



LEY REP Y LIBRE COMPETENCIA: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA – PRIMERA PARTE

Catalina González Verdugo y Cristóbal Lema Abarca

Ley REP y Libre Competencia: De la Teoría a la Práctica - Primera Parte¹⁻²

Octubre 2022



Catalina González Verdugo

Abogada de la Universidad de los Andes y LLM in Competition Law en UCL. Asociada senior en Cariola Díez Pérez-Cotapos.



Cristóbal Lema Abarca

Abogado de la Universidad de Chile y candidato a MSc en Análisis Económico de la Universidad de Chile. Asociado en Cariola Díez Pérez-Cotapos.

I. INTRODUCCIÓN A LA REP Y SU REGULACIÓN EN CHILE

1. Ley REP y sus principales elementos

La responsabilidad extendida del productor consiste en una política en virtud de la cual a los productores se les asigna una responsabilidad significativa, ya sea financiera y/o física, para el tratamiento o desecho de los residuos de ciertos productos (REP)³. La REP busca trasladar la responsabilidad inicialmente dada a los gobiernos y a las municipales a los productores, además de fomentar el reciclaje y el consiguiente manejo más adecuado de los residuos, ya sea mediante la educación ambiental o el desarrollo de mejores técnicas en los procesos de manufactura de los productos⁴. La REP se ha implementado en diversas jurisdicciones y a nivel europeo con el fin de internalizar las externalidades medioambientales e incentivar a los productores a tomar en consideración aspectos medioambientales en la vida de sus productos, desde el diseño hasta el final de su utilización⁵.

En Chile, la regulación de la REP se encuentra contenida en la Ley 20.920 que “Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje” (Ley REP),

1 Los autores de este artículo están asesorando y patrocinando a productores vinculados a sistemas de gestión colectivos, en particular, a aquellos 30 que solicitaron informe favorable del TDLC en el procedimiento NC-506-2022 y aquellos 21 que lo hicieron en el procedimiento NC 507-2022.

2 Esta es una serie de dos artículos relativos a la Ley REP. Este es el primero, que describe la Ley REP, la normativa respectiva y los procedimientos que han terminado o están en curso ante el TDLC. Luego, el segundo se abocará a los informes del TDLC en los 5 primeros casos sometidos a su conocimiento y las lecciones y discusiones que de ellos surgen.

3 OECD, “Extended producer responsibility” última visita: 20 de septiembre de 2022, <https://www.oecd.org/env/tools-evaluation/extended-producerresponsibility.htm>.

4 Comisión Europea – DG Environment, “Development of guidance on Extended Producer Responsibility (EPR)”, Development of Guidance on Extended Producer Responsibility (EPR), FINAL REPORT

European Commission – DG Environment, 2014, 28, https://ec.europa.eu/environment/archives/waste/eu_guidance/pdf/Guidance%20on%20EPR%20-%20Final%20Report.pdf.

5 Ibid., p. 10.

publicada con fecha 1 de junio de 2016, y cuya tramitación comenzó con un proyecto del ejecutivo el 14 de agosto de 2013. Las razones que tuvo el ejecutivo para la presentación del proyecto de ley que dio origen a la Ley REP, en parte se basaron en estudios realizados durante el 2009 y 2010, donde se estimaba que la generación de residuos en 2009 correspondía a 16,9 millones de toneladas de basura, de las cuales 10,4 millones eran atribuibles a residuos industriales y 6,5 millones a residuos domiciliarios, con un alto porcentaje de material valorizable; y que la valorización de residuos era muy incipiente, del orden de 10%⁶. Alineado con ese diagnóstico, el objetivo explícito de la Ley REP es disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor y otros instrumentos de gestión de residuos, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente⁷. Y más en específico, la regulación busca que “todo residuo potencialmente valorizable deberá ser destinado a tal fin evitando su eliminación”.⁸

Para tales efectos, la Ley REP ha creado en Chile la REP, que consiste en un “régimen especial de gestión de residuos, conforme al cual los productores de productos prioritarios son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de productos prioritarios que se comercialicen en el país”⁹. Las obligaciones que componen la responsabilidad extendida del productor se encuentran contenidas en la Ley REP, siendo la principal el cumplimiento de metas de recolección y valorización de los residuos de cada producto prioritario¹⁰, las cuales son determinadas por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) a través de decretos supremos. Los mecanismos de cumplimiento de tales metas y otras obligaciones se encuentran también definidos en la Ley REP y los decretos supremos correspondientes.

Existen una serie de conceptos asociados a la Ley REP que van definiendo y dando forma a su aplicación práctica y que delimitan los sujetos obligados a su cumplimiento¹¹:

- **Producto prioritario:** Sustancia u objeto que una vez transformado en residuo, por su volumen, peligrosidad o presencia de recursos aprovechables, queda sujeto a las obligaciones de la responsabilidad extendida del productor. Se consideran como tales los aceites lubricantes, aparatos eléctricos y electrónicos, baterías, envases y embalajes, neumáticos y pilas¹².
- **Productor de un producto prioritario o productor:** Persona que, independientemente de la técnica de comercialización: a) enajena un producto prioritario por primera vez en el mercado nacional; b) enajena bajo marca propia un producto prioritario adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor; c) importa un producto prioritario para su propio uso profesional. En el caso de envases y embalajes, el productor es aquél que introduce en el mercado el bien de consumo envasado y/o embalado.

6 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.920*, 5, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/>.

7 Ley REP, art. 1.

8 Ley REP, art. 4.

9 Ley REP, art. 9.

10 Ley REP, art. 9.

11 Ley REP, art. 3. A menos que se indique lo contrario, todas las siguientes definiciones provienen de este artículo de la Ley REP.

12 Ley REP, art. 10.

- **Residuo:** Sustancia u objeto que su generador desecha o tiene la intención u obligación de desechar de acuerdo a la normativa vigente.
- **Gestión:** Operaciones de manejo y otras acciones de política, de planificación, normativas, administrativas, financieras, organizativas, educativas, de evaluación, de seguimiento y fiscalización, referidas a residuos.
- **Manejo:** Todas las acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento.

2. Otra normativa relevante dictada o cuya elaboración está pendiente

La implementación de la Ley REP ha exigido un rol activo de parte del MMA, ya que es la autoridad encargada de dictar los decretos supremos que fijan las metas de gestión de residuos y otras obligaciones (entre otras normativas). La preparación de estos decretos supremos requiere de un nivel importante de estudio y análisis de los mercados asociados a cada producto prioritario, tanto a nivel de productores como de la gestión de los residuos. Además, los decretos supremos son objeto de consulta pública con el fin de que los interesados puedan presentar sus comentarios si así lo estiman pertinente¹³.

Las siguientes son las principales normas que se han dictado por parte del MMA para la implementación de la Ley REP:

- a. Decreto N° 8 que establece el “Reglamento que Regula el Procedimiento de Elaboración de los Decretos Supremos Establecidos en la Ley N° 20.920”, promulgado con fecha 17 de marzo de 2017 y publicado el 30 de noviembre de 2017: fue uno de los primeros decretos dictados con relevancia regulatoria para la implementación de la Ley REP, cumpliendo así con el mandato establecido en el artículo 4 de dicha ley¹⁴. Entre las materias que se regularon se encuentran la tramitación de los decretos supremos sobre cada producto prioritario en un expediente público, la identificación de los instrumentos que deberán regularse para prevenir la generación de residuos y el contenido mínimo de los decretos supremos sobre cada producto prioritario.
- b. Decreto Supremo N° 8 que “Establece Metas De Recolección Y Valorización Y Otras Obligaciones Asociadas De Neumáticos” (DS 8) promulgado con fecha 28 de mayo de 2019 y publicado el 20 de enero de 2021. Las metas contenidas en el DS 8 entrarán en vigencia 24 meses luego de su publicación del DS 8, esto es, en enero de 2023.
- c. Decreto Supremo N° 12 que “Establece Metas De Recolección Y Valorización Y Otras Obligaciones Asociadas De Envases Y Embalajes” que fue promulgado con fecha 8 de junio de 2020 y publicado con fecha 16 de marzo de 2021, otorgando un plazo de 30 meses para la entrada en vigencia de las metas, esto es, en septiembre de 2023.
- d. Resolución Exenta N° 241 que aprueba la “Guía para la presentación y descripción de los contenidos del plan de gestión de los sistemas de gestión de envases y embalajes”, cuyo objetivo es describir los contenidos que deben tener los planes de gestión¹⁵ que se presenten al MMA para su aprobación.

¹³ A modo de ejemplo, ver el Expediente REP de Envases y Embalajes en el MMA disponible en <https://rechile.mma.gob.cl/envases-y-embalajes/> y el de neumáticos disponible en <https://rechile.mma.gob.cl/neumaticos/>.

¹⁴ Decimos uno de los primeros, porque podría estimarse que el primero fue el Decreto Supremo N° 7 que establece el “Reglamento del Fondo para el Reciclaje”, promulgado con fecha 17 de marzo de 2017 y publicado el 17 de octubre de 2017, pero este es menos trascendente desde la perspectiva regulatoria de esta materia.

- e. Resolución Exenta N° 1023 que aprueba la “Guía para la presentación y descripción de los contenidos del plan de gestión de los sistemas de gestión de neumáticos” cuyo objetivo es describir los contenidos que deben tener los planes de gestión que se presenten al MMA para su aprobación.
- f. Resolución Exenta N° 863 que aprueba las condiciones particulares y el mecanismo específico de cálculo de la garantía que deben presentar los sistemas colectivos de gestión, así como las condiciones en que hará efectivo su cobro, de conformidad con el DS 8.
- g. Resolución Exenta N° 242 aprueba las condiciones particulares y el mecanismo específico de cálculo de la garantía que deben presentar los sistemas colectivos de gestión, así como las condiciones en que hará efectivo su cobro, de conformidad con el DS 12.
- h. Resolución Exenta N° 240 que identifica los productos que constituyen envases, indicando además la categoría a que corresponden, de conformidad a lo dispuesto en el DS 12.
- i. Resolución Exenta N° 1090 que dicta instrucción que precisa el contenido de los informes que deben presentar los sistemas de gestión de envases y embalajes, conforme a lo dispuesto en el DS 12.
- j. Resolución Exenta N° 805 que dicta instrucción que precisa el contenido de los informes que deben presentar los sistemas de gestión de neumáticos, conforme a lo dispuesto en el DS 8.
- k. Resolución Exenta N° 200 que informa la población corregida comunal, de conformidad a lo establecido en el DS 12.

En el caso de aceites y lubricantes¹⁶, el decreto supremo que determinará las metas y demás obligaciones asociadas se encuentra actualmente en tramitación¹⁷ y, en marzo de 2022, se amplió el plazo para dictar la resolución que aprueba la propuesta de decreto supremo, debiendo encontrarse dictada antes del día 13 de octubre de 2022¹⁸. En el caso de pilas, el proceso de dictación del decreto supremo comenzó el 18 de diciembre de 2020¹⁹, mientras que, para aparatos eléctricos y electrónicos, el proceso comenzó el 16 abril de 2021, misma fecha en la cual se finalizó el proceso de pilas y se optó por combinarlo con el de aparatos eléctricos y electrónicos²⁰. Finalmente, el proceso de elaboración del decreto supremo relativo a las baterías todavía no ha comenzado, habiéndose además planteado la posibilidad de incorporar otros productos a la Ley REP²¹ -tales como la ropa y textiles-, cuestión que todavía no se ha concretado formalmente²².

15 Se entiende por plan de gestión aquel documento que tiene por objeto dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Ley REP y que tiene una vigencia de 5 años, en el cual se indica el sistema de gestión correspondiente, la estimación anual del producto prioritario a ser comercializado en el país, la estimación de los residuos, las estrategias para cumplir con las metas y otras obligaciones, el mecanismo de financiamiento y, en el caso de un SGC, las reglas y procedimientos de incorporación de asociados y funcionamiento del sistema, y los procedimientos de licitación, entre otros. Ley REP, arts. 3 (numeral 27) y 26.

16 MMA, Expediente para aceites lubricantes disponible en <https://rechile.mma.gob.cl/aceites-lubricantes/>.

17 Se hace presente que la FNE ya remitió sus observaciones al proyecto de decreto supremo con fecha 22 de abril de 2022, disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/04/inpu_006_2022-Rol-2667-21.pdf. Una descripción y análisis de la postura de la FNE en este asunto se encuentra disponible en: <https://centrocompetencia.com/ley-rep-informe-fne-sobre-definiciones-ministerio-medio-ambiente/>.

18 MMA, “Resolución exenta 276”, 11 de marzo de 2022.

19 MMA, “Expediente para pilas”, última visita: 20 de septiembre de 2022, <https://rechile.mma.gob.cl/expedientes-para-pilas/>.

20 MMA, “Expediente de aparatos eléctricos y electrónicos”, última visita: 20 de septiembre de 2022, <https://rechile.mma.gob.cl/pilas-y- aparatos-electricos-y-electronicos/>.

21 Esto es parte de las facultades que se le entregan al MMA mediante el Decreto Supremo 8 de 2017, art. 16.

22 La ministra del MMA del gobierno anterior anunció que la industria de la ropa y textiles también se incorporaría a la Ley REP. MMA, “Ministra Schmidt anuncia la incorporación de la industria de la ropa y textiles a la ley REP para impulsar su reciclaje”, <https://mma.gob.cl>.

II. SISTEMAS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS, Y DESAFÍOS ASOCIADOS A ESTOS ÚLTIMOS

1. Sistemas individuales y sistemas colectivos

La Ley REP establece que las obligaciones asociadas a la responsabilidad extendida del productor deberán cumplirse a través de un sistema de gestión individual o colectivo, y su aplicación podrá verse restringida mediante los respectivos decretos supremos²³. Un sistema individual consiste en un productor que asume el cumplimiento de sus metas y obligaciones de manera individual y, por el contrario, un sistema de gestión colectivo (SGC) implica que los productores asumen el cumplimiento de las metas de manera conjunta, es decir agrupándose para efectos de dar cumplimiento a la Ley REP. En el caso de envases y embalajes, la gestión colectiva domiciliaria se puede realizar mediante los Grandes Sistemas Colectivos Domiciliarios o GRANSIC, que deben estar conformados por 20 o más productores no relacionados y que pueden cumplir sus metas de recolección y valorización con residuos introducidos en el mercado por cualquier productor -pertenezca o no al GRANSIC respectivo²⁴.

Al ámbito de los SGC (incluyendo a los GRANSIC) nos abocaremos más pormenorizadamente, ya que la regulación de los mismos es la razón por la cual la institucionalidad de libre competencia es llamada a intervenir en el funcionamiento e implementación de la Ley REP.

La Ley REP indica que, en el caso que los productores de productos prioritarios asuman el cumplimiento de sus metas de manera colectiva, deberán hacerlo mediante la constitución o creación de una persona jurídica que no reparta utilidades entre sus asociados²⁵. Implícitamente, lo que se está indicando es que los productores deben constituir una corporación, puesto que es la única figura jurídica, conforme a la normativa vigente hasta la fecha, que permite la asociación de varias personas y que no se repartan utilidades, considerando que las sociedades, cualquier sea su tipo, naturalmente tienen fines de lucro y, por ende, suponen el reparto de utilidades.

Otro aspecto importante es que los productores deben necesariamente pertenecer a una corporación -es decir, deben asociarse a esta- para poder cumplir con sus metas de la Ley REP, no permitiéndose que los productores contraten los servicios de gestión de residuos a un SGC al que no pertenezcan, de modo tal que el SGC solo gestionará los residuos de aquellos productores que sean sus socios. La alternativa a la gestión colectiva es la gestión individual que en algunos casos puede resultar sumamente ineficiente y costosa. De hecho, se puede vislumbrar cómo la regulación ha establecido incentivos para que la gestión sea colectiva²⁶.

Ahora bien, la creación y funcionamiento de la corporación debe seguir una serie de reglas contenidas en la Ley REP. En primer lugar, los estatutos deben garantizar (i) la incorporación de todo productor del respectivo

[cl/ministra-schmidt-anuncia-la-incorporacion-de-la-industria-de-la-ropa-y-textiles-a-la-ley-rep-para-impulsar-su-reciclaje/](https://www.bcn.cl/ministra-schmidt-anuncia-la-incorporacion-de-la-industria-de-la-ropa-y-textiles-a-la-ley-rep-para-impulsar-su-reciclaje/). La ropa y textiles se encontraban, junto con otros productos como las artes o aparejos de pesca y acuicultura, medicamentos vencidos, muebles, plaguicidas vencidos y vehículos motorizados, como candidatos a productos prioritarios en la Hoja de Ruta Nacional a la Economía Circular para un Chile sin Basura (2020-2040).

23 Ley REP, art. 19.

24 DS 12, art. 11.

25 Ley REP, art. 20.

26 DS 12, considerando 19.

producto prioritario en función de criterios objetivos, y (ii) la participación equitativa de los productores, que aseguren el acceso a la información y respeto a la libre competencia²⁷. Luego, son los mismos productores los que deben financiar los costos en que incurra la corporación en el cumplimiento de su función, lo cual deberá hacerse en base a criterios objetivos²⁸. Y, por último, los servicios de gestión de residuos, esto es la recolección, pretratamiento, transporte y valorización, deberán ser contratados por los SGC a través de licitaciones abiertas²⁹, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas individuales que no están sujetos a dicha obligación.

2. Sistemas colectivos, informe favorable de TDLC y aprobación del MMA

Es precisamente respecto de los estatutos y las bases de licitación que la Ley REP involucra a las autoridades de libre competencia, ya que ordena que (i) las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos socios y el funcionamiento del sistema, y (ii) las bases de licitación cuenten con un informe favorable emitido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), con la eventual intervención de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en virtud de su mandato legal. Es así entonces, que los productores que quieran crear un SGC deberán obligatoriamente iniciar un procedimiento no contencioso solicitando un informe al TDLC antes de la constitución de la corporación, presentando el borrador de los estatutos de la corporación y, de corresponder, el borrador de las bases de licitación para la gestión de residuos, esto es, para la recolección, pretratamiento, valorización, transporte, o manejo de instalaciones de almacenamiento³⁰. El TDLC tiene como labor revisar que el diseño de estos documentos se ajuste al estándar contenido en la Ley REP, este es, en genérico, que no existan hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, y en particular, que se asegure el acceso abierto, la participación equitativa y el respeto a los principios generales de libre competencia.

Adicionalmente, se debe tener en mente que también existe el régimen de control de operaciones de concentración, y los SGC podrían potencialmente calificar, dependiendo de sus características particulares, como operaciones de concentración. En virtud de esa posibilidad, al menos se debería considerar realizar una consulta ante la FNE conforme al Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración para efectos de confirmar o descartar esta hipótesis.

Respecto de la intervención preventiva del TDLC, esta tiene una serie de efectos prácticos que vale la pena describir en detalle. En primer lugar, la evaluación preliminar para la puesta en marcha de un SGC -incluso antes de realizar una presentación ante el TDLC- supone un gran esfuerzo de parte de los productores, ya que deben crear una estructura corporativa y operativa desde cero en un país en que no existe algo similar, y que tiene un nivel de manejo y gestión de residuos muy bajo. Como es evidente, ello implica que cada productor necesariamente tiene que asociarse con otros productores, sean o no competidores o actores que se desempeñan en su misma industria. Esto sin lugar a dudas resulta desafiante, en tanto requiere alinear los incentivos de entidades disímiles -en tamaño, rubro e intereses- para crear un SGC que sea eficiente y opere adecuadamente, dando cumplimiento a la Ley REP tanto a nivel de metas como de extensión territorial.

27 Ley REP, art. 20.

28 Ley REP, art. 9.

29 Ley REP, art 24.

30 Una situación en que no se requeriría presentar bases de licitación al TDLC sería si el SGC no es quien contratará a los gestores, como ocurre con el sistema tipo *monitoring* para envases y embalajes no domiciliarios.

En segundo lugar, el diseño de los documentos que se deben presentar al TDLC, en el seno de la ya mencionada interacción entre productores, reviste diversas complejidades. Primero, es indispensable desarrollar y estructurar estatutos que, por un lado, sean flexibles y, por el otro, cumplan con la regulación medioambiental, de libre competencia y propia de las corporaciones, sin existir criterios pormenorizados sobre esta materia dada su novedad. Para paliar ese déficit, se ha recurrido a la experiencia extranjera, en la medida que fuese aplicable, con el fin de poder replicar en cierto grado los modelos exitosos de gestión de residuos relativa a la REP que ya están funcionando en otras partes del mundo. Sin perjuicio de lo anterior, los modelos imperantes, en particular Europa, difieren en aspectos esenciales al modelo chileno planteado en la Ley REP, ya que las jurisdicciones europeas permiten que los sistemas se alojen en sociedades, y no necesariamente en corporaciones. Además, estos modelos permiten que las empresas puedan contratar los servicios de gestión a un SGC y no deban obligatoriamente pertenecer al mismo como accionista o socio para efectos de recibir los servicios.

Segundo, en cuanto a las bases de licitación, la principal dificultad es que se han tenido que desarrollar los borradores de las mismas sin tener mayores certezas ni claridad del mercado de gestión de residuos en Chile, que de por sí se encuentra poco desarrollado -y, para algunos productos prioritarios, es casi inexistente³¹. Sin embargo, es esperable que este mercado evolucione sustantivamente en los próximos años, en especial considerando la extensión territorial indicada en la Ley REP. En este sentido, cada tipo de producto prioritario tiene sus propios desafíos en materia de reciclaje, por ejemplo, la forma de recolectarse o los tipos de valorización disponibles en Chile, por lo que las bases de licitación deben reconocer esas circunstancias y adaptarse a ellas. Además, unas mismas bases de licitaciones deberán servir para rondas sucesivas de licitaciones en el futuro -dependiendo de cada cuánto esté planificado ir renovando los servicios de gestión- en sistemas cuya duración es, en principio, indefinida. Así, en el diseño de las bases de licitación hay que considerar varios aspectos para poder llegar a un borrador que permita al SGC funcionar de manera eficiente, de acuerdo a la realidad del reciclaje en Chile y tomando en consideración las correcciones futuras que la evolución de la industria requerirá.

En tercer lugar, dado el tipo de procedimiento -este es, uno no contencioso-, terceros interesados pueden aportar antecedentes a la causa y hacer recomendaciones a los documentos sometidos a conocimiento del TDLC, lo que puede implicar que los estatutos y bases de licitación sufran modificaciones a partir de esas sugerencias. Lo anterior, en todo caso, no es una tarea fácil ni baladí, ya que evaluar una sugerencia implica analizar en su totalidad el modelo de funcionamiento y de negocios del SGC que se había planteado luego de largos meses de trabajo, para poder determinar si tal sugerencia podría incorporarse de acuerdo a los objetivos fijados por el SGC, teniendo siempre como fin el cumplimiento eficiente de las metas y obligaciones de la Ley REP.

Finalmente, los tiempos que toma obtener un pronunciamiento por parte del TDLC son de la mayor relevancia, ya que las fechas en que los SGC deben comenzar a operar -y, paralelamente, los productores a cumplir con sus metas- se encuentran definidos en base a la publicación de los decretos supremos respectivos³². Obviamente, los plazos derivados de los respectivos decretos supremos no son modificables

31 Hay algunos mercados que se encuentran más desarrollados que otros, por ejemplo, la recolección diferenciada en materia de envases y embalajes cuenta con varios proyectos o planes piloto de empresas o de municipios. En cambio, otros mercados como la gestión de neumáticos, son prácticamente inexistentes en nuestro país.

32 Véase la sección I.2.

por los productores, por lo que deben cumplir con ellos a pesar de los imponderables que pueden ocurrir antes, durante o después de la tramitación ante el TDLC, pudiendo el procedimiento no contencioso, por ejemplo, verse extendido más allá del mínimo legal (por ejemplo, si se solicitan y conceden prórrogas para aportar antecedentes o posposiciones de la audiencia pública)³³.

Una vez emitido el informe favorable por parte del TDLC, se deberá constituir la corporación con los estatutos ajustados de acuerdo a lo indicado en el respectivo informe, para lo cual se seguirá el procedimiento contenido en el Código Civil y demás normas aplicables. Luego, una vez que la corporación se encuentre constituida o en trámite de obtención de personalidad jurídica, según corresponda, el SGC deberá presentar su plan de gestión al MMA, para que sea aprobado y recién, a partir de ese momento, el SGC podrá comenzar a operar. En nuestra experiencia, en un escenario muy optimista, un SGC podría estar funcionando en un poco más de un año contado desde el inicio del procedimiento ante el TDLC, considerando la aprobación del MMA. Así, si bien en principio podría estimarse que los plazos establecidos en los decretos supremos son amplios, lo cierto es que a la duración de los trámites ante el TDLC y el MMA se le deben sumar los plazos de las conversaciones exploratorias para formar un SGC, de la estructuración del proyecto y del modelo de funcionamiento, y de la preparación inicial de toda la documentación necesaria -estatutos, bases de licitación y plan de gestión- así como su posterior ajuste conforme a las decisiones y opiniones de las autoridades respectivas. De esta forma, los plazos establecidos en los decretos supremos pueden resultar extremadamente ajustados o, en un escenario menos optimista, poco factibles de cumplir en la práctica.

III. SISTEMAS COLECTIVOS QUE HASTA LA FECHA HAN SOLICITADO INFORME AL TDLC

Hasta la fecha, se han presentado seis solicitudes de informe en cumplimiento de la Ley REP ante el TDLC, cuatro relativas al producto prioritario de envases y embalajes, y dos respecto de neumáticos. A continuación, se hará un breve resumen de los principales aspectos de los procedimientos relativos a la implementación de la Ley REP, tanto de índole formal como sustantiva.

1. Descripción de aspectos formales de los procedimientos

La siguiente tabla sintetiza los principales elementos formales de los procedimientos que ya han sido iniciado por SGC ante el TDLC.

33 En todo caso, el TDLC ha tramitado con celeridad estos procedimientos, tal como se explica en la sección III.1.

Nombre	Ingreso	Inicio	Plazo aporte	Intervinientes	Audien- cia	Informe
Envases y embalajes I -Sigenem/ ReSimple: ³⁴	16 de abril de 2021	8 de junio de 2021	30 días hábiles + 45 adicionales	FNE, MMA, Cristalerías Toro S.A, Verallia Chile S.A., Cristalerías de Chile S.A. (Cristalerías), Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje A.G (ANIR) y Metalúrgicas y Mecánicas Midas Limitada	22 de marzo de 2022	8 de agosto de 2022 ³⁵
Neumáticos I ³⁶	3 de diciembre de 2021	15 de diciembre de 2022	30 días hábiles + 45 adicionales	FNE y MMA	29 de junio de 2022	Pendiente
Neumáticos II ³⁷	6 de enero de 2022	20 de enero de 2022	30 días hábiles + 30 adicionales	FNE y MMA	22 de junio 2022	Pendiente
Envases y embalajes II – GIRO ³⁸	13 de enero de 2022	27 de enero de 2022	30 días hábiles +25 adicionales	FNE, MMA, ANIR y Cristalerías	23 de agosto de 2022	15 de septiembre de 2022
Envases y embalajes no domiciliarios – Prorep ³⁹	22 de febrero de 2022	3 de marzo de 2022	30 días hábiles + 15 adicionales	FNE, MMA y ANIR	14 de julio de 2022	13 de septiembre de 2022
Envases y embalajes agroindustriales – Campo Limpio: ⁴⁰	18 de julio de 2022	20 de julio de 2022	20 días hábiles + ampliado hasta el 4 de octubre	N/A	Pen- diente	Pendiente

35 En este caso, se presentaron recursos de reposición por la FNE, el MMA y la Asociación Metropolitana de Municipalidades de Santiago Sur (MSur). Luego, la FNE presentó un incidente de nulidad que fue desechado por el TDLC, relativo a la resolución que recayó sobre la reposición de MSur.

36 Solicitud de informe de Automotores Gildemeister SpA y otros respecto de las bases de licitación para la recolección y valorización de neumáticos usados y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SGN, NC-504-2021 D.

37 Solicitud de Informe de Antonio Castillo S.A. y otros respecto de las bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SGCNFU, NC-506-2022 D.

38 Solicitud de Informe de BredenMaster SpA y otros sobre bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del GRANSIC, NC-507-2022 D. [Causa GIRO]

39 Solicitud de informe de RIGK CHILE SpA respecto de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento de PROREP, NC-510-2022 D. [Causa Prorep]

40 Solicitud de informe de ADAMA Chile S.A. y otros respecto de las bases de licitación para la contratación de manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIG CampoLimpio, NC-513-2022 D.

Como se puede observar, dos de los procedimientos terminados tardaron menos de 10 meses, mientras que el tercero que ya finalizó mediante informe favorable -que fue el primero en iniciarse- demoró poco menos de 16 meses. Es decir, dos estuvieron bajo el promedio de duración de 14 meses de los procedimientos no contenciosos⁴¹, mientras que el último estuvo ligeramente por sobre ese promedio. De mantenerse el ritmo con que se han dictado esos informes, probablemente el promedio de duración de los procedimientos ante el TDLC por Ley REP será menor que el promedio general de los casos no contenciosos, lo que es extremadamente importante para cumplir en tiempo y forma con las obligaciones de la Ley REP y de los decretos supremos respectivos.

2. Principales problemáticas comunes identificadas por la FNE respecto de los SGC y sus recomendaciones⁴²

La FNE llevó a cabo una investigación detallada para cada uno de los cinco primeros SGC, en virtud de las cuales luego presentó sus sugerencias y recomendaciones en los procedimientos mediante sendos aportes de antecedentes, analizando en cada caso aquellos aspectos⁴³. A continuación, se explicarán someramente cuales fueron los aspectos principales analizados por la FNE que ameritaban, desde su perspectiva, una modificación con el objeto de cumplir con la normativa de libre competencia.

El primer tema que la FNE levantó tanto en *Sigenem*, como en *Neumáticos I*, *Neumáticos II* y *GIRO*, fue la existencia de dos categorías de socios dentro de la corporación, con derechos políticos y obligaciones económicas diferenciadas. En todos los casos se planteaba que la corporación tendría dos tipos de socios: permanentes (o fundadores) y activos (o de número). En *Sigenem* y *Neumáticos I*, solamente los socios permanentes tendrían derecho a voto en las asambleas generales y en el caso de *Neumáticos II* y *GIRO*, los socios de número tendrían derechos políticos acotados, permitiéndoles participar por ejemplo en la elección de dos directores de la corporación. En cuanto a las cuotas a ser pagadas por los socios, todos los SGC presentaron cuotas de incorporación diferenciadas según el tipo de socios, es decir, los socios permanentes (o fundadores) y activos (o de número) pagarían cuotas de incorporación diferentes. La FNE estimó que establecer categorías de socios diferenciadas atentaba contra el principio de trato equitativo, por lo que su recomendación fue eliminar las categorías de socios, otorgándole a todos los socios la misma calidad. En el caso de las cuotas de incorporación se sugirió que estas debían solamente solventar los costos de ingreso al SGC y no retribuir costos hundidos, ya que ello se podía realizar mediante las eco-tasas⁴⁴.

Respecto al modelo tarifario, la FNE también expresó ciertos reparos en todos los SGC. En el caso de *Sigenem* y *Neumáticos I*, donde se contempló la creación de un panel técnico para la determinación del modelo tarifario, la FNE indicó que la proposición del modelo tarifario debe regularse en cuanto a sus plazos, que los miembros del panel técnico deberían ser expertos en materias medioambientales, regulatorias y de libre competencia, y que se debería contar con quórums supra-mayoritarios para su aprobación. En el caso de *Neumáticos II* y *GIRO*, los estatutos respectivos no contemplaban el establecimiento de un panel técnico

41 Centro de Competencia, "¿Cuánto tarda el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en Resolver Asuntos de Libre Competencia?, Investigaciones CeCo (julio 2022), <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/07/CeCo-UAI-2022-Cuanto-tarda-el-TDLC-y-la-CS-en-Libre-Competencia.pdf>.

42 Se hace presente que el análisis de fondo de los mismos se realizará en una segunda entrega de este artículo, conjuntamente con la opinión del TDLC plasmada en sus informes.

43 Lo mismo está ocurriendo en el caso del SIG CampoLimpio, pero la FNE todavía no ha concluido su investigación ni realizado su aporte de antecedentes en el procedimiento NC-513-2022, razón por la cual no se hace referencia a esta causa en esta subsección.

44 Si bien en el caso de Prorep existe solo una categoría de socio, la FNE indicó que, respecto del esquema de pagos propuesto, todos los gastos de operación, inclusive los costos hundidos, deben ser remunerados a través de las eco-tarifas.

para la determinación del modelo tarifario, sino que este sería determinado por el directorio en un caso y por el operador del SGC en el otro caso. Así, la FNE sugirió que la determinación del modelo tarifario debe encontrarse radicada en un órgano técnico *ad hoc* compuesto por expertos en materias medioambientales, regulatorias y de libre competencia, destinado a asesorar al directorio en esta labor, independiente de este y cuyos plazos debían estar regulados, especialmente haciendo hincapié a que debería estar fijado con antelación a la puesta en marcha del SGC.

Una tercera materia que la FNE levantó en todos los casos comentados fue la necesidad de que los directores de la corporación fueran independientes tanto de los productores como de los gestores de residuos del producto prioritario correspondiente. Lo anterior basado principalmente en la necesidad de evitar que se generasen traspasos de información comercialmente sensible.

La FNE también hizo presente la sugerencia de utilizar el criterio de grupo empresarial para las votaciones que se llevaran a cabo en las asambleas, es decir, si existiesen dos o más empresas que fuesen socias del SGC y pertenecieran al mismo grupo empresarial, el voto debiese ser por grupo empresarial, no permitiéndose la votación individual de cada socio. Lo anterior justificado en que se presume que las entidades de un mismo grupo empresarial actúan bajo los mismos intereses.

Otra cuestión que también se incluyó en las sugerencias de la FNE en relación a los estatutos fue la de incluir una auditoría externa (i) en que la auditora externa sea independiente respecto de los Directores; (ii) se vele especialmente por el cumplimiento de lo dispuesto en el informe que evacúe el TDLC; (iii) que abarque el ámbito de libre competencia y tenga periodicidad anual, al menos durante los cinco primeros años contados desde la conformación del SGC; (iv) en que los socios no puedan acceder a información confidencial con motivo de los informes respectivos; y (v) en que el auditor tenga independencia para comunicar eventuales infracciones a la FNE.

En cuanto a las bases de licitación, en todos los casos las solicitantes presentaron bases de licitación cuyas evaluaciones ponderaban el puntaje obtenido por la oferta técnica con el obtenido por la oferta económica y, en ese ámbito, la principal sugerencia de la FNE fue modificar el modelo a uno en dos etapas en “donde se establezca una evaluación secuencial donde, en primera instancia, se evalúe el cumplimiento de un mínimo técnico o nota mínima por parte de los oferentes para, posteriormente, evaluar las ofertas económicas y adjudicar la licitación respectiva a la más conveniente en dicha dimensión”⁴⁵.

Por último, cabe hacer presente que, en el caso de envases y embalajes, existieron una serie de temáticas levantadas por la FNE que dicen relación con aspectos regulatorios de la REP, relativas a la distribución territorial y los convenios con municipalidades. Respecto al primer tema, que corresponde a la regulación de metas de cobertura geográfica⁴⁶, la FNE remitió un oficio al MMA con la finalidad de que se aclarase la interpretación de los artículos 35 y 36 del DS 12⁴⁷. El MMA indicó en su respuesta a este oficio que “ambas obligaciones deben ser cumplidas individualmente. En consecuencia, de existir varios GRANSIC constituidos, todos estos deberán dar cumplimiento a las exigencias establecidas en estos artículos de forma individual, sin perjuicio de lo cual, en la práctica, puedan llegar a acuerdos para hacer más eficiente la recolección y dar cumplimiento conjuntamente a las exigencias de cobertura establecidas en el Decreto”. Sin embargo,

45 Aporte de Antecedentes de la FNE en Causa GIRO, párrafo 340.

46 Aporte de Antecedentes de la FNE en Causa Sigenem, 56 y Aporte de Antecedentes de la FNE en Causa GIRO, 54.

47 Aporte de Antecedentes de la FNE en Causa GIRO, 54.

el Oficio Circular N° 01 del MMA del 13 de enero de 2022, que contiene la interpretación administrativa de dichos artículos, indica que las exigencias de cobertura deben ser cumplidas por el conjunto de los GRANSIC. La FNE estimó que este aspecto, aún pendiente de definición, podría generar problemas de libre competencia y solicitó al TDLC a hacer uso de sus atribuciones para tomar las medidas que estime oportunas.

En relación con los convenios de los SGC con las municipalidades, la FNE propuso al TDLC la adopción de ciertos resguardos, tales como la prohibición de pactar exclusividades y de establecer plazos máximos de vigencia de tales convenios, entre otros, con el fin de mitigar los posibles riesgos que puedan surgir de estos convenios⁴⁸.

Todas las temáticas abordadas por la FNE dicen relación con aspectos de fondo en el diseño de los SGC y su adopción implica una modificación de múltiples aspectos de su estructura y funcionamiento, con las consiguientes consecuencias a nivel de costos y administración que puedan acarrear. Debido a que se trata de materias claves que el TDLC debe decidir, y en algunos casos ya ha decidido, su análisis más detallado se realizará en la segunda entrega de este artículo, con el fin de poder sintetizar los criterios y condiciones que el TDLC estimó como razonables a la hora de evaluar el funcionamiento de los SGC.

Sin perjuicio de lo anterior, desde ya podemos adelantar que una cuestión fundamental al momento de comparar tan solo estos 6 SGC es que se enfrentan a escenarios industriales actuales divergentes y/o siguen estrategias y modelos disímiles. Por ejemplo, como se anticipó, el reciclaje de neumáticos se encuentra mucho menos desarrollado que el de envases y embalajes, por lo cual para este producto prioritario se necesitan mayores incentivos para que la gestión de los neumáticos evolucione apropiada y aceleradamente de manera de lograr el éxito de la Ley REP y las metas ahí establecidas. En cambio, pese a la mayor profundidad de la industria de envases y embalajes, los 4 SGC antes individualizados de este producto prioritario son ciertamente diferentes: 2 se dedicarán a envases y embalajes domiciliarios y no domiciliarios; 1 únicamente a los no domiciliarios; y 1 a los envases y embalajes agroindustriales.

Así las cosas, si bien se concuerda con la postura de la FNE⁴⁹ de adoptar reglas y condiciones equivalentes para todos los SGC, esto no debe llevar a obviar las significativas diferencias que pueden existir entre unos y otros al momento de evaluar su conformidad con la libre competencia en concreto, considerando la realidad de cada industria, los productores involucrados, la manera de funcionamiento de cada SGC y los antecedentes específicos del caso. Esto es particularmente trascendente en lo que respecta al diseño de las licitaciones y a la redacción de las bases respectivas.

IV. PRÓXIMOS DESAFÍOS DE LOS SGC, EN PARTICULAR, Y DE LA LEY REP, EN GENERAL

La implementación hasta la fecha de la Ley REP, en materia de libre competencia, nos ha dejado con varias lecciones y desafíos por delante que habrá que tener en consideración en el futuro a la hora de poner en marcha otros SGC -sean de los mismos productos prioritarios que ya se han presentado o de aquellos cuyos decretos supremos no han sido finalizados-, o bien para modificar los SGC que ya se encuentren en funcionamiento.

En primer lugar, consideramos que un aspecto relevante es el tiempo. Los decretos supremos establecen plazos de entrada en vigencia y de presentación de los primeros planes de gestión que en abstracto puede

48 Aporte de Antecedentes de la FNE en Causa Sigenem, p. 58 y Aporte de Antecedentes de la FNE en Causa GIRO, 57.

49 Segundo Aporte de Antecedentes de la FNE en Causa GIRO, 8 y siguientes.

parecer suficientes, pero a la fecha se ha demostrado que es un gran desafío cumplir con ellos, tanto porque diseñar un SGC que sea eficiente en el cumplimiento de metas no es simple, como por los trámites cuya duración escapa al control de los productores, como el procedimiento ante el TDLC. En ese sentido, es importante lograr un balance entre los plazos indicados en los decretos supremos y las etapas que deben recorrerse entre la intención de formar un SGC y su efectiva puesta en marcha. Ello en especial considerando que cada SGC debe ser eficiente en su operación, reunir las voluntades de varios socios -que pueden tener diferentes incentivos y visiones para el funcionamiento del SGC- y, por supuesto, cumplir con la normativa de libre competencia y de la Ley REP.

Otro tema relevante es la multiplicidad de controles públicos que deben sortear los SGC. En materia de libre competencia, nos encontramos con la obtención del informe favorable por parte del TDLC, de la consulta de pre-notificación ante la FNE y, eventualmente, de la notificación del SGC como una operación de concentración. En el ámbito medioambiental, el MMA interviene en múltiples instancias y ocasiones: aprobación inicial del plan de gestión⁵⁰, autorización de la renovación del sistema de gestión⁵¹, ser informado de toda modificación del plan de gestión⁵², autorización de modificaciones significativas que recaigan sobre ciertos contenidos del plan de gestión⁵³ y recepción anual de informes sobre las actividades realizadas por el sistema⁵⁴. Este control tripartito -que en el caso de algunas autoridades puede tener diversas aristas- puede resultar muy oneroso en tiempo y costos y difiere de cómo funciona gran parte de los emprendimientos individuales o colectivos en Chile, que pueden comenzar a funcionar y ser ajustados sin necesidad de obtener pronunciamientos o autorizaciones de parte de la autoridad correspondiente.

Desde una perspectiva eminentemente práctica -pero ciertamente esencial dado que de ello depende que se logren los objetivos de la Ley REP- el principal desafío para cada SGC será su efectiva puesta en marcha. Si bien la dictación de la normativa ha tomado varios años y, a su vez, cada productor ha tenido tiempo para preparar y organizar su futuro funcionamiento (lo que incluye, por cierto, la creación de los SGC), es probable que durante 2023 surjan nuevas dificultades y problemáticas que cada uno tendrá que abordar y superar. Esta posibilidad hace indispensable que los productores y los SGC tengan un margen de operación y cierto nivel de flexibilidad para poder reaccionar pronta y adecuadamente, asegurando así el éxito de la Ley REP mientras se mantiene absoluto respeto a la libre competencia.

Finalmente, a nivel sistémico, el desafío fundamental es que únicamente se han dictado los decretos supremos de envases y embalajes, y neumáticos, estando pendientes los decretos para todo el resto de los productos prioritarios: aceites lubricantes; pilas y aparatos eléctricos y electrónicos; y baterías, aparte de otros que puedan ser definidos como productos prioritarios, como sería el caso de la ropa y los textiles. En línea con lo antes indicado, al momento de elaborarse y finalizarse los decretos supremos faltantes podría tomarse en cuenta los tiempos de puesta en marcha y tramitación de los SGC que se han observado hasta el momento, en especial al definir los plazos de entrada en vigencia de las metas y de presentación del plan de gestión ante el MMA.

50 Ley REP, art. 26.

51 Ley REP, art. 27.

52 Ley REP, art 28.

53 Ibid.

54 DS 12, art. 18 y DS 8, art 17.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Catalina González Verdugo y Cristóbal Lema Abarca, "Ley REP y Libre Competencia: De la Teoría a la Práctica - Primera Parte", *Investigaciones CeCo* (octubre, 2022),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile