

COLUSIÓN DE POLLOS: UN FALLO INCOMPLETO

SUSANA JIMÉNEZ SCHUSTER¹

RESUMEN: En decisión unánime, el TDLC acogió el requerimiento de la FNE contra Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, los que, por intermedio de la APA, se coludieron acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándose cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto. La sentencia del TDLC analizó el mercado relevante, si podría darse una colusión en la industria, y si efectivamente existió colusión entre las partes. Si bien el TDLC pudo acreditar la existencia de coordinación entre las partes requeridas, lo que constituye una conducta reprochable y que amerita sanción, la sentencia no entregó un análisis técnico-económico acabado, dejando inconclusos temas de suma relevancia para la necesaria evaluación de competencia que amerita este tipo de casos. En este sentido, el tribunal cuenta con las herramientas y aptitudes necesarias para un análisis más profundo, pese a lo cual le restó importancia al razonamiento económico que debió estar presente en la evaluación del caso.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos generales del “caso pollos”. 2.1 La denuncia de la FNE. 2.2 Defensa de la APA y las empresas requeridas. 2.3 El fallo del TDLC. 2.3.1 Mercado relevante. 2.3.2 ¿Pudo existir un acuerdo colusivo entre las partes? 2.3.3 Coordinación entre las partes. 2.3.4 La sentencia dictada. 3. Comentarios a la sentencia. 3.1 Definición de mercado relevante. 3.2 Desafiabilidad del mercado. 3.3 Comportamiento de los competidores. 3.4 Monitoreo y sanción. 3.5 Beneficios económicos obtenidos. 3.6 Calidad de la sentencia. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 30 de noviembre de 2011, La Fiscalía Nacional Económica (FNE) interpuso un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) contra las mayores productoras de carne de pollo en Chile –Agrícola Agrosuper S.A. (Agrosuper), Empresas Ariztía S.A. (Ariztía), Agrícola Don Pollo Limitada (Don Pollo)– y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (APA). Se les acusó de haber realizado comportamientos contrarios a la libre competencia al celebrar y ejecutar acuerdos en-

¹ * La autora agradece la eficiente colaboración de Jorge Lira, estudiante de Ingeniería Comercial de la Universidad de Chile.

tre ellos consistentes en la limitación de la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional.

En sentencia unánime del TDLC condenó a Agrosuper y Ariztía al pago de la multa máxima establecida por la ley, esto es 30.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), en tanto que a Don Pollo le aplicó una multa de 12.000 UTA. Además, ordenó la disolución de la APA e impuso a Agrosuper la obligación de consultar previamente cualquier futura operación de concentración en este mercado.

Si bien el TDLC pudo acreditar la existencia de coordinación entre las partes requeridas, lo que constituye una conducta reprochable y que amerita sanción, la sentencia no entregó un análisis técnico-económico acabado, dejando inconclusos temas de suma relevancia para la necesaria evaluación de competencia que amerita este tipo de casos.

2. ASPECTOS GENERALES DEL CASO

La carne de pollo es la más consumida en el país, representando en 2010 un 39% del consumo total de carnes. Se trata de un mercado de pocos actores, donde las tres empresas requeridas concentraban el año 2010 un 92% de la producción de carne de pollo destinada al mercado nacional, excluyendo las importaciones. Esta participación se reducía a 82% al considerar los productos exportados, con participaciones de 49%, 26% y 7% para Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, respectivamente.

2.1. La denuncia de la FNE

La FNE acusó a las tres mayores productoras de carne de pollo en Chile de infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 mediante la celebración y ejecución de un acuerdo entre competidores consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y la asignación de cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto. Es decir, fueron acusadas de realizar prácticas de carácter colusivo.

Estas prácticas datarían desde los años 1994-1995, período en que las requeridas habrían acordado el intercambio constante de información como una iniciativa para lograr un *“desarrollo razonable*

para el sector²². Con esta información –considerada por la FNE como sensible, estratégica y detallada– la APA, usando modelos de proyección de demanda, habría determinado anualmente la cantidad total de carne de pollo a vender en el mercado nacional por las tres compañías, asignándoles además cuotas de participación en el mercado a cada una³. La limitación de la cantidad transada en el mercado mayorista, habría permitido a las requeridas, de acuerdo a la FNE, obtener rentas superiores a aquellas que regirían bajo un escenario no colusivo y, a su vez, habría elevado los precios en el mercado minorista, es decir, los precios pagados por el consumidor final.

El rol de la APA habría consistido en determinar, a través un análisis econométrico de proyección de demanda, los niveles de producción para cada año, monitorear el cumplimiento de los acuerdos establecidos y coordinar los ajustes a la carga semanal de cada empresa. La FNE señaló que la APA utilizó diferentes métodos para proyectar, desde metas anuales para el mercado nacional hasta sugerencias de producción semanal agregada, las que luego habrían derivado en sugerencias semanales individuales. Es importante aclarar que el acuerdo colusivo imputado por la FNE se habría basado en la fijación de kilos totales de carne de pollo vendidos en el mercado nacional y no en cuotas separadas para las distintas partes del pollo (como pechuga, trutro o pollo entero).

A la imputación principal, la FNE sumó en su requerimiento dos hechos adicionales como indicio de colusión. El primero habría ocurrido el año 2009 cuando las empresas requeridas acordaron, a propósito de una nueva regulación sanitaria, un rotulado único referente al porcentaje de marinado contenido en la carne de pollo. En este acuerdo se tomó la decisión de rotular todos los productos con la expresión “*contiene hasta un 15% de marinado*”, lo que impediría, según señalara la FNE, la diferenciación de productos de diferentes marcas por parte de los consumidores. Luego, se añade la

²² Considerando 49°.

³ Estas cuotas se habrían obtenido con las proyecciones de consumo calculadas para el año venidero, a lo que se le restaba la porción cubierta por las importaciones y por las otras empresas del mercado nacional. Con esto se habría acordado el total de carne de pollo a vender, la que se distribuía en porcentajes a los tres miembros del supuesto cartel, con valores cercanos a: 61% para Agrosuper, 31% para Ariztía y 8% para Don Pollo.

adquisición conjunta de una empresa avícola competidora, La Car-tuja, lo que habría constituido una forma de dilución de la compe-tencia existente en la industria.

2.2. Defensa de la APA y empresas requeridas

Tanto la APA como las Empresas Requeridas contestaron solicitando el rechazo del requerimiento de la FNE.

La APA defendió su inspiración gremial y su contribución al desarrollo de la industria. Respecto de la Unidad de Estudios e Información Estadística, cuestionada en el requerimiento de la FNE, indicó que se trataría de la división encargada de preparar las proyecciones anuales de demanda, información que sería actualizada semanalmente con ocasión de desviaciones de las variables exógenas o ante episodios excepcionales. Sin embargo, la APA sostuvo que dentro de sus funciones no se contemplaría la verificación de los datos ni el control de las actividades de sus asociados. Argumentó que las proyecciones que entregaban constituirían la base mínima e indispensable para el análisis requerido por la Asociación y proveería a los asociados de información útil –pero no suficiente– para la elaboración de sus propias decisiones, agregando que las observaciones ocasionales en relación a la disminución de cargas proyectadas no tendrían otra connotación que comentar cuestiones sabidas por la industria. Por último, señaló que la proyección de demanda efectuada por la APA se refería genéricamente al consumo sectorial de pollo y no a los más de cien productos que derivan del producto, en torno a los cuales se produciría la competencia efectiva entre los actores del mercado, con lo que el denominado Informe de Proyección Anual de Demanda y sus ajustes cumplirían objetivos gremiales lícitos.

En relación a los reportes estadísticos sectoriales emitidos por la APA, la asociación sostuvo que estos serían similares a informes elaborados por otras asociaciones gremiales nacionales o extranjeras, las que no entregarían información sensible o estratégica, dado que los datos se entregarían de forma agregada y con desfases de tiempo, además de que no implicarían un monitoreo a la actividad de los asociados, pues la información enviada por ellos no era verificada. La APA cuestionó además el período de tiempo contemplado en la investigación de la FNE y su definición de mercado relevante, que sería excesivamente restringido, al no incorporar al pollo con-

gelado y otras carnes, mientras que el mercado relevante geográfico comprendería a las importaciones y exportaciones. Por último, argumentó que el mercado de carne de pollo chileno es abierto al comercio exterior, en el cual se hacen presentes los países que más exportan a nivel mundial, por lo que el precio interno de los productos del pollo sería arbitrado internacionalmente.

Por su parte, los argumentos de las tres empresas requeridas coincidieron en líneas generales en tres aspectos. Primero, en cuestionar la definición de mercado relevante utilizada por la FNE, argumentando que era demasiado acotada al tomar en cuenta solo la carne de pollo producida localmente y sin separarla en los distintos cortes derivados de ella. Según señala la defensa de Ariztía: “una correcta definición de mercado relevante comprendería la producción, importación, comercialización y distribución mayorista de distintos cortes de carne de pollo, fresca y congelada, en todo el territorio nacional, teniendo presente el grado apreciable de sustitución que existiría entre la carne de pollo y demás productos cárnicos”⁴. Segundo, las empresas acusadas argumentaron que los productos importados han crecido en el tiempo generan un efecto disciplinador y una presión competitiva. Tercero, coincidieron en señalar que los datos aportados a la APA no serían de gran relevancia y, en cambio, fáciles de conseguir; por ende, los informes no serían ilícitos dentro del contexto de una asociación gremial y no aportarían información confidencial, sino que solo referencias para la toma de decisión individual sobre cuánto producir.

Tanto Ariztía como Don Pollo se refirieron además en sus defensas a la condición de líder de mercado de Agrosuper, lo que impediría desafiar dicha posición dominante en la industria. En consecuencia, se verían forzadas a constituirse como seguidores de precios. Por último, Ariztía presentó sus resultados financieros desde el 2002 al 2011, los que no habrían sido consistentes con la hipótesis de precios colusivos dados los márgenes operacionales negativos de la empresa en este período.

2.3 El Fallo del TDLC

El Tribunal acogió el requerimiento interpuesto por la FNE, declarando que las empresas avícolas requeridas, por intermedio de

⁴ Vistos 4.7.

la APA, se coludieron acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándole cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto, infringiendo el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211.

Tres fueron los aspectos principales que definió el TDLC para dictar la sentencia del caso. Estos fueron: el mercado relevante; si podría darse una colusión en la industria; y si efectivamente existió colusión entre las partes.

2.3.1 Mercado relevante

El TDLC estimó que independiente de si la definición de mercado relevante consideraba solo la producción de carne de pollo nacional o incluía los productos importados, o si se separaba por los diversos mercados de partes y piezas de pollo, las empresas requeridas poseían un poder de mercado suficiente como para influir en el resultado del mercado, en caso de actuar coordinadamente. Dicho de otro modo, aún en el escenario en el que se tomara en cuenta el mercado relevante más favorable para las empresas avícolas requeridas, el Tribunal estimó que el acuerdo indudablemente les confería poder de mercado.

Lo sostenido anteriormente se basó en tres puntos. En primer lugar, si bien el Tribunal reconoció que las otras carnes satisfacen necesidades similares a las de la carne de pollo, estimó que la evidencia aportada no lograba convencer de que la oferta de otras carnes pudiera disciplinar un eventual actuar anticompetitivo. Segundo, consideró que aún separando la carne de pollo en los mercados de sus distintos cortes, las empresas avícolas requeridas mantendrían una participación no menor al 70% en cada una de ellas, por lo que habrían podido alcanzar poder de mercado. Por último, el Tribunal concluyó que el pollo importado (congelado) no pertenece al mismo mercado relevante que el pollo producido localmente argumentando que el consumidor prefiere comprar el pollo fresco, que el precio mayorista del pollo congelado y del pollo fresco se han determinado por procesos independientes entre sí y que existirían limitaciones a la oferta del pollo congelado dada la falta de capacidad en los canales de distribución.

2.3.2 ¿Pudo existir un acuerdo colusivo entre las partes?

El Tribunal estimó respecto de la estructura de la industria que esta era consistente con una en que las empresas podrían formar y operar efectivamente un cartel con el fin de aumentar los precios, reafirmando la convicción de que las empresas avícolas requeridas gozaron de un poder de mercado suficiente como para lograr y mantener un acuerdo colusivo.

Las características que permitieron sostener dicha conclusión respecto de la industria de la carne de pollo habrían sido, según el TDLC, las siguientes: existencia de un bajo número de oferentes y alto nivel de concentración; homogeneidad del producto; la estructura de la demanda (donde la frecuencia de pedidos viabilizaría un acuerdo colusivo); y la existencia de una asociación gremial que pueda y esté dispuesta a facilitar la adopción de decisiones coordinadas entre sus asociados, además de fiscalizar su cumplimiento.

2.3.3 Coordinación entre las partes

La evidencia de cartas, fax y correos electrónicos y la evidencia de convenios entre las partes fueron suficientes para que el TDLC diera por acreditada la existencia de un acuerdo entre Agrosuper, Ariztía y Don Pollo.

En primer lugar, se demostró la existencia de un documento titulado “Proposición de Convenio” mediante el cual, con fecha 29 abril de 1994, las empresas requeridas habrían “convenido en llevar a cabo ciertas iniciativas tendientes a estimular la industria, de modo de lograr un desarrollo razonable para el sector”⁵. Adicionalmente, se reveló la creación de una Comisión de Evaluación, integrada por tres personas designadas por las empresas y un Secretario Ejecutivo, con atribuciones para “pronunciarse acerca de la forma en que el convenio se ejecuta y lleva a cabo por las partes”⁶.

Las principales actividades que determinaba el Convenio recaían sobre variables competitivas relevantes para la producción y comercialización de carne de pollo en el mercado nacional, tales como precios de referencia obligatorios, diferenciales obligatorios de precio por zona, definición común de condiciones de comercializa-

⁵ Considerando 49°.

⁶ Considerando 50°.

ción, limitación de las herramientas de marketing, determinación de los clientes a los que podían venderse productos de segunda o en condiciones mayoristas. Y, lo más importante, sobre la cantidad de carne de pollo a producir.

Por su parte, el TDLC documentó una serie de intercambios de comunicación entre las empresas requeridas. Algunos extractos de correos electrónicos que revelaron las malas prácticas de Agrosuper, Ariztía y Don Pollo en conjunto con la APA y que se reproducen en el fallo, fueron los siguientes:

“(...) personalmente recomiendo aumentar las cargas para Enero '97, a razón de 2.600.000 unidades por faena por semana, a partir de esta semana. Recomiendo igualmente ser extremadamente cuidadoso con el nivel de cargas en relación a las ventas. (...) en el caso de su empresa estimo que la carga semanal debería ser de aproximadamente 145.000 unidades semanales”⁷ (Fax suscrito por el señor Ovalle Garcés y dirigido al señor Miguel Rojas de Don Pollo el 30 de octubre de 1996).

“Conforme a las últimas estimaciones de ventas de pollo para el mercado nacional para el 2004, que incorporan las importaciones de pollo de Argentina, se concluye que para mantener el actual nivel de precios, es necesario reducir las cargas semanales a los siguientes niveles: N°1 1.955.000 unidades semanales N°2 995.000 unidades semanales N°3 250.000 unidades semanales”⁸ (Correo electrónico enviado por el señor Ovalle (APA) a los señores José Guzmán (Agrosuper), Ismael Correa (Ariztía) y Ramón Covarrubias (Don Pollo), el día 30 de enero de 2004).

“La venta está bastante apretada (estamos congelando) y a nivel APA acordamos defender el precio, bajando fuerte las cargas”⁹ (Correo electrónico enviado por el señor Pablo Covarrubias al señor Rafael Covarrubias, ambos de Don Pollo, con fecha 25 de enero de 2008).

Por último, a juicio del Tribunal, la metodología para calcular la proyección de ventas de la APA presentaba características anticom-

⁷ Considerando 60°.

⁸ Considerando 76°.

⁹ Considerando 99°.

petitivas y permitía la asignación de cuotas de producción entre las empresas avícolas requeridas. Consideró particularmente preocupante que la proyección de demanda de carne de pollo haya sido una actividad de la APA en que solo participaban las tres empresas avícolas requeridas, excluyendo a las otras empresas integrantes, lo que se tomó como un indicio de que los ejercicios de proyección no consistieron en actividades gremiales. Además, el Tribunal sostuvo que estas proyecciones derechamente apuntaban al rango en que querían que fluctuaran los precios de la carne de pollo, a través de la definición coordinada de un determinado nivel de producción.

2.3.4 La sentencia dictada

El TDLC resolvió rechazar todas las excepciones opuestas por Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y la APA, acogiendo el requerimiento de la FNE, al declarar que “las Empresas Avícolas Requeridas, por intermedio de la APA, se coludieron acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándose cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto”¹⁰.

La condena tanto para Agrosuper como para Ariztía fue el pago de una multa, a beneficio fiscal, de 30.000 UTA, mientras que a Don Pollo se le condenó al pago de una multa correspondiente a 12.000 UTA. Por otra parte, se ordenó la disolución de la APA y se ordenó a Agrosuper S.A., y sus empresas relacionadas, consultar de forma previa a su materialización, cualesquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisiera participar.

La resolución dictada por este Tribunal constituye una sanción histórica, pues aplica por primera vez la máxima multa en dinero desde que en 2009 se aumentaron los montos para esta clase de delitos. También es considerada como una medida inédita, pues por primera vez desde que fue creado este Tribunal, que se ordena la disolución de un gremio empresarial.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la sentencia aquí analizada es de primera instancia y no es una sentencia definitiva, dado que luego de lo dictado por el Tribunal de Defensa de la Libre

¹⁰ Punto 2) de la resolución.

Competencia se interpuso un recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

3. COMENTARIOS A LA SENTENCIA

Las empresas requeridas indudablemente actuaron fuera de la ley al mantener comunicaciones indebidas entre ellas y en coordinación con la asociación gremial que las agrupa. Basta leer la guía del la FNE denominada “Asociaciones Gremiales y Libre Competencia” para constatar que hubo una serie de prácticas que se entienden como indebidas por los órganos competentes en materia de la libre competencia¹¹. Entre estas se cuenta la colaboración entre competidores, el intercambio de información y la participación en reuniones.

En materia de colaboración entre competidores, la guía señala como contrario a la libre competencia

“toda colaboración o acuerdo entre dos o más competidores, que les confiera poder de mercado, respecto de la cual exista o no constancia escrita, y que produzca o tienda a producir: la fijación de precios actuales o futuros de venta o compra; la determinación de condiciones de comercialización; la limitación de volúmenes de producción; la asignación de zonas o cuotas de mercado; la exclusión de competidores; o la afectación del resultado de procesos de licitación, constituye una infracción a la libre competencia, conforme lo establecido en D.L. N°211.”

Claramente la APA transgredió las buenas prácticas de competencia que propone la FNE, puesto que la evidencia comunicacional entre las partes acusadas demuestra que claramente hubo la intención de limitar los volúmenes de producción y asignar cuotas de mercado.

En segundo lugar, la Fiscalía menciona que un tema muy sensible tiene que ver con los intercambios de información relevante:

“(...) se considera información relevante aquella relativa a políticas de precios (actuales o futuros), estructuras de costos, volúmenes de producción (actuales o futuros), planes de expansión e inversiones, políticas de importaciones, participaciones de mercado de los miembros de una industria o sector, listas

¹¹ Esta guía fue publicada por la FNE en agosto del 2011.

de clientes, políticas de descuento, términos y condiciones de pago. Estrategias comerciales, y técnicas para el diseño y contenido o propuestas para licitaciones futuras, entre otras”.

Las empresas avícolas requeridas compartían constantemente información sobre su producción, con lo que la APA generaba las proyecciones futuras de demanda de carne de pollo. Luego, también se puede verificar con los correos electrónicos que la APA entregaba información desagregada con instrucciones para cada una de las empresas participantes de la asociación.

Finalmente, un tercer punto que atentaría contra la libre competencia según esta guía tiene relación con la participación en reuniones, por lo que la FNE recomienda “que no exista exclusión o discriminación en la participación de asociados.” Resulta que la industria del pollo en Chile, aparte de las requeridas, tiene como productores a Codipra y Santa Rosa, las que no participaban de este intercambio de información, lo que representa una sospecha importante de que este acuerdo podría tener un carácter colusivo, sobre todo al considerar que la participación conjunta de estas dos empresas excluidas es mínima.

En síntesis, la conducta de las empresas requeridas y de la asociación gremial resulta contraria a la libre competencia, situación que sin duda debía ser sancionada por el TDLC. Sin embargo, es la fundamentación del fallo la que amerita un análisis más crítico.

Para dictar su sentencia, el Tribunal se basó principalmente en la evidencia de la comunicación entre las partes, al analizar los diálogos vía fax y correo electrónico que se mantuvieron durante el período en el que se habría celebrado este acuerdo. Si bien este tipo de evidencia es bastante sugestiva, no resulta suficiente para esclarecer los reales efectos de dicho acuerdo, ni para fundamentar la correspondiente sanción. Para ello se requeriría un mayor análisis respecto del impacto que habría tenido el acuerdo en el mercado, tanto en los volúmenes vendidos como en los precios, y que permita dimensionar el daño causado. Para tal efecto, el análisis económico se vuelve imprescindible; y sin embargo, quedó relegado a un segundo plano en la resolución al caso.

Algunos de los temas que fueron analizados someramente y que, por tanto, ameritaban un tratamiento más profundo incluyen: la definición del mercado relevante; la desafiability del mercado;

el comportamiento seguido por los competidores; y los beneficios económicos obtenidos. A continuación se hará una breve referencia a cada uno de ellos, dada la importancia que tienen en el análisis de competencia.

3.1. Definición del mercado relevante

El mercado relevante definido por la FNE fue el de la “producción, comercialización y distribución mayorista de carne de pollo fresca en todo el territorio nacional”, es decir, dejó fuera todo tipo de otros productos cárnicos y también las importaciones de pollo. Las partes, en cambio, postularon a una definición distinta. De acuerdo a lo señalado por la APA,

“el error de apreciación de la FNE proviene del hecho de que la definición de mercado relevante que formula en el requerimiento no se ajusta a la realidad ni se condice con las definiciones metodológicas de común aceptación, en el sentido que: (i) restringe artificialmente el producto al pollo fresco, en circunstancias que debe incluir también el pollo congelado y otras carnes; y (ii) reduce artificialmente el territorio geográfico donde opera el mercado a los proveedores del mercado nacional, ignorando el carácter transable del producto, evidenciado por el volumen de exportaciones e importaciones”.

Las empresas requeridas, en tanto, coincidieron en definir el mercado relevante de manera más extensa. De acuerdo a Agrosuper, los mercados relevantes concernidos serán, al menos, los siguientes: pollo entero fresco y congelado; pechuga fresca y congelada; trutros frescos y congelados; alas frescas y congeladas; ADM¹² frescas y congeladas. La distinción por corte fue también destacada por Ariztía. Don Pollo, en tanto, insistió en la necesidad de incorporar tanto las importaciones como otros productos cárnicos que presenten suficiente elasticidad cruzada respecto del pollo.

La discusión anterior es, por cierto, fundamental, puesto que una definición más amplia del mercado relevante pondría en entredicho la posibilidad de ejercer conductas abusivas. Sin embargo, el TDLC no dio crédito a los argumentos presentados, señalando que cual-

¹² ADM es la sigla de ave desmenuzada mecánicamente, una pasta elaborada con materia prima de pollo.

quiera fuera la definición de mercado relevante se observaría una alta concentración en el mercado lo que les otorgaría poder suficiente a las requeridas para influir en el resultado del mercado. Este análisis es muy insuficiente, toda vez que la alta concentración no necesariamente constituye una amenaza a la libre competencia, a lo que se suma que el TDLC no realizó más que una revisión superficial de la evidencia presentada en esta materia, limitándose a señalar que “no parece haber evidencia suficiente en autos que acredite que las carnes de otros animales sean parte del mismo mercado relevante de la carne de pollo”¹³.

3.2. Desafiabilidad del mercado

La definición de mercado relevante incide directamente en la evaluación de la desafiabilidad del mercado. Un mercado es desafiante o contestable cuando existe la posibilidad que entren nuevos actores al mercado y puedan competir con las empresas incumbentes, para lo cual debe cumplirse que no existan barreras de entrada. En tal sentido, la presión que pudiera ejercer la importación de un producto sustituto resulta esencial para entender la dinámica competitiva de un mercado.

De acuerdo a lo señalado por la FNE, la carne de pollo importada no habría sido capaz de disciplinar el actuar coordinado de las requeridas, puesto que la sustitución entre el producto importado y el nacional “sería limitada”¹⁴. Esto se explicaría por el hecho de que el producto importado se comercializaría casi exclusivamente en formato congelado, mientras que los clientes preferirían el producto fresco.

Lo anterior sería, según revelan las partes, a lo menos cuestionable. La APA entregó evidencia de que los precios del pollo al por mayor están absolutamente correlacionados con los precios internacionales, es decir, estaría “arbitrado internacionalmente”, lo que fue corroborado por los antecedentes entregados por Agrosuper. Aristía, en tanto, señaló que el incremento en las importaciones de pollo congelado da cuenta de un aumento en la costumbre de consumidor por adquirir el producto congelado para aprovechar la diferen-

¹³ Considerando 16°.

¹⁴ Vistos 1.18.

cia de precio. Por último, Don Pollo destacó la ausencia de barreras de entrada y la apertura a las importaciones.

El TDLC, en cambio, determinó, que el precio mayorista del pollo congelado y el precio mayorista del pollo fresco se han determinado por procesos prácticamente independientes entre sí, lo que reflejaría, según señala el fallo, que al menos hasta la fecha de interposición del requerimiento, el pollo congelado importado no ejercía una presión competitiva suficiente sobre el precio mayorista del pollo fresco en Chile. Nuevamente, revela un análisis simplista del mercado y la ausencia de contraargumentación robusta frente a la evidencia presentada por las partes requeridas.

3.3. Comportamiento de los competidores

Las tres empresas requeridas presentaron informes económicos para evaluar si efectivamente siguieron las recomendaciones de la APA, concluyendo que no existe evidencia de coordinación entre las firmas ni seguimiento de las recomendaciones de la asociación gremial. Tanto Agrosuper como Ariztía analizaron la variabilidad de los indicadores MAD (Media de las desviaciones absolutas) y MAPE (Media de los errores porcentuales absolutos), la que habría sido muy alta, con lo que rechazaron un posible seguimiento de la sugerencia de ventas proporcionada por la APA. Por su parte, Don Pollo realizó un análisis simple de las desviaciones entre ventas y sugerencias de la APA, con lo que llegaron a la misma conclusión de Agrosuper y Ariztía.

La FNE refutó lo anterior argumentando que en dichos análisis, si en lugar de usar valor absoluto, se hubiesen usado los signos de cada desviación, se encontraría que en promedio sí hubo un seguimiento. Además, a pesar de que a nivel semanal se verían desvíos importantes, a nivel mensual las desviaciones se compensarían, indicando que hubo un seguimiento.

Para dilucidar el tema se disponía de una serie de informes económicos de connotados profesionales. En primer lugar, el informe encargado por Agrosuper a los señores Montero, Harrington y Gallego¹⁵, destinó la totalidad de su sexto capítulo para presentar tres

¹⁵ Análisis de la competencia en el mercado mayorista de carne de pollo en Chile, abril de 2013.

diferentes test –Evolución de las ventas bajo cumplimiento anual; Fijación dinámica de precios con fluctuaciones de demanda; y Reacción a shocks exógenos– para distinguir una conducta colusiva de una competitiva, aportando evidencia e investigaciones que le permitían rechazar la presencia de un acuerdo colusivo entre las partes acusadas.

Por otra parte, el estudio encargado por la FNE a los señores Díaz, Galetovic y Sanhueza, utilizó un modelo de variaciones conjeturales que permite, mediante un análisis de estática comparativa, recorrer el menú completo de posibles intensidades de la competencia, desde perfecta hasta monopolio. La hipótesis de este modelo indicaba que cuando las empresas compiten, el precio de equilibrio aumenta con los costos, cuando aumenta la demanda o cuando aumenta el precio de un sustituto. Los autores encuentran que en la práctica, el precio nominal del pollo permanece constante por varios meses y las condiciones para que el precio no varíe no se dan en el corto plazo, concluyendo que el comportamiento del precio del pollo sería inconsistente con empresas que compiten.

Habiendo estudios contradictorios, el TDLC en su sentencia reconoció no tener la información suficiente para acreditar formalmente la existencia de colusión, ni modelos que permitieran determinar con precisión el grado de seguimiento de las empresas requeridas respecto de las recomendaciones de la APA. Sin embargo, estimó que la evidencia de la comunicación entre las partes y el hecho de que no hubieran existido desvíos muy significativos con respecto a las sugerencias era suficiente, evitando realizar un análisis económico más acabado, como podría ser el test de indicadores de colusión o una evaluación más profunda de comparación de las sugerencias de la APA con las ventas reales en cada período. El fallo tampoco se hizo cargo de lo propuesto en este ámbito por los distintos informes económicos elaborados por cada una de las partes.

En concreto, el Tribunal señaló que:

“no se cuenta con evidencia inequívoca de seguimiento estricto a las sugerencias de producción de la APA por parte de las Empresas Avícolas Requeridas. (...) existen ciertos puntos que hacen que no sea evidente cómo las sugerencias de carga o producción (materia objeto del acuerdo) se habrían traducido en ventas en el mercado nacional (materia objeto del moni-

toreo). (...) no obstante aquello, (...) existe una correlación importante entre las sugerencias de la APA y las ventas de las Empresas Avícolas Requeridas, al menos a nivel mensual, lo que, a juicio de este Tribunal, es consistente con el cartel que ha resultado acreditado en autos”¹⁶.

Lo anterior, por cierto, no representa una explicación convincente, toda vez que un análisis riguroso debiera poder descartar que el comportamiento observado no pudo haberse dado también bajo condiciones de competencia. A mayor abundamiento, el Tribunal señala que, el “test de indicadores de colusión”¹⁷ permitiría analizar si el mercado funcionó como oligopolio (competencia) o efectivamente hubo un acto colusivo; sin embargo, indica que dicho análisis no es necesario dada la evidencia relativa a comunicaciones e interacciones entre las empresas avícolas requeridas.

3.4. Monitoreo y sanción

Toda práctica colusiva supone que existen mecanismos de control y sanción para asegurar el cumplimiento de lo acordado entre los involucrados. Lo anterior es condición necesaria, puesto que si bien a todos los partícipes de un acuerdo colusivo les conviene que este se mantenga en el tiempo, puede resultar rentable desviarse del mismo para incrementar las rentas (por ejemplo, aumentando las ventas propias para aprovechar el mayor precio resultante de la menor producción conjunta). Para evitar aquello, los acuerdos colusivos contemplan procesos de monitoreo, ya sea de volúmenes vendidos o precios, la fiscalización de la información entregada y sanciones para quienes se desvían de los acuerdos.

El TDLC se refiere a este tema en el fallo argumentando que la información entregada por las empresas requeridas a la APA serviría para monitorear el acuerdo. Sin embargo, revela también, en función de las comunicaciones reportadas, que no se habrían contemplado sanciones por desviaciones respecto de lo acordado. Lo anterior resulta a lo menos extraño siendo un aspecto indispensable

¹⁶ Considerando 280°.

¹⁷ Para realizar este test es necesario contar con una teoría que permita modelar cuál sería el comportamiento esperado de las compañías bajo colusión y en el caso de que no exista una coordinación. A partir de dicha teoría se podrían efectuar predicciones de conductas claras, las que luego se contrastarían con los datos empíricos para determinar si existió o no colusión.

para sostener un cartel, más cuando en este caso habría durado más de una década y media (de 1994 al 2010). Acreditar que existieron sugerencias de la APA para corregir las desviaciones entre los volúmenes vendidos y las respectivas asignaciones de cuotas (a través de ajustes de cargas u otras medidas), resulta por tanto insuficiente, pues no habría permitido evitar los incumplimientos respecto de lo acordado a menos que existiera algún tipo de sanción o amenaza frente a ello. El TDLC, sin embargo, no parece haber considerado de mayor relevancia este punto.

3.5. Beneficios económicos obtenidos

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para determinar las multas a aplicar en su sentencia, tomó en consideración el beneficio económico obtenido por las empresas avícolas requeridas como fruto del acuerdo anticompetitivo. A este respecto tanto la FNE, Agrosuper como Ariztía acompañaron informes que buscaban estimar cuál habría sido este desequilibrio con respecto a una situación de competencia.

El informe aportado por la Fiscalía, denominado “Estimación de los daños económicos generados por la colusión en la industria del pollo en Chile” de los señores Gómez-Lobo y Lima fue el estudio de referencia para el TDLC. Se disponía, sin embargo, de otros informes que contradecían no solo los resultados obtenidos sino que además cuestionaban la metodología del citado informe al poner en duda el esquema de competencia y las elasticidades precio utilizadas en la simulación. En particular, el trabajo de Daniel L. Rubinfeld, encargado por Ariztía, discrepó de dichos resultados al cuestionar muchos de los supuestos utilizados por Gómez-Lobos y Lima. Los principales puntos que el autor refutó son: (i) el modelo a la Cournot utilizado, el cual, según el autor, no calzaba con un mercado de pollo competitivo en Chile; y (ii) las elasticidades de la industria consideradas para realizar los cálculos, que sería mayores de lo apropiado.

El TDLC reconoce la falta de información y evidencia para estimar los efectos económicos, pero en el fallo señala:

“(...) este Tribunal está consciente de la dificultad de estimar qué habría sucedido en el mercado de productos de pollo en Chile en ausencia de colusión; o, dicho de otra forma, de la imposibilidad de crear un escenario contrafactual satisfactorio,

dado que no es posible conocer con certeza de qué manera las Empresas Avícolas Requeridas habrían competido en ausencia de colusión. (...) no obstante lo anterior, de tomarse como referencia la estimación del informe acompañado por la FNE a fojas 10.319 del cuaderno principal, el sobreprecio estimado por los autores es de un 14% (entre los años 2008 y 2010)”.

Es decir, aun cuando el TDLC reconoce la dificultad de estimar los beneficios obtenidos, opta por usar como referencia el trabajo encargado por la Fiscalía, sin hacerse cargo de las críticas al mismo. Lo anterior es particularmente relevante, considerando que las conclusiones del citado estudio fueron determinantes para establecer las multas del caso.

3.6. Calidad de la sentencia

La revisión de los aspectos económicos más importantes bajo los cuales se dictó la sentencia final del caso permite concluir que el análisis técnico-económico realizado por el TDLC fue insuficiente. Lo anterior parece sorprendente en virtud de los numerosos informes económicos adjuntados por las partes durante el proceso, contabilizando un total de 23 estudios. Estos aportaron antecedentes relevantes tanto a favor como en contra de las requeridas; sin embargo, los argumentos planteados no fueron considerados en el fallo del TDLC.

Mención especial merece el estudio realizado por Montero, Harrington y Gallego, uno de los pocos considerados en el fallo del TDLC. Este informe económico, encargado por Agrosuper, evaluó teórica y empíricamente la viabilidad y probabilidad de que un acuerdo colusivo pudiese ser llevado a cabo en el mercado mayorista de carne de pollo. El fallo se refiere a lo que el informe describe como factores que influyen en la viabilidad de sostener un acuerdo colusivo (y que se cumplirían en buena parte en el caso investigado)¹⁸, pero obvia las conclusiones a las que llega el estudio haciendo un uso selectivo de los antecedentes presentados. De hecho, los autores concluyen que los canales disponibles de comunicación e intercambio de información eran inadecuados para permitir

¹⁸ Estos factores incluyen la concentración del mercado, la asimetría entre empresas, la capacidad de respuesta de la oferta no cartelizada, la homogeneidad del producto, la capacidad ociosa, la estructura de la demanda y el tamaño de los compradores.

que las empresas se coordinaran para fijar precios y para monitorear su cumplimiento.

El resto de los trabajos realizados no solo no fueron analizados en el fallo, sino que el TDLC consideró innecesario ahondar en los aspectos económico, bastando la comprobación que hubo comunicaciones indebidas entre las empresas requeridas. En palabras del Tribunal: “el objetivo de este análisis no consiste en probar con argumentos económicos la existencia de colusión. (...) se ha presentado contundente prueba relativa a comunicaciones e interacciones entre las Empresas Avícolas Requeridas que dejan en evidencia la existencia de acuerdo entre ellas”¹⁹.

Es más, ante la ausencia de evidencia objetiva de afectación de precios, el fallo señala que “A este Tribunal le es suficiente contar con prueba económica que indique que las Empresas Avícolas Requeridas no se desviaron en forma importante de las sugerencias de la APA, sin ser necesario efectuar un análisis como el expuesto en la consideración anterior; análisis que habría sido necesario si no se contara con prueba directa del acuerdo”²⁰. Es decir, una vez probada la comunicación, le pareció irrelevante constatar el efecto que ella habría tenido en el mercado.

La ausencia de mayor fundamentación probablemente responda al hecho que el Artículo 3º del DL 211 establece como contrario a la libre competencia no solo cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sino además aquel que pudiera tender a producir esos efectos. El hecho que se sancione incluso aquellos actos que “tiendan a producir dichos efectos” le da la razón al TDLC en cuanto a que no requiere probar que hubo un impacto concreto en el mercado para sancionar a las empresas requeridas. De hecho, el fallo señala explícitamente que:

“basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la con-

¹⁹ Considerando 262°.

²⁰ Considerando 263°.

ducta colusiva. (...) la conducta colusiva para que se verifique no necesita desencadenar un resultado gravoso (...)”²¹.

No obstante lo anterior, el mismo artículo 3° del DL 211 establece que para constituir un ilícito de colusión, la práctica concertada entre competidores debe *conferir poder de mercado* a los competidores que participen de él²², imponiéndole al TDLC una exigencia probatoria importante. Es así como, de acuerdo a la ley vigente, el TDLC está obligado a realizar un completo análisis del mercado relevante y sus efectos anticompetitivos para poder sancionar lo que, como se ha señalado, no se materializó en el fallo.

Con todo, resulta a lo menos cuestionable que un tribunal, que en su composición cuenta no solo con abogados sino también con profesionales economistas, se abstenga de evaluar más profundamente las reales consecuencias que tendría la actuación sancionada en el mercado. Es precisamente la composición mixta del TDLC la que lleva a esperar una mayor fundamentación técnico-económica. El fallo, en cambio, deja en claro que no se intentó siquiera acreditar algún efecto, más allá de evidenciar la comunicación indebida entre las partes acusadas.

4. CONCLUSIONES

La sentencia del TDLC se ajusta a derecho, puesto que quedó acreditada la comunicación indebida entre las partes. Sin embargo, el fallo carece de un análisis técnico-económico sólido, puesto que descansa básicamente en las pruebas de comunicación sostenida entre las partes acusadas. La crítica, por tanto, no es al resultado del fallo, sino a su fundamentación. El TDLC cuenta con las herramientas y aptitudes necesarias para un análisis más profundo, pese a lo cual le restó importancia al razonamiento económico que debió estar presente en la evaluación del caso.

²¹ Considerando 226°.

²² El artículo 3° letra a) del DL211 señala que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

Los casos conocidos han generado –a buena hora– una mayor conciencia respecto de las prácticas anticompetitivas. Lo anterior tiene, sin embargo, un efecto indeseado, cual es que se espera que en el futuro los agentes actúen con mayor cautela al momento de efectuar conductas contrarias a la libre competencia, evitando dejar evidencia de comunicaciones entre las partes. Es previsible, por tanto, que en adelante estas conductas sean efectuadas con mayor precaución, sin dejar rastros probatorios. En este contexto, cabe preguntarnos ¿qué hubiese ocurrido si la FNE y el TDLC no hubiesen tenido acceso a los correos electrónicos que se enviaron entre las partes? ¿Qué validez tendría un fallo que desestimó un pertinente análisis económico? ¿Serán suficientes a futuro los argumentos presentados para acreditar un acto colusivo? Los desafíos para los órganos competentes serán mayores, puesto que el análisis y la fundamentación jugarán un rol cada vez de mayor relevancia.

Por último, cabe recordar que los fallos del TDLC no solo son importantes para sustentar las imputaciones y justificar las sanciones, sino además por las consecuencias que de ello se derivan. La inconsistencias de la legislación actual han permitido la persecución penal de los involucrados –tal como se ha constatado en el denominado caso Farmacias– pese a que en Chile se despenalizaron los delitos contra la libre competencia en el pasado. A ello se suma una actuación creciente de asociaciones de consumidores, que ante resolución del TDLC demandan compensaciones para los clientes, aun sin que se haya acreditado la existencia ni magnitud del daño. De este modo, el precedente que deja el fallo del TDLC es clave para los procesos que se gatillan con posterioridad a su resolución. No es lo mismo verificar una comunicación –por indebida que sea– que demostrar que se causó un perjuicio al mercado y a los consumidores.