría son producidas a partir del petróleo. Cabe destacar que en Chile no existe producción de bases lubricantes.

Por su parte, los aditivos consisten en diversas sustancias que se agregan a las bases lubricantes para lograr determinadas características. Es así como, los aditivos pueden

cambiar la temperatura de ignición y de congelación del aceite lubricante y modificar la viscosidad de estos, entre otras. En Chile tampoco se fabrican aditivos para aceites lubricantes. No obstante, se importan aceites lubricantes terminados y también se fabrica aceite lubricante a partir de bases lubricantes y aditivos importados.

Cabe destacar que, de conformidad con las disposiciones de la Ley, se encuentran comprendidos en la definición de productores de aceite lubricante, tanto los importadores de aceite lubricante terminado como los que lo fabrican localmente, por lo que las obligaciones del decreto de metas serán aplicables a ambos.

En el mercado de aceites lubricantes en el país, existen tres grandes segmentos de clientes finales: el sector minero, el sector industrial y el sector vehicular.

El sector vehicular es, a su vez, separable en dos grandes subsegmentos: los grandes transportistas y el resto de los consumidores, los que se encuentran altamente atomizados. Por su parte, en el caso de la minería, los productores proveen a los clientes directamente, y en el caso de la industria y los grandes transportistas puede ser de forma directa o a través de terceros. En el caso del resto del sector vehicular es, principalmente, a través de empresas como lubricentros, talleres y concesionarios.

De acuerdo con lo indicado en el AGIES, disponible en el expediente de elaboración de la norma, el tamaño de estos segmentos serían los siguientes:

Tabla 1. Tamaño de los segmentos del mercado de aceites lubricantes

	Tamaño del sector
Automotriz	58%
Industrial	25%
Minería	17%

Cabe destacar que, durante el proceso de consulta pública de la norma, Copec hizo una observación indicando que las estimaciones del AGIES estaban erradas y que los valores correctos eran de 21%, 45% y 34% respectivamente. Actualmente estamos evaluando si las estimaciones realizadas requieren alguna corrección.

De acuerdo con información aportada por Copec en la consulta pública, las participaciones de mercado de los principales competidores serían las siguientes:

Tabla 2. Participación de mercado de los competidores

	Participación de mercado
Copec (Mobile)	45%
Enex (Shell)	23%
Total	7%
YPF	7%
Luval (Valvoline)	4%
Esmax (Lubrax/Petrobras)	7%
Otros	7%

Dadas las participaciones de mercado señaladas, el índice de concentración de mercado Herfindahl–Hirschman sería superior a 2717²⁶, lo que daría cuenta de un mercado altamente concentrado, de acuerdo con las guías del Departamento de Justicia de Estados Unidos²⁷.

No obstante, distintos actores han señalado que la participación de Copec ha sido históricamente más elevada, pero que recientemente perdió ciertas licitaciones de gran tamaño en el sector minero. De acuerdo con un informe de la consultora Ecobaus²⁸, el que se adjunta a este informe, la participación de mercado de Copec en el año 2015 alcanzaba el 53,3%, situación que no se descarta que pueda volver a alcanzarse si esta empresa lograra recuperar contratos relevantes en el sector minero.

Cabe destacar que además de la información proporcionada por Copec, el Consorcio de Empresas Lubrificantes (“CELA”) que corresponde a un grupo de productores de aceite lubricante conformado para el desarrollo de un Acuerdo de Producción Limpia, bajo la coordinación de la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático, también proporcionó información relativa al tamaño de los distintos sectores y la participación de mercado. No obstante, y considerando que dicha información podría constituir información comercial sensible, solicitó se mantuviera la confidencialidad de esta.

Por último, es importante tener presente que Copec tiene una empresa relacionada dedicada a la recolección de aceites lubricantes usados denominada Vía Limpia. Dicha empresa se formó hace aproximadamente 10 años y se dedica a la recolección de ALU de los grandes clientes de Copec, así como de otros generadores de ALU de mayor volumen, sin que estos sean necesariamente clientes de la referida empresa.

2. Elementos del mercado de aceites lubricantes que sustentan la restricción a los SIG basado en posibles distorsiones a la libre competencia

Existen ciertos elementos, propios de la industria de los aceites lubricantes en Chile, que dan cuenta de la necesidad de restringir los SIG, por cuanto su existencia puede generar distorsiones de mercado que pueden afectar la libre competencia.

(i) La existencia de un actor con elevadísima participación de mercado implica que este puede utilizar la figura de los SIG para generar efectos anticompetitivos en el mercado para su propio beneficio

En efecto, Copec es el principal productor de aceites lubricantes en Chile, con una participación en el mercado estimada en torno al 50%, mientras que sus cuatro competidores más grandes, tienen aproximadamente un 20%, 7%, 7% y 4% de participación de mercado, respectivamente. Cabe destacar que, como se ha señalado anteriormente, existe cierta variabilidad ligada a la adjudicación de ciertos contratos mineros de gran volumen.

En este contexto, este Ministerio estima que la conformación de un sistema individual por parte de Copec puede generar importantes riesgos para la libre competencia basado en las siguientes circunstancias:

- Eficiencias de escala asociadas a su tamaño

²⁶ <https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index>

²⁷ <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#5c>.

²⁸ Ecobaus, “Diagnóstico Sectorial de Aceites Lubrificantes, Informe Final”, septiembre 2016, elaborado para el Consorcio del Acuerdo de Producción Limpia de Aceites Lubrificantes.

Dado su tamaño, es posible que Copec goce de eficiencias de escala que el resto de los actores del mercado no podrían alcanzar. Al formar un SIG, Copec puede negar el acceso a sus competidores, con lo que logra adquirir ventajas competitivas.

Precisamente, fue el riesgo de conductas de competencia desleal de exclusión como la anterior, las que el legislador quiso evitar cuando incluyó la obligación de permitir el ingreso de todos los productores que quisieran adherirse a los sistemas colectivos²⁹.

Al respecto, la OCDE ha indicado, como señalamos anteriormente, que los sistemas individuales pueden reducir la competencia: *“Individual producer responsibility schemes may reduce competition in product markets due to the entry barriers created for new-comers and the drawbacks for small enterprises (Short, 2004; Didier and Sittler, 2014). The main reasons are the economies of scale present in waste management, which enables incumbent firms with large market shares to further strengthen their competitive position.”*

Además, un escenario como el descrito, puede generar un círculo de retroalimentación negativa, pues al impedir que sus competidores puedan ingresar a su sistema de gestión, estos tendrán costos mayores, lo que a su vez debería tender a aumentar la posición de dominio ya existente, exacerbando aún más el efecto inicial.

- Alta participación de mercado

Adicionalmente, dado que Copec posee una participación de mercado elevadísima, es esperable que utilice dicha posición de dominio para asegurarse el acceso a los ALU más fáciles de recolectar y de mayor valor para cumplir su meta. Esto sería posible, pues quienes generan los ALU son clientes de los productores de aceite lubricante y es de esperar que los clientes de Copec se vean forzados a actuar en beneficio de esta, dándole acceso preferente a sus ALU, al tener esta un elevado poder de negociación. En definitiva, el actor dominante del mercado de aceites lubricantes podría acceder a los ALU de mayor valor, dejando los aceites lubricantes de menor valor, incluso aquellos de valor negativo³⁰, a los otros sistemas de gestión. Nuevamente, esto generaría una ventaja competitiva y posiblemente aumentaría aún más su posición de dominio en el mercado, por lo que en este caso también se genera un círculo de retroalimentación negativa.

- Gestión ineficiente de los residuos

Dichas conductas no sólo resultan en ventajas competitivas eventualmente obtenidas de forma anticompetitiva, sino que también en una gestión de residuos ineficiente a nivel social y, probablemente, en aumentos del precio final del aceite lubricante que serán finalmente absorbidos, en parte, por todos los chilenos, ya sea que sean usuarios directos de estos productos o consumidores de productos que en su proceso de fabricación o transporte requirieron el uso de maquinarias que utilizan estos aceites para su funcionamiento.

²⁹ En relación a dicha situación parece aplicable la doctrina de “instalaciones esenciales” o “insumos esenciales”, del inglés “*essential facilities*”.

³⁰ Los aceites lubricantes usados tienen un alto poder calorífico, lo que implica que tienen valor comercial. Sin embargo, cuando estos se generan en puntos muy alejados de las empresas de valorización o se encuentran muy contaminados, pueden llegar a tener valor negativo, dado que el costo de recolectarlos y transportarlos es mayor al precio de venta.

Lo anterior, ya que si Copec excluye al resto de los productores de su sistema de gestión, se ve limitada la posibilidad de alcanzar mayores eficiencias de escala a nivel agregado. Copec se vería beneficiado en tanto logra alcanzar mayores eficiencias de escala que el resto, pero en el agregado nacional se pierde la posibilidad de aprovechar las eficiencias de escala para reducir en mayor medida los costos de gestión de todos los residuos.

(ii) Los dos principales competidores tienen acceso preferente a los residuos mineros lo que implica que estos pueden utilizar la figura de los SIG para generar efectos anticompetitivos en el mercado para su propio beneficio

Se estima que la minería representa entre 17% y 34% del mercado de aceites lubricantes, cuyos mayores proveedores son Copec y Enex³¹. Si bien esta industria representa menos de un tercio del mercado de aceites lubricantes, tiene un rol muy importante en la gestión de ALU, puesto que en las faenas mineras: (i) el residuo es gestionado formalmente, mediante su venta a valorizadores autorizados; (ii) el residuo es barato de gestionar, porque se genera en grandes volúmenes en muy pocos puntos; y, (iii) el grado de contaminación del residuo es bajo en comparación con los otros sectores de la economía. Por lo tanto, para los sistemas de gestión, las faenas mineras serán uno de los lugares donde resultará más atractivo hacer la recolección de ALU.

Es importante considerar que, como regla general, cada faena minera en Chile es provista exclusivamente por un productor de aceites lubricantes, y sólo dos productores proveen prácticamente a la totalidad de las faenas mineras. En este escenario, es esperable que los productores que abastecen a la industria minera se encuentren en una situación ventajosa para acceder a dichos residuos y, de conformar un sistema individual, tendrían la capacidad de tener acceso exclusivo a los mismos, negándole el acceso a sus competidores, mermando la libre competencia mediante los mismos mecanismos explicados en el punto (i).

3. La restricción a los SIG se sustenta, asimismo, en la efectividad de la REP

Tal como se explicó anteriormente, la Ley admite expresamente como una de las dos causales que habilitan a los decretos de metas para establecer restricciones a la aplicación de los sistemas de gestión, sean colectivos o individuales, el que éstas tengan por finalidad evitar distorsiones de mercado que pongan en riesgo la efectividad de la REP. De esta forma, el Ministerio del Medio Ambiente ha considerado pertinente restringir totalmente a los productores de aceites lubricantes la posibilidad de conformar sistemas individuales de gestión atendido los riesgos que se presentan para la efectividad de la REP, tal como consta del anteproyecto del decreto de metas.

En efecto, las particularidades propias del mercado de aceites lubricantes permiten sostener que es muy probable que un sólo productor, en este caso Copec, tenga acceso a una gran cantidad de ALU más baratos de gestionar, por lo que, de no restringirse la posibilidad de conformar sistemas individuales de gestión, este productor puede acaparar parte de los aceites usados, especialmente aquellos que tienen un costo de gestión más bajo. Lo anterior, generaría distorsiones que inciden en la efectividad de la REP, además de afectar la competencia en el mercado, tales como impedir el cumplimiento de las metas de recolección y valorización, y generar ineficiencias en la gestión de los residuos.

³¹ Según Copec, ellos y Enex tendrán participaciones de 53% y 36% en el sector minero.

(i) Impedir el cumplimiento de las metas de recolección y valorización por parte de otros productores por la falta de disponibilidad de residuos

Cabe destacar que la Ley establece que las metas de recolección y valorización de residuos de productos prioritarios deben determinarse considerando la cantidad de productos prioritarios introducidos en el mercado nacional por cada productor.

El anteproyecto establece metas ambiciosas, pero que a la vez son cumplibles, considerando la realidad nacional y la experiencia comparada. De esta forma, si para un año dado la meta de recolección y valorización es de 60%, es porque se consideró que el o los sistemas de gestión colectivos podrán alcanzar ese nivel de recolección de ALU. No obstante, sin duda que en ciertos sectores será más fácil lograr mayores niveles de recolección, por lo tanto, una meta de 60% implica que se espera sea factible alcanzar niveles más altos que 60% en algunos sectores y más bajos en otros. A modo de ejemplo teórico, se podría esperar que en las grandes mineras la máxima recolección alcanzable sea del 90%, mientras que en ciertas fábricas sea de 70% y en los lubricentros sea de tan solo 30%.

De esta forma, si existen productores que tienen acceso preferente a una gran cantidad de residuos (como es el caso de Copec) y se permite la conformación de sistemas individuales significa que en la práctica los productores que no tienen dicho acceso preferente deberán realizar su recolección exclusivamente en los sectores donde ello resulta más difícil, por lo que existe el riesgo que la meta de 60% no sea cumplida por ellos, por lo que se encontrarán expuestos a ser sancionados con cuantiosas multas por la Superintendencia del Medio Ambiente.³²

En el ejemplo del párrafo anterior, si Copec forma un SIG y acapara la recolección en los sectores donde se puede alcanzar tasas de recolección del 90% o 70%, dejando a otros productores los sectores donde la máxima recolección factible es del 30%, entonces los últimos no tendrán forma de cumplir sus metas.

(ii) Generar el surgimiento de ineficiencias sistémicas que limiten la eficacia de la REP

En términos generales, y considerando las ineficiencias que se generan cuando se realiza la recolección de residuos dispersos en el territorio de forma individual por parte de distintos actores, es que a nivel internacional se promueve la conformación de sistema colectivos, de forma que los productores de un producto determinado se asocien para financiar de manera colectiva el cumplimiento de dichas obligaciones, aprovechando las economías de escala.

De esta forma, la eficiencia del sistema se promueve mediante el actuar colectivo de modo de realizar las actividades de recolección y valorización al menor costo económico y social posible. Por último, es relevante señalar que los costos asociados al cumplimiento de dichas obligaciones, puede ser traspasado al precio de los productos, por lo que la falta de mecanismos que habiliten el funcionamiento eficiente del sistema no es inocua desde el punto de vista social.

En efecto, incluso si todos los productores lograsen cumplir la meta, se cumpliría el objetivo ambiental, pero a un costo social más elevado. Ello ocurriría, por ejemplo, si Copec elige operar por sí solo –porque resulta más rentable para la empresa– pero su

³² Cabe indicar que, de conformidad al artículo 39 de la Ley, no cumplir con las metas de recolección y valorización de residuos de productos prioritarios constituye una infracción grave, que puede ser objeto de multas que pueden ir hasta las 5.000 UTA.

ausencia del sistema colectivo sube los costos promedio de cumplir la meta del referido sistema, hasta el punto donde el costo promedio de la gestión a nivel nacional es mayor que en el caso en el que Copec forma parte del referido sistema.

En definitiva, como es posible advertir de lo anteriormente expuesto, la existencia de sistemas individuales de gestión en el contexto del decreto de metas de ALU podría hacer que el mecanismo REP se vuelva menos eficaz, reduciendo así el beneficio social de su aplicación, o incluso, impedir el cumplimiento de las metas para algunos productores.

IV. Conclusiones

Como es posible advertir de lo anteriormente expuesto, existen claros riesgos de permitir la existencia de sistemas individuales en el decreto de metas de aceites lubricantes, tanto para la libre competencia como para la efectividad de la REP, razón por la cual este Ministerio ha decidido restringir su aplicación para este producto prioritario en específico.

En efecto, permitir sistemas individuales de gestión supondría serios riesgos a la libre competencia, en tanto existe un actor con una participación elevadísima en el mercado de aceites lubricantes, lo cual genera eficiencias de escala que el resto de los actores no podría alcanzar y acentuaría su posición de dominio al asegurar el acceso a ALU más fáciles de recolectar. Adicionalmente, los dos principales competidores tienen acceso preferente a los residuos mineros lo que genera ventajas competitivas que dejan a los restantes productores en una situación desventajosa.

Adicionalmente, supone importantes riesgos para la efectividad de la REP, en tanto puede impedir el cumplimiento de las metas de recolección y valorización por parte de aquellos productores que no tienen acceso preferente a los residuos de ALU. Asimismo, puede generar el surgimiento de ineficiencias sistémicas que limiten la eficacia del instrumento de la REP atendido los costos de cumplir las metas considerando la limitación a las eficiencias de escala.

A mayor abundamiento, esta decisión resulta consistente con la experiencia comparada en la materia, donde en la mayoría de las regulaciones los sistemas de gestión son colectivos, limitando la existencia de sistemas individuales sólo para aquellos casos en que el actuar colectivo resulta innecesario o contraproducente.

En definitiva, como es posible advertir de todos los argumentos y antecedentes previamente expuestos, la decisión de este Ministerio no sólo es ajustada a derecho –en tanto es la propia Ley la que le confiere dicha facultad– sino que además resulta necesaria para un correcto funcionamiento de este instrumento regulatorio.

En relación con este último punto, es importante precisar que no se está obligando a la existencia de un único SCG, sino que únicamente restringiendo la posibilidad de cumplir mediante un sistema individual. En consecuencia, está permitida la creación de todos los SCG que el sector privado determine como deseables de constituir.

Por último, cabe indicar que la Ley no exige un mínimo de integrantes para conformar un SCG, pudiendo un productor crear uno por sí solo si lo desea. Lo relevante es que los SCG garanticen la incorporación de nuevos productores y contraten servicios mediante licitación abierta. Así, la libertad de los productores para constituir sistemas de gestión no se ve mermada, sino que solo les obliga a permitir al resto de los productores la participación en dicho sistema en condiciones no discriminatorias, y a contratar los servicios de gestión de residuos de forma competitiva.