

ANT.: Denuncia en mercado de compra de baterías de plomo usadas.
Rol N° 2396-16 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 08 DIC 2016

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía, recomiendo a usted el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 11 de julio de 2016, fue ingresada a la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") una denuncia de un particular en relación a posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de reciclaje de baterías de plomo usadas o baterías fuera de uso ("BFU").
2. En la denuncia se expone que la empresa Recimat¹ es la única en el mercado de BFU para su valorización o reciclaje², toda vez que solamente ella cuenta actualmente con las autorizaciones e instalaciones necesarias para efectuar el proceso de fundición de las BFU en Chile. Además, se señala que no ha tenido competidores en el mercado de compra desde el año 2014, año en que

¹ Si bien la denuncia se refiere a la empresa Recimat, se hace presente que también se desempeña en actividades relacionadas al mercado de reciclaje de BFU la empresa RAM, perteneciente al mismo grupo económico ("Inppamet Ltda."). Para efectos de la exposición, se aludirá solamente a Recimat, sin perjuicio de lo aquí señalado.

² El artículo 3° n° 30 de La Ley N° 20.920 que, como se verá más adelante, regula la responsabilidad extendida del productor, define la valorización como el "[c]onjunto 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". El reciclaje (que forma parte, entonces, de la valorización), es definido como el "[e]mpleo de un residuo como insumo o materia prima en un proceso productivo, incluyendo el coprocesamiento y compostaje, pero excluyendo la valorización energética" (art. 3° n° 23).

quebró (luego de dificultades de índole medioambiental) su único competidor: la empresa Tecnorec³.

3. Indica que, una vez desaparecida la empresa competidora, se habrían dado prácticas abusivas consistentes principalmente en: (i) una caída fuerte e injustificada del precio de compra de las BFU, (ii) cambios en las condiciones de pago de las BFU y (iii) negativa en la recepción de BFU industriales⁴.
4. Además, en relación a la situación del mercado, se señala que: (i) la cantidad de BFU que se genera va progresivamente en aumento; (ii) la cantidad de BFU tratadas ha ido en descenso en los últimos años; (iii) existe una importante proliferación del mercado informal en este rubro (incluyendo fundiciones ilegales y tráfico transfronterizo ilegal); y, (iv) el precio del plomo refinado a nivel internacional no ha decrecido (e, incluso, ha aumentado).
5. En otro orden de ideas, el denunciante indica que un factor importante que ha permitido la situación monopsónica y, consecuentemente, los abusos expuestos, sería la existencia del Decreto N° 2, de 2010, del Ministerio de Salud (“**Decreto N° 2**”), que prohíbe el movimiento transfronterizo de BFU, desde Chile a terceros países, en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesar dichos residuos, lo que a su juicio estaría otorgando un monopolio al denunciado, en contravención a lo establecido en el artículo 4° del Decreto Ley N° 211 (“**DL N° 211**”).

³ Tecnorec era una empresa cuya planta de reciclaje de BFU se ubicaba en San Antonio. Su creación fue impulsada desde 2007 por un grupo de empresarios vinculados al rubro automotriz, a propósito de que la idea de la Responsabilidad Extendida del Productor empezaba a instalarse con fuerza en la autoridad ambiental. Autorizada el 2008, comienza a funcionar en marcha blanca en 2009 y 2010; y luego de forma permanente. *En: Informe de avances para el cumplimiento normativo ambiental de la Planta de Reciclaje de Baterías Tecnorec*, presentado ante la Superintendencia del Medio Ambiente (expediente sancionatorio D-014-2013) el 25 de noviembre de 2013. Disponible en línea: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/General/Descargar/4106> pp. 3-5.

El 31 de julio de 2014, la autoridad medioambiental decretó la medida provisional de detención de funcionamiento de las instalaciones del proyecto y, luego, la Superintendencia del Medio Ambiente resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio condenando a Tecnorec con la medida de **clausura temporal y total de la instalación** (24 de diciembre de 2014). Dicha resolución confirmada por el Tribunal Ambiental en octubre de 2015. Ver: <http://www.tribunalambiental.cl/tribunal-ambiental-confirmo-multas-y-clausura-total-y-temporal-de-planta-de-reciclaje-de-baterias-tecnorec-s-a/>. Consulta: 2 de noviembre de 2016.

Producto de las dificultades económicas propias de la paralización de las actividades productivas, el 28 de enero de 2015, se ordenó la liquidación de la empresa, de conformidad a la Ley N° 20.720 (“Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”); Rol C-1196-2014 del 1° Juzgado de Letras en lo Civil de San Antonio.

⁴ Existen BFU tanto automotrices como industriales. Estas últimas son, en general, de mayor peso y tamaño que las baterías automotrices, según se verá en este Informe.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA Y MERCADO RELEVANTE

a. Descripción de la industria.

6. Las BFU son aquellas baterías que, luego de cumplir con su vida útil de funcionamiento, se transforman en residuos. Estos residuos provienen de las denominadas “baterías de plomo con electrolito”, que se componen principalmente de plástico, ácido electrolítico y plomo. Así, una vez desechadas, estas baterías se pueden someter a un proceso de valorización o reciclaje, a partir del cual se obtiene plástico y, primordialmente, plomo, el cual puede ser procesado y comercializado.
7. Si se analizan los mercados relacionados, estos residuos nacen principalmente en los mercados automotrices (automóviles, camiones, motocicletas) y de índole industrial (en que se necesitan constantemente baterías para ayudar en el arranque de motores, o bien, para prestar respaldo en aquellas situaciones en que los servicios energéticos pueden fallar y se requiere un funcionamiento continuo)⁵. La generación de las BFU se vincula directamente a la demanda de baterías nuevas, ya que estos residuos surgen justamente por la sustitución o recambio que se efectúa de las mismas.
8. A grandes rasgos, la cadena productiva de estos residuos está compuesta por cuatro grandes segmentos o etapas, que se analizarán en lo sucesivo: (i) importación de baterías, (ii) generación de BFU; (iii) recolección de BFU; y (iv) tratamiento de BFU.

a.1 Importación de Baterías.

⁵ Ver: Consultora A21. Documento “Diagnóstico Sectorial Baterías y Acumuladores de Plomo en General”, p. 6.

El documento propone clasificar las baterías según su uso en:

- Baterías de arranque o SLI5. Diseñadas para arrancar motores de combustión.
- Baterías de tracción. Para suministro de energía a vehículos eléctricos tales como grúas, horquillas, apiladores eléctricos, entre otros.
- Baterías estacionarias o de reserva. Para aplicaciones de alarma de incendios, alumbrado de emergencia, sistemas de alimentación ininterrumpida y telecomunicaciones, entre otros.

Para efectos de reciclaje, las dos últimas categorías se consideran indistintamente para efectos de su compra, según lo investigado por esta Fiscalía.

9. El segmento de importación de baterías consiste en la internación de ellas al país, la cual es efectuada principalmente por empresas que participan en los segmentos automotriz e industrial. Cabe destacar que Chile es importador neto de este producto, toda vez que no se producirían baterías internamente.
10. Las baterías se clasifican, de acuerdo a su origen, en automotrices e industriales. Las baterías automotrices son las más abundantes del mercado, siendo sus principales importadores las empresas asociadas al rubro automotriz: Derco S.A., EMASA Comercial S.A., Servicio Lucas Branford S.A. y Automotores Gildemeister S.A.⁶.
11. La Tabla N° 1 muestra las participaciones anuales de importación de unidades baterías de plomo con electrolito, desde 2012 a septiembre de 2016, pudiendo evidenciarse, a partir de las cuotas de mercado, que se trata de un mercado relativamente desconcentrado.

Tabla N° 1: Participaciones anuales según importación de baterías de plomo con electrolito

	2013	2014	2015	2016 (ene-sept)	total
DERCO S.A.	21,8%	22,8%	16,7%	25,2%	21,3%
PERSONA NARUTAL	10,4%	9,7%	12,6%	27,1%	14,4%
SERVICIO LUCAS BLANDFORD S.A.	12,1%	11,7%	12,1%	13,3%	12,2%
EMASA S.A.	15,8%	15,8%	13,9%	0,0%	11,9%
AUTOMOTORES GILDEMEISTER S.A.	13,2%	8,9%	12,6%	12,0%	11,6%
GENERAL MOTORS CHILE S.A.	3,6%	3,3%	1,7%	0,0%	2,2%
IMPORTADORA AMIGO LTDA.	0,0%	7,3%	0,0%	0,0%	2,0%
IMPORTADORA GUSS LIMITADA	0,0%	0,0%	6,8%	0,0%	2,0%
IMPORTADORA IMOTO S.A.	1,6%	2,1%	2,0%	1,1%	1,7%
COMERCIAL MAIPO Y CIA S.A.	1,9%	1,6%	1,6%	1,5%	1,6%
OTROS	19,7%	16,7%	20,0%	19,9%	19,0%
Total Baterías (unidades)	1.398.225	1.644.787	1.758.779	1.290.795	6.092.586

Fuente: Elaboración propia en base a información del Servicio Nacional de Aduanas.

a.2 Generación de BFU.

12. Tal como se indicó anteriormente, las BFU, tanto automotrices como industriales, provienen del recambio baterías que se da de ellas por su desgaste o por la necesidad de asegurar su buen funcionamiento continuamente. En cuanto a las características del producto, además de provenir de distintos sectores (automotriz o industrial), se diferencian entre sí

⁶ Información obtenida por esta Fiscalía de las diligencias efectuadas por esta Fiscalía a lo largo de la investigación. En el mismo sentido: Consultora A21. Documento "Diagnóstico Sectorial Baterías y Acumuladores de Plomo en General", p. 24.

en que las BFU industriales son más grandes y varias veces más pesadas que las BFU automotrices⁷.

13. La Tabla N° 2 muestra una estimación de la cantidad total de residuos anuales que se producen a nivel nacional por generación de BFU⁸, evidenciándose que en 2015 y en el periodo enero-septiembre 2016, la generación total de residuos ascendió aproximadamente a 37.630 y 27.404 toneladas, respectivamente.

Tabla N° 2: Estimación de BFU generados a nivel nacional*

Año	Importación (unidades)	Ton/año Residuo
2013	1,968,990	31,052
2014	2,160,397	31,737
2015	2,351,899	34,907
2016 (ene-sept)	1,712,770	27,255

* Para determinar el consumo interno de unidades de BFU se utilizó como proxy la cantidad de baterías importadas. Ello, en el entendido de que Chile no es productor de baterías, por lo cual el flujo de ingreso al país de este tipo de producto debe mantener una relación cercana a 1:1 con el consumo interno de las mismas.

Fuente: Elaboración propia en base a información de Aduanas e información recabada en la presente investigación.

a.3 Recolección de BFU.

14. Una vez generadas las BFU, viene la etapa de recolección, consistente en la captación por recolectores de BFU tanto formales como informales⁹ de las mismas, para luego ser entregadas en los puntos de disposición final de tratamiento. Este segmento es bastante atomizado, pudiendo los captadores participar de él vendiéndole directamente a Recimat, o bien vendiéndole a empresas intermediarias (como Hidronor, Degraf o Bravo Energy)¹⁰.

a.4 Tratamiento de BFU.

15. El proceso culmina con el tratamiento de las BFU en los puntos de disposición final, siendo Recimat la única empresa que en la actualidad puede realizar

⁷ Según el informe de la Consultora A21 ya indicado, las baterías industriales pesan en promedio 120 kg, contra un promedio de 22 kg. de las baterías automotrices. Así, las baterías industriales son sustancialmente más grandes y de mayor peso que las automotrices.

⁸ Cálculo efectuado en base a las partidas arancelarias 85071010 ("baterías o acumuladores: que funcionan con electrolito"), 85071090 ("baterías o acumuladores: los demás"), y 85072000 ("Los demás acumuladores de plomo").

⁹ Conocidos comúnmente como *chatarreros*.

¹⁰ El transporte a los puntos de disposición final puede efectuarlo directamente el recolector de baterías o bien efectuarlo Recimat.

esta fase del proceso por sí misma¹¹. La empresa cuenta con puntos de recepción de BFU en Concepción, Quilicura y Calama, encontrándose en este último lugar su planta de fundición. En el caso de las dos primeras comunas, el transporte a Calama se efectúa en camiones autorizados por la Secretaría Regional Ministerial de Salud.

16. El plomo refinado obtenido por Recimat es principalmente vendido en el mercado internacional, a un precio equivalente al [REDACTED] del precio del plomo establecido en la Bolsa de Metales de Londres (London Metal Exchange).

b. Regulación de la industria

17. El tratamiento de BFUs, y de desechos peligrosos en general, está regulado por el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación ("**Convenio de Basilea**"), el cual fue adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente del 22 de marzo de 1989, suscrito por el Gobierno de Chile con fecha 31 de enero de 1990, aprobado por el Congreso Nacional el 14 de mayo de 1992 y promulgado a través del decreto N° 685 de 1992 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo que tendrían el carácter de ley de la República¹².
18. Uno de los objetivos del Convenio de Basilea es promover que los desechos peligrosos y otros desechos deban eliminarse en el Estado en que se hayan

¹¹ El proceso de tratamiento de las BFU consta de distintas etapas que permiten separar los distintos componentes de las baterías para obtener, en definitiva, el plomo que es refinado para su venta. Una vez recibidas las BFU en Calama por Recimat, se lleva a cabo el proceso de trituración, en que éstas son destruidas por un molino que permite separar sus componentes (ácido electrolítico o sulfúrico, plástico y pulpa de plomo) mediante un proceso hídrico. Así, una vez obtenida la pulpa de plomo (que representaría cerca del 65% de la composición de las BFU), se llevan a cabo labores intermedias que dan paso a la fase de fundición. Este proceso de reducción que se efectúa en un horno rotatorio, con la finalidad de separar el plomo de la escoria. Una vez obtenido el plomo pre-refinado (también conocido como plomo bullón), se aplica nuevamente un proceso de fundición mediante ollas especialmente acondicionadas, a fin de obtener plomo libre de impurezas (refinado) que es el finalmente comercializado.

¹² En efecto, atendido a que conforme al artículo 54 de la Constitución Política de la República los tratados internacionales deben someterse a los trámites de una ley, la Ilustrísima Corte Suprema ha considerado que estos son verdaderas leyes, y por tanto tiene su misma fuerza obligatoria. Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema de 25 de octubre de 1913, en autos caratulados *Godoy y otros con Fisco*, Revista de Derecho y Jurisprudencia N° XII (1915), 2a parte, secc. 1a, pp. 94-107, sentencia de 12 de enero de 1921, en autos caratulados *Sucesión Gardaix con Fisco*, Revista de Derecho y Jurisprudencia N° XX (1923), 2a parte, sección 1a, pp. 131-141; sentencia de 10 de agosto de 1936, en autos caratulados *Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla con Guzmán y otros*, Revista de Derecho y Jurisprudencia N° XXXIII, 2a parte, secc. 1a, pp. 449-475; sentencia de fecha 25 de agosto de 1976 en autos caratulados *Jaime Castillo Velasco y Eugenio Velasco Letelier*, considerando primero; y sentencia de fecha 22 de octubre de 1984, en autos caratulados Leopoldo Ortega Rodríguez y Jaime Insunza Becker, considerandos primero a séptimo.

generado¹³. Así, el artículo 4.9. del Convenio obliga a las partes contratantes a tomar las medidas apropiadas para que sólo se permita el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos en tres situaciones alternativas particulares: (i) si 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; o (ii) si los desechos de que se trate son necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación; o (iii) si 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 de dicho Convenio.

19. En el contexto de dicha regulación, y atendido a que un informe del Departamento de Salud Ambiental del Ministerio de Salud había constatado que a la sazón existía capacidad técnica para eliminar los residuos peligrosos consistentes en baterías usadas de manera ambientalmente racional y eficiente, en el año 2010 el Ministerio de Salud dictó el Decreto N° 2, de 2010, en virtud del cual se prohibió el movimiento transfronterizo de BFU, desde Chile a terceros países, en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesar dichos residuos.
20. Por último, en mayo de 2016 se promulgó la Ley N° 20.920, que establece el marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje ("**Ley REP**"), que tiene por objeto disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización¹⁴.
21. Para tales efectos, dicha ley considera que todo residuo potencialmente valorizable deberá ser destinado a tal fin evitando su eliminación¹⁵. Así, la Ley REP obliga a las empresas productoras (fabricantes e importadoras) de productos prioritarios (tales como, aceites lubricantes, aparatos eléctricos y electrónicos, baterías, neumáticos, y pilas, entre otros) a hacerse cargo de sus productos una vez terminada su vida útil, lo cual debe hacerse a través de un sistema de gestión, individual o colectivo¹⁶.

¹³ Véase el Preámbulo del Convenio de Basilea.

¹⁴ Véase el artículo 1 de la Ley REP.

¹⁵ Véase el artículo 4 de la Ley REP.

¹⁶ Véase los artículos 9 y 19 de la Ley REP.

22. Dicha ley establece metas para la recolección y valorización de los residuos de productos prioritarios, que deberán cumplir los productores, atendido consideraciones demográficas, geográficas y de conectividad¹⁷.
23. Actualmente los reglamentos que dan operatividad a la Ley REP (tales como los que establecen los instrumentos destinados a prevenir la generación de residuos y, o promover su valorización; los que establecen la obligación de organizar y financiar la recolección de los residuos de los productos prioritarios, y las que establecen las metas de recolección y valorización), están en proceso de elaboración y dictación¹⁸, por lo que la ley aún no está plenamente operativa.

c. Mercado Relevante y Condiciones de Competencia

24. El mercado relevante en el presente caso corresponde a la adquisición de BFU por plantas de tratamiento final de dichos residuos.
25. Al respecto, en casos relacionados al poder de compra de agentes económicos, como el de la presente investigación, el énfasis en el análisis del mercado relevante debe establecerse en las alternativas con que cuentan los vendedores¹⁹.
26. Así, en el presente caso nos encontraríamos con una empresa monopsónica como es Recimat, que desde la salida de Tecnorec (que se produjo en el segundo semestre de 2014) tendría un 100% de participación en el mercado, por cuanto los recolectores carecen de otras opciones rentables y conforme a la normativa vigente para disponer de estas baterías²⁰.
27. En efecto, actualmente Recimat es el único actor a nivel nacional capaz de realizar por sí mismo el proceso completo de tratamiento de material plomado, toda vez es el único actor que tiene un horno autorizado y en funcionamiento capaz de realizar el proceso de fundición de las BFU. Dicha situación no se

¹⁷ Véase el artículo 12 de la Ley REP.

¹⁸ Conforme al artículo tercero transitorio de la Ley REP, los reglamentos deberán dictarse dentro del plazo de un año contado desde la publicación de la ley, la que ocurrió el 1 de junio de 2016.

¹⁹ Horizontal Merger Guidelines del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y de la Federal Trade Commission, 19 de agosto de 2010, apartado 12, págs. 32 y 33

²⁰ Se ha verificado a lo largo de esta investigación de la existencia de un importante mercado ilegal tanto de fundición en Chile como de exportación de BFU también ilegal.

observa que vaya a variar en el mediano plazo, atendidas las altas barreras a la entrada que tiene este mercado, que se analizan más abajo.

28. Por otro lado, no existe posibilidad de exportar el BFU, en virtud de la prohibición contemplada en el Decreto N° 2, ya analizada. Adicionalmente, la Contraloría General de la República ha entendido que la prohibición de exportación se extiende también a los componentes de las BFU, lo que impide el ingreso de actores que puedan dedicarse solamente a fases preliminares de tratamiento (como la trituración, por ejemplo)²¹.
29. Por su parte, en cuanto al mercado relevante geográfico, esta División considera que su extensión es a nivel nacional, ya que Recimat adquiere las baterías a los recolectores que se encuentran ubicados a lo largo del país.
30. En cuanto a las condiciones de entrada, esta División ha detectado la existencia de un conjunto de barreras a la entrada -de índole eminentemente legal-, que impedirían una entrada de competidores oportuna y probable a este mercado. En particular, lo que dice relación a someter el proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y obtener una Resolución de Calificación Ambiental favorable para entrar en operación²². Si bien se han presentado una serie de proyectos ante el SEIA, esta División ha podido corroborar que, a la fecha, ninguno de ellos ha podido entrar en operación, salvo las empresas Recimat y Tecnorec. Algunos proyectos han obtenido resolución favorable (como la empresa Soluciones Ecológicas del Norte o "SOLENOR", cuya primera presentación es del año 2001 y BIMAR Chile S.A.), pero en todo caso no han entrado en operación. El resto de las solicitudes ha concluido por diversos motivos (como desistimiento o rechazo de la solicitud).
31. Adicionalmente, para operar en este mercado es necesario obtener diversas autorizaciones (esencialmente sanitarias) y someterse a una serie de regulaciones que dificultan el acceso de nuevos competidores. En particular, existen exigencias en relación a temas como: manejo de aguas, calidad del aire, niveles de ruido, prevención de contaminación lumínica, normas de

²¹ Véase el Dictamen N° 61053 de la Contraloría General de la República, de fecha 27 de septiembre de 2011.

²² Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, de marzo de 1994, modificada por la Ley N° 20.417, de enero de 2010 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

vialidad y transporte de residuos, exigencias de señalética, protección de flora y fauna, de patrimonio cultural y cuidado de la salud de los trabajadores.

32. A lo expuesto, cabe añadir una dificultad material relevante para el ingreso de nuevos competidores, como es la resistencia de las comunidades aledañas a la instalación de una planta de procesamiento de plomo²³.
33. Finalmente, en relación a la configuración de la oferta de BFU, cabe señalar que existiría un escaso poder de contrapeso de los recolectores de cara a Recimat, en vista se trata de actores bastante atomizados.

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

34. Dentro de las conductas denunciadas, la principal corresponde a lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha denominado abuso de poder de compra (poder que, atendida la ausencia de otros actores, es absoluto en este caso)²⁴.
35. El ejercicio de poder de compra, en determinadas circunstancias, puede dar lugar a una conducta explotativa consistente en el pago de un precio muy bajo a los vendedores del insumo o producto, con tal de extraer parte sustancial de las rentas que les corresponderían en caso de que se estuviera en presencia de un mercado competitivo.
36. En relación al estándar de prueba aplicable a esta conducta, si bien no ha existido un tratamiento unívoco, en los últimos años se ha avanzado en intentar uniformar su tratamiento a nivel internacional²⁵, estableciéndose los siguientes requisitos:
 - (i) Existencia de un agente económico con posición dominante en la compra de un determinado insumo;

²³ Esto fue indicado por diversos actores del mercado en tomas de declaración efectuadas por esta Fiscalía y se condice con la idea propia del Derecho del Medio Ambiente denominada "NIMBY" (*Not in my backyard* o, en español, "no en mi patio trasero").

²⁴ Ver: O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge. "16.2 Abuse of Monopsony Purchasing Power" En: *The law and economics of Article 102 TFUE*. 2nd Edition. Hart Publishing (2013), pp. 840-846. El análisis sucesivo se basa en lo expuesto en este texto.

²⁵ Ver, por ejemplo: Press Release: European Commission to tackle unfair practices in the food supply chain. En línea: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-831_en.htm

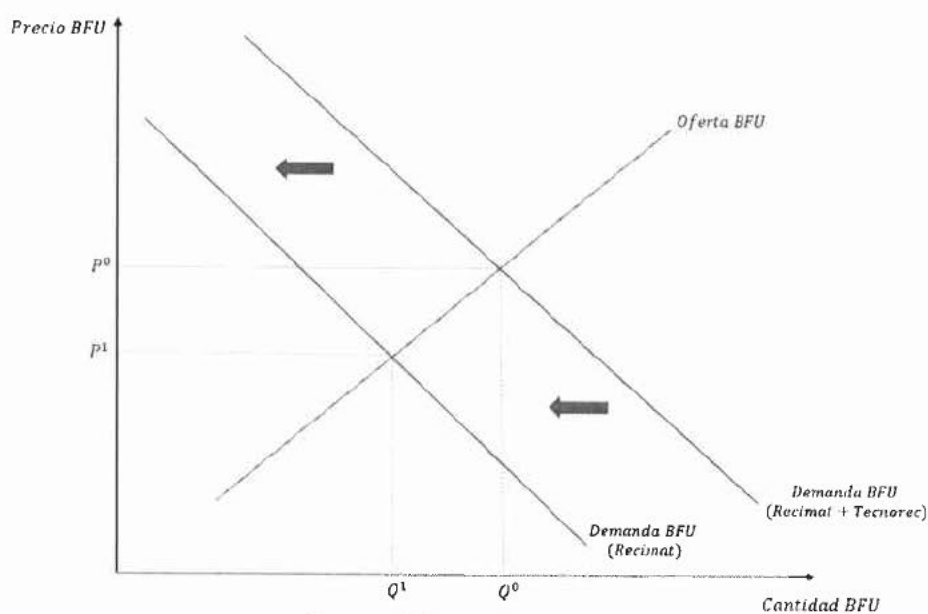
- (ii) Pago de precios excesivamente bajos en relación con los que existirían en un mercado competitivo; y,
 - (iii) Existencia de un perjuicio negativo en la competencia, y en definitiva en los consumidores, que se produzca como consecuencia de dichos precios bajos.
37. Por otra parte, dentro de la doctrina se han señalado algunas dificultades en relación a esta conducta, referidas principalmente a que sus efectos pueden ser neutrales o, incluso, benignos para los clientes del agente monopsónico y a que no existe un método objetivo para determinar cuándo un precio es “justo”²⁶.
38. Considerando lo anteriormente expuesto, cabe analizar si en el caso en comento concurren los requisitos establecidos por la doctrina y jurisprudencia a fin de configurar un ilícito anticompetitivo de abuso de poder de compra.
39. En cuanto al primero de los requisitos, es posible afirmar que Recimat mantiene una posición dominante en el mercado relevante, toda vez que: (i) Recimat es el único actor comprador del mercado; (ii) el mercado presenta actualmente altísimas barreras a la entrada, por lo que es improbable una entrada en el corto y mediano plazo; y (iii) los vendedores son atomizados y carecen de un poder de contrapeso.
40. En cuanto al segundo de los requisitos, esta División ha tenido a la vista evidencia de que los precios han descendido desde la salida de Tecnorec, pasando de un precio promedio de compra en torno a \$250 por kilo de BFU durante 2013 y 2014, a un precio aproximado de \$150 por kilo de BFU durante 2015 y 2016²⁷.

²⁶ Adicionalmente, se ha dicho que existe cierta falta de receptividad de las autoridades de competencia en relación a este tipo de reclamos, para evitar cierto “paternalismo” en las relaciones de privados. Esta visión se ha adoptado en casos europeos como los siguientes: (i) Caso 298/83 CICCE v. Comisión [1985] ECR 1105, (ii) Caso CA98/19/2002, The Association of British Travel Agents and British Airways plc, y (iii) Case COM/118/02, The Increase in the Wholesale Price of Electronic Top-Up by Vodafone Ireland Limited, Comisión de 25 de octubre de 2002 (Irish Competition Authority).

²⁷ Respecto a lo anterior, la estimación efectuada fue realizada en base a la información obtenida en tomas de declaración y otras diligencias efectuadas en relación a diversos actores del mercado. Adicionalmente, esta Fiscalía detectó que, en varios casos, Recimat efectúa el retiro o recibe baterías de manera gratuita, esto es, sin pagar a las empresas que han generado BFU. En algunos casos, brinda gratuitamente el servicio de retiro de las BFU pero, en otros, incluso deja a cargo del cliente el hecho de dejar las baterías en sus puntos de disposición.

41. Sin perjuicio de dicha baja en los precios, 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.
42. 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. La siguiente figura muestra el cambio en la estructura de mercado en comento.

Figura N° 1: Cambio en la estructura de mercado posterior a la salida de Tecnorec

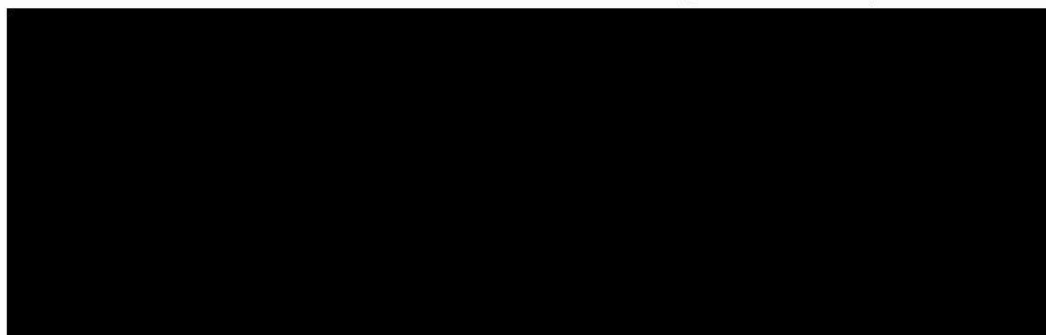


Fuente: Elaboración propia

43. 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.

44. Por último, en cuanto a la concurrencia del tercero de los requisitos, esta División considera que dicho elemento podría configurarse en este mercado en particular, en razón a las importantes externalidades negativas de índole sanitario y medioambiental que se producen de la no recolección o recolección sub-óptima de BFUs, ya que de no ser tratados adecuadamente las BFUs pueden provocar importantes riesgos para las personas.
45. Al respecto, como se observa en la Tabla N° 3 siguiente, Recimat con posterioridad a la salida de Tecnorec ha aumentado la cantidad de plomo que trata, sin embargo, no ha sido capaz de absorber toda la oferta que genera el mercado.

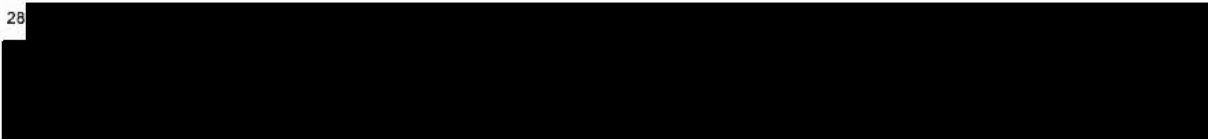
Tabla N° 3: Comparativo capacidad máxima del horno y cantidad de plomo fundido²⁸



46. Dicha situación podría ser indicativo de que ciertos recolectores podrían estar optando por el tratamiento informal de las BFUs ante el bajo precio pagado por Recimat.
47. En definitiva, esta 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. Por otro lado, tampoco se ha podido constatar si los posibles efectos nocivos que puede estar causando un mal tratamiento de dichos residuos son consecuencia de un abuso de Recimat, o si son producto del cambio en la estructura del mercado producto de la salida de Tecnorec.

IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

²⁸



48. Pese a que no es posible concluir con certeza que Recimat ha incurrido en conductas anticompetitivas, es posible apreciar que el mercado está operando a un nivel sub-óptimo, lo que ha impedido aumentar la cantidad de BFU tratadas y paliar las importantes externalidades negativas asociadas a este mercado.
49. Los principales problemas que se observan, y que entorpecen la competencia en el mercado, son la existencia de importantes barreras a la entrada para nuevas plantas de tratamiento agravado por la prohibición de exportación contenida en el Decreto N° 2.
50. En efecto, según se analizó precedentemente, pese a la alta capacidad autorizada que tiene Recimat para fundir material plomado, su planta no ha sido capaz de absorber toda la oferta de BFU existente en Chile, quien en los últimos años ha tratado cantidades que distan considerablemente del total de material plomado que se estaría generando a nivel nacional. Lo anterior es indiciario de las importantes externalidades negativas que se estarían produciendo en el país por el no tratamiento o tratamiento ilícito de ellas, atendido que se desconoce el destino de una parte importante de los residuos.
51. De esta manera, es posible considerar que la dictación del Decreto N° 2, al prohibir de manera absoluta la exportación de BFU, no ha sido el mecanismo más idóneo para el cumplimiento de los fines sanitarios y medioambientales involucrados.
52. La realidad actual muestra que la medida implementada desde 2010, en conjunto con las importantes barreras a la entrada estudiadas en el presente documento, no ha favorecido el tratamiento de BFU a nivel nacional, debido a que no han ingresado nuevos actores que den tratamiento íntegro a estos residuos, lo que se ha traducido en la existencia de mercados informales que no dan garantías de una destinación adecuada de las BFU, lo que sin dudas da espacio para cuestionar los efectos que ha tenido dicho Decreto Supremo.
53. Por lo demás, la situación actual del país puede empeorar aún más una vez que entre en plena vigencia la Ley REP, en que los distintos agentes productores de BFUs estén obligados a cumplir metas de reciclaje o valorización de dichos residuos. Así, no solamente podría exigirse una

capacidad que no pueda ser tratada a nivel nacional²⁹, sino que el poder de mercado que detenta Recimat podría aumentar considerablemente.

54. En virtud de lo anterior, esta División considera necesario que se recomiende al Presidente de la República, a través del ministro de Salud y de Medio Ambiente, la derogación del Decreto N° 2, por cuanto ello permitirá entregar una solución en un plazo breve al funcionamiento de este mercado.
55. En efecto, esta División considera que la derogación del Decreto N° 2 producirá efectos competitivos favorables, ya que sería un mecanismo eficaz para solucionar parte importante de los problemas evidenciados en este mercado, al entregar alternativas reales y competitivas para la disposición de BFU, con lo cual se limitará la posición dominante de Recimat y, además, se favorecerá la valorización de estos residuos, cuestión deseable desde un prisma competitivo y medioambiental.
56. No obstante, es importante indicar que una modificación como la propuesta no debe consistir en simplemente derogar el Decreto N° 2 y desregular derechamente esta actividad, ya que adoptar un camino así, pese a que permitiría modificar la situación monopsónica actual del mercado, transgrediría normas de alcance internacional como, por ejemplo, el Convenio de Basilea³⁰. Por ello, debiese dictarse una regulación de la exportación de

²⁹ En tal sentido se pronunció el Ministerio del Medio Ambiente durante la discusión de la Ley REP: "[E]l Ejecutivo no comparte la idea de establecer una prohibición de importar y exportar residuos, puesto que dicha prohibición acarrearía diversas consecuencias, algunas contrarias a los objetivos del presente proyecto de ley. Explicó que un número relevante de residuos de productos prioritarios, como las baterías, no tienen capacidad de valorización en el territorio nacional, por ende, de prohibir la exportación de estos productos, impediría cumplir con las metas de revalorización fijadas en el marco de la responsabilidad extendida del productor" (...) "Siguiendo con el ejemplo, aludió a la experiencia surgida de la aplicación del decreto supremo N° 2, que prohíbe el movimiento transfronterizo de baterías de plomo usadas desde Chile a terceros países, en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesar estos residuos peligrosos. Lamentablemente, explicó, dicho decreto ha tenido dificultades en su operatividad, pues es de conocimiento público la existencia de una red de tráfico ilícito de baterías, motivada por la prohibición y la falta de capacidad instalada nacional". Historia de la Ley N° 20.920 Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, p. 306. Intervención del abogado del Ministerio del Medio Ambiente, Sr. David Bortnick. Disponible en línea: <http://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5030/> (Consulta: 24 de noviembre de 2016).

³⁰ La empresa Recimat ha señalado públicamente que la derogación del Decreto N° 2 implica un incumplimiento del Estado de Chile a sus compromisos internacionales y que ello "implicaría además el fin de la industria del reciclaje en Chile" (Ver: Diario UChile. Industriales advierten posibles incumplimientos ambientales de Chile ante la OCDE. 13 de septiembre de 2016. En: <http://radio.uchile.cl/2016/09/13/industriales-advierten-posibles-incumplimientos-ambientales-de-chile-ante-la-ocde/>

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el Convenio de Basilea contempla normas que abrirían la posibilidad a la derogación. En particular, la redacción del art. 4°, n° 9 señala de manera alternativa los caminos que las Partes pueden tomar en relación al movimiento transfronterizo de residuos siendo de especial importancia su letra b). Ello fue destacado por el Sr. Pablo Badenier, Ministro de Medio

BFU, especialmente en materia medioambiental y sanitaria, lo cual debe ser considerado especialmente por los agentes sectoriales.

57. En concreto, se considera necesario que una eventual modificación normativa debe apuntar a permitir la exportación de BFU en la medida que se acredite que éstas serán valorizadas –y no sólo eliminadas- en su punto de destino y, además, que la valorización se efectúe en condiciones medioambientales conforme a las exigencias de las normas internacionales suscritas por Chile, dando cumplimiento así al Convenio de Basilea. De esta forma, junto con la apertura de mercado y una mayor eficiencia de éste, se debe adoptar una regulación que sea responsable en el tratamiento de estos residuos peligrosos.
58. En consecuencia, de acogerse dicha recomendación y permitirse la exportación de BFU, existirá un mercado más competitivo, y por tanto más eficiente, que ayudará a corregir una falla de mercado importante, como lo es la externalidad negativa referida a lo largo de este Informe.
59. En definitiva, se recomienda al Sr. Fiscal que, junto con disponer el archivo de los antecedentes, se proponga tanto al Ministerio de Salud como al Ministerio del Medioambiente impulsar la derogación del Decreto N° 2, en la medida que se dé estricto cumplimiento a la normativa sectorial aplicable.

Saluda atentamente a usted,



GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS



JID / CVS / WNL

Ambiente, en la discusión de la Ley REP: *“cabe señalar que el texto propuesto está absolutamente alineado con el Convenio de Basilea, el cual no prohíbe la importación, la exportación o el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos, sino que lo regula, y con el mismo espíritu que contiene este proyecto de ley”* (Historia de la Ley N° 20.920, p. 453).