

IMPACTO EN LAS COLUSIÓN DE LOS CONSUMIDORES

DOCUMENTO BASE

2016

**Karina Cárcamo Carrasco
Emilio Carabantes Rios**

INDICE

- Introducción	4
- La historia de la colusión en Chile	4 - 6
- Modificación decreto con Fuerza de Ley N°211	6
- La nueva ley que modifica el ilícito de la colusión	6 - 7
- Control obligatorio y preventivo de operaciones de concentración	7 - 8
- Participaciones cruzadas e interlocking	8
- Aumento de los montos de las multas	8
- Nuevas facultades de la FNE	8 - 9
- Indemnización de perjuicios y acciones para la protección del interés colectivo o difuso	9
- Sanciones para quienes la investigan FNE	9
- Dedicación exclusiva e incompatibilidades Ministro TDLC	9 - 10
- Reseña caso Colusión en Chile	10
- Caso colusión farmacias	10 - 11
- Caso colusión Pollos	12 - 13
- Caso colusión papeles higiénicos	13 - 15

“LA COLUSIÓN Y LOS CONSUMIDORES: UN CAMBIO IMPRESCINDIBLE EN LA CULTURA ECONOMICA CHILENA”

- *“Son escasas las ocasiones en que se reúnen personas que trabajan en una misma industria, incluso cuando el motivo es de entretenimiento y diversión, sin que la conversación termine en una conspiración contra el público, o en algún mecanismo para subir los precios. . . . Pero aunque la ley no pueda impedir que personas en una misma industria se junten en ocasiones, no debería hacer nada para favorecer estas reuniones, menos aún establecer leyes que las hagan necesarias.*

(A. Smith).

INTRODUCCIÓN

Tanto jurídica como económicamente, la colusión entre firmas es entendida como una de las prácticas más dañinas para la libre competencia, afectando negativamente el bienestar social e introduciendo barreras que aumentan el poder de mercado de las firmas participantes.

La colusión, es un acto de trabajar con otros productores en un esfuerzo conjunto por limitar la competencia y aumentar las ganancias del grupo, fijar precios y la cantidad del producto.

En economía se denomina al acuerdo en que dos o más empresas del mismo sector, cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Este tipo de acuerdos es que cada una de las empresas participantes en la colusión tome control de una determinada porción del mercado en el que operan y actuar de manera monopolística, impidiendo a otras empresas entrar al mercado

Los carteles suelen estar encaminados a desarrollar un control sobre la producción y la distribución de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, obtiene un poder sobre el mercado en el cual obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. Por ello, las consecuencias para estos son las mismas que con un monopolista. La diferencia radica en que los beneficios totales (que los máximos posibles de conseguir en el mercado) son repartidos entre los productores. Sus principales actividades se centran en fijar los precios, limitar la oferta disponible, dividir el mercado y compartir los beneficios. En la actualidad, el término se suele aplicar a los acuerdos que regulan la competencia en el comercio internacional.

LA HISTORIA DE LA COLUSIÓN EN CHILE

El primer caso de colusión registrado en el país en 1962, esa vez se ordeno la disolución de una asociación de panaderos y se sancionó a esta industria por acordar

un precio con el objetivo de beneficiar a 261 panaderías de las 321 que operaban en Santiago.

El historiador Patricio Bernedo, señala, la idea de ponerse de acuerdo estuvo presente permanentemente en distintas industrias, aunque los sectores que más se coludieron en los inicios fueron los vinculados al rubro alimenticio: asociaciones de panaderos, carniceros, donde se repartieron cuotas de producción para así subir los precios tanto en Santiago como en Concepción y los molineros.

Sin embargo, entender la colusión como un delito pasa a tomar fuerza a fines de 1973, cuando se promulgó el Decreto Ley 211 de Defensa de la Libre Competencia, que creó la Fiscalía Nacional Económica y las Comisiones Antimonopolios. En ese contexto se comenzó a enseñar a los empresarios que el ponerse de acuerdo en los precios era ilegal y que incluso podían ir a la cárcel.

La historia de la colusión en Chile, posee una vasta trayectoria y una serie de negociaciones que quizás nunca sabremos por completo, puesto que la justicia ha logrado imponer superficialmente “penas compensatorias para los consumidores afectados” y medidas cautelares no privativas de libertad, para los ejecutivos involucrados, sembrando un clima de impunidad y frustración generalizada, por parte de la ciudadanía. Lo más dramático de esta situación es que al parecer, el modelo económico neoliberal facilitaría que las grandes empresas cometan concertadamente este tipo de delitos, puesto que las multas involucradas, son inverosímiles frente a las ganancias obtenidas.

Fue en 2003 bajo el gobierno de Ricardo Lagos, en plena reforma procesal penal y recién conocido el caso Coimas que derivó en el caso MOP-Gate -escándalos de cohecho y corrupción-, cuando el delito de colusión fue derogado. Algo que años más tarde abriría una caja de Pandora para que ciertas empresas actuaran de manera monopólica y concentraran el dominio del mercado. Así pasó con el bullado caso Farmacias, en el que las cadenas Cruz Verde, Salcobrand y Ahumada -que controlan el 90% del mercado- fueron acusadas de subir los precios de sus medicamentos.

Los casos más importantes que han debido enfrentar nuestra legislación Chilena en los últimos años, tanto por su complejidad económica, jurídica y por su importancia

mediática son, caso de colusión en precios de las tres cadenas **farmacéuticas** más importantes, farmacia Ahumada(Fasa), Cruz Verde y Salcobrand (2008). “**Caso pollos** “donde Ariztia, Agrosuper y Don pollo (2011) organizaron su producción y se asignaron cuotas de mercado. “**Caso Navieras**” (2012), en que la compañía Sudamericana de valores (CSAV) y la compañía Chilena de navegación Interoceánica (CCNI) son investigados por los gobiernos de EEUU y Canada, al fijar concretamente precios y tarifas en transporte de vehiculo. “**Caso cartel de papel Confort**” (2015) en que CMPC Tissue y SCA son denunciados por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), por la colusión de más de 10 años, en la fijación de precios y cuoteos de mercado en la venta del papel Tissue “**Caso Supermercado**” (2016) en que las empresas Cencosud, SMU y Walmart, son denunciados por la colusión en la fijación de precios y venta de pollos.

MODIFICACION DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 211

El Decreto con Fuerza de Ley N° 211, fue modificado el 30 de agosto de 2016, mediante la ley N° 20.945.

Las principales modificaciones fueron:

1).- La Nueva Ley modifica el ilícito de colusión, introduciendo el estándar per se para sancionar carteles duros, bastando sólo acreditar la existencia del acuerdo, con independencia del poder de mercado de sus partícipes y de los efectos anticompetitivos.

- **Criminalización de la colusión**, castigando con penas de presidio entre tres años y un día y 10 años. Si llegasen a proceder penas sustitutivas, sólo será posible solicitarlas una vez que el condenado haya cumplido un año de cárcel efectiva.

Sanciones adicionales para la colusión:

(i) Inhabilidad absoluta temporal entre siete años y un día y 10 años para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, de una empresa del Estado o en el que tenga participación o el de una asociación gremial o profesional; y

(ii) Prohibición de contratar a cualquier título con los órganos del Estado, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años.

En cuanto a la delación compensada,

La Nueva Ley introdujo la exención de responsabilidad penal por delito de colusión a aquellas personas que primero hayan aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”). A quienes aporten información de manera posterior, se les rebajará en un grado la pena, y podrán acceder a penas sustitutivas sin necesidad de cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad por un año.

2).- Control obligatorio y preventivo de operaciones de concentración:

Las operaciones de concentración se pueden concretar mediante fusión, adquisición de derechos que permitan en forma individual o conjunta influir decisivamente en la administración de otro, asociación bajo cualquier modalidad o adquisición del control sobre los activos de otro a cualquier título.

En estos casos, se deberá notificar a la FNE las operaciones de concentración en las que: **(i)** la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que se pretenden concentrar sean iguales o superiores al umbral fijado por la FNE, y

(ii) las ventas que, por separado, hayan generado en Chile al menos dos de los agentes económicos que se pretenden concentrar sean iguales o superiores al umbral fijado por la FNE. Una vez notificada la operación, no se podrá perfeccionar sino hasta que sea aprobada por la FNE o por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) en su oportunidad.

La FNE cuenta con un plazo de 30 días para evaluar la operación, plazo en el cual deberá adoptar una de las siguientes decisiones:

i).- Aprobar la operación pura y simplemente

ii).- Aprobar la operación a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante;

iii).- Extender la investigación hasta por 90 días para recabar más antecedentes. Si la FNE no responde dentro de plazo, se entenderá que aprueba la operación. En caso que la FNE decida extender la investigación, puede, **(i)** aprobar la operación pura y

simplemente; **(ii)** aprobar la operación a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante; o **(iii)** prohibir la operación notificada.

Finalmente, se podrá deducir un recurso de revisión especial en el TDLC en caso de que la FNE prohíba la operación, para lo cual el interesado tendrá un plazo de 10 días desde la notificación de la resolución.

3.- Participaciones cruzadas e interlocking:

La Nueva Ley agrega como nueva conducta anticompetitiva la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí (interlocking), siempre que el grupo empresarial tenga ingresos anuales que excedan las UF 100.000 en el último año calendario y, transcurridos 90 días corridos contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.

Asimismo, la Nueva Ley incorpora la obligación de notificar a la FNE, dentro del plazo de 60 días, sobre la adquisición directa o indirecta en más de un 10% del capital de una empresa competidora; en el caso en que tanto empresa adquirente como adquirida tengan, por separado, ingresos anuales por ventas que excedan las UF 100.000 en el último año calendario.

4.- Aumento de los montos de las multas:

Las multas aplicadas por el TDLC corresponderán al 30% de las ventas del infractor correspondiente a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el que se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. Si no se puede determinar las ventas ni el beneficio económico, el TDLC podrá aplicar multas de hasta 60.000 UTA.

Para efectos determinar la multa, se considerarán: (i) beneficio económico que se hubiera obtenido con motivo de la infracción, (ii) gravedad de la conducta, (iii) efecto disuasivo, (iv) calidad de reincidente (haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años), (v) capacidad económica del infractor, y (vi) colaboración que el infractor haya prestado a la FNE antes o durante la investigación.

5).- Nuevas facultades de la FNE:

La Nueva Ley confiere a la FNE las siguientes facultades: (i) Interponer querellas criminales; (ii) fijar umbrales y recibir notificaciones; (iii) realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados; (iv) efectuar recomendaciones de modificación normativa; y (v) velar por el cumplimiento de resoluciones.

6).- Indemnización de perjuicios y acciones para la protección del interés colectivo o difuso

La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el TDLC de una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá interponerse ante el mismo TDLC. Asimismo, podrá tramitarse de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores para las acciones colectivas ante el TDLC, y con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo.

La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.

7).- Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE:

Los que entorpezcan investigaciones de la FNE se encontrarán sometidos a pena de prisión en caso de ocultamiento de información o proporción de información falsa en el contexto de una investigación, y multas en caso de que los investigados injustificadamente no respondan o respondan parcialmente a las solicitudes de información.

8).- Dedicación exclusiva e incompatibilidades Ministros del TDLC Los Ministros del TDLC deberán tener dedicación exclusiva, con excepción de los cargos docentes, en los cuales podrán trabajar hasta 12 horas semanales. En cuanto a los Ministros Suplentes, su cargo será incompatible con la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación con la libre competencia.

El Presidente de Conadecus ha propuesto que es necesario incorporar en la ley de defensa del consumidor y en las demandas colectivas las infracciones a la libre competencia, incluyendo la colusión que actualmente no están contempladas. En los casos que sea difícil determinar el monto del daño causado a cada consumidor, típico

en casos de interés difuso, sea un juez el que determine el monto del daño causado al conjunto de los afectados y la forma de compensar a cada consumidor individualmente. Resulta también indispensable modificar nuestra legislación para que las multas por este tipo de infracciones, que hoy van en beneficio del estado, puedan ir al fortalecimiento de las Asociaciones de Consumidores.

RESEÑA CASOS DE COLUSIÓN EN CHILE:

Caso Colusión Farmacias

Hasta 1992 farmacias Ahumada (FASA) y Cruz Verde, que ya eran las mayores del país, se habían mantenido sin competir directamente. Ahumada centraba sus locales en Santiago, Cruz Verde en la Quinta Región., luego Fasa expandió su territorio hacia la Quinta Región y Cruz Verde en Santiago , bajando bruscamente los precios los precios de sus medicamentos, comenzando una guerra de precios a la que también se sumaron Farmacias Salco y Farmacia Brand (ante de fusionarse). Estas farmacias se coludieron en sus precios.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en 1995, tras una investigación dictamino multas por colusión a las farmacias implicadas debiendo pagar Fasa, Recalcine, Salco y Brand, 2000 UTM (aprox. 40 millones), mientras que Cruz Verde pago la mitad, pues esta confeso.

Durante 2006 y parte de 2007 las tres cadenas implicadas sostuvieron otra guerra de precios, acompañado por un fuerte gasto publicitario. La guerra se centraba en productos farmacéuticos de la categoría productos éticos (Los vendidos por una receta médica). En agosto 2007 Cruz Verde lanzó una campaña publicitaria que incluía una lista donde comparaban los precios de 685 productos de alta rotación en su cadena y Fasa lo que trajo una fuerte caída en las ganancias, lo que esta demando a Cruz Verde por competencia desleal exigiéndole el fin de la campaña y US \$ 15 millones como compensación.

En mayo 2008, el Ministerio de salud denunció públicamente que había detectado un acuerdo entre algunas cadenas de farmacias, para subir de manera simultánea los precios de los medicamentos, sobre todo antes de los periodos de mayor consumo.

En el mismo mes la Central Nacional de Abastecimiento, encargada de comprar medicamentos para la salud pública, entregó una lista de precios medicamentos invernales.

En marzo de 2009, el caso terminó para Farmacias Ahumada. La firma llegó a un acuerdo conciliatorio con la FNE a través de la delación compensada, en que admitió los hechos y se comprometió a entregar información, recibiendo una multa de US\$1 millón. Para muchos, este acuerdo impulsó la aprobación de la delación compensada en Chile.

En el año 2013 el Sernac interpuso una demanda colectiva en contra de las farmacias, con el propósito que las compañías compensen a los consumidores que se vieron dañados por la colusión. La gravedad de los hechos fue señalada por la Corte Suprema en su fallo, porque la gran mayoría de los medicamentos cuyos precios **fueron alzados artificialmente son aquellos** denominados como “éticos”, **esto es, que requieren prescripción médica. Además, se trató de medicamentos utilizados para tratar enfermedades tales como la** esquizofrenia, trastornos bipolares, osteoporosis, alzheimer, depresión, asma, hipertensión e insuficiencia cardíaca, **entre otros.**

“no se puede aceptar que las empresas lucren a costo de miles de afectados, enriqueciéndose ilícitamente, y que los afectados no reciban ningún tipo de compensación”. Las multas que pagaron las farmacias por orden del Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) y de la Corte Suprema fueron a beneficio fiscal, por lo que ahora toca que se compense a quienes sufrieron los daños.

Caso Colusión de los Pollos

.A fines de 2011, la FNE acusó a Agrosuper, Ariztía y Don Pollo ante el TDLC por haber integrado un cartel que controló las cuotas de producción de carne de pollo en el país al menos durante diez años.

En su investigación, la Fiscalía determinó que el cartel se sustentaba en un intercambio permanente de información sensible, estratégica y detallada del negocio entre las tres empresas, al alero de la APA, gremio que también se encargaba de monitorear el funcionamiento del acuerdo.

Como “tercero coadyuvante” fue declarada la Corporación Nacional de Usuarios y Consumidores (Conadecus), ante la investigación que realiza el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) por el caso de la colusión de las cadenas de supermercados en los precios de los pollos frescos.

Conadecus se hace parte del proceso, lo que implicó **participar de los alegatos, tener conocimiento de todo el proceso**

En octubre del año pasado se confirmaron las multas en contra de las empresas Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, las que suman en total cerca de **60 millones de dólares**, y eso ocurrió después de que fuesen condenadas por el **Tribunal de la Libre Competencia**

Esta es la primera vez que la justicia aplica la multa máxima de 30 mil UTA contemplada el DL 211 para casos de carteles y que ordena a una asociación gremial pagar una multa y disolverse.

En Noviembre de 2015, en el 10° Juzgado Civil de Santiago la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS) presentó una millonaria demanda Colectiva por colusión en el caso llamado cartel de los pollos, en contra de las productoras de pollos Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada, para que las empresas compensen adecuadamente a todos los consumidores que se vieron afectados por sus prácticas colusorias por un total de

US\$ 1.200 millones y ocurre luego del fallo de la Corte Suprema que confirmó colusión en la industria de los pollos.

La demanda de Conadecus dice que “en consideración las participaciones de mercado de las demandadas, del perjuicio total de \$ 830.003.000.000 (ochocientos treinta mil tres millones), a Agrosuper le correspondería indemnizar \$ 502.630 millones (un 60,6%), a Ariztía \$ 255.071 millones (un 30,7%) y a Don Pollo \$ 72.301 millones (un 8,7%), sin perjuicio de lo que S.S. determine a este respecto. (unos mil doscientos millones de dólares)”.

“La autoridad explicó que en el último tiempo hemos presenciado prácticas colusorias que han afectado gravemente a los consumidores, como fue el caso de las farmacias y los buses, acciones que han motivado sendas demandas colectivas por parte del SERNAC, por lo que ahora no será la excepción. Esto, porque es parte de un principio rector del accionar del SERNAC, defender el derecho a la compensación en todos los casos en que los consumidores se ven afectados por acciones que se escapan al marco legal existente.”

Caso Colusión Papel Higiénico:

En octubre del 2015, las dos empresas más grandes del mercado del papel higiénico en Chile, CMPC y SCA (ex PISA), fueron denunciadas por colusión, por parte de la Fiscalía Nacional Económica.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, acusa a las firmas de crear y participar de un cartel para asignarse cuotas de mercado y fijar precios, entre el año 2000 y diciembre de 2011, más de diez años.

Las marcas involucradas por parte de CMPC son: Confort, Elite, Nova, Noble y Orquídea.

Mientras que la empresa SCA son: Favorita y Magiklin.

Los ejecutivos de las compañías que representan el 90% del mercado, evitaron traspasar información en formato digital o vía e-mail, usando documentos impresos y correos personales.

A fines de noviembre de 2015 se efectuó la primera reunión entre el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) y CMPC, y Conadecus en el marco de la mediación colectiva que acordaron realizar las partes y que desde esa fecha busca compensaciones para todos los consumidores que se vieron afectados por la colusión del papel higiénico. El cartel habría durado desde 2000 a 2011 y participó también SCA Chile, según denunció la Fiscalía Nacional Económica en octubre pasado.

El 19 de noviembre de 2015, Conadecus presentó demanda colectiva

El fundamento de la demanda se basa en el hecho de que se ha perjudicado a los consumidores en el precio de los productos, todos los consumidores chilenos han debido pagar un mayor precio", no hay que esperar un fallo ejecutoriado para pedir indemnizaciones –como ocurrió en el caso Farmacias– porque tanto CMPC como SCA ya confesaron haberse coludido.

El daño que ocasionó a los consumidores finales el cartel del papel *tissue* entre CMPC y SCA habría alcanzado, entre 2000 y 2011, un perjuicio de US\$510 millones, de acuerdo al primero de dos informes que el estudio Bravo Abogados incluyó como parte de la demanda.

Según el informe elaborado por Andrea Alvarado, ex economista de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), los US\$510 millones, de los cuales US\$445 millones corresponden a CMPC Tissue y otros US\$65 millones a SCA Chile, se obtuvieron del modelo europeo de cálculo de compensaciones, al analizar cerca de 130 casos de colusión. Se estudiaron cifras históricas de los sobrepuestos cobrados por empresas coludidas, que tienen un sobrepuesto promedio de 20% sobre el precio si hubiese existido un ambiente competitivo".

Además, se adjuntó un segundo estudio, del economista –también ex FNE– Gonzalo Escobar. Este hace un análisis en base al modelo de “líder seguidor” con una demanda inelástica. Con dicho esquema sin colusión, el margen sobre costos es de 10,4%. Al llevarlo al supuesto de un mercado coludido, dicho margen se altera hasta un 25%. Por lo tanto, el promedio de sobrecosto en el caso del papel *tissue* fue de 15%. De ahí que el cálculo de Escobar estima en US\$465 millones el daño a los consumidores, los que se dividen en US\$405 millones de CMPC y US\$ 60 millones de SCA.

"En el curso del proceso es que se determinará, sobre la base de todos estos antecedentes, la cifra exacta a compensar a los consumidores", sostuvo el también abogado de Conadecus, Mario Bravo.

Según los informes de los expertos, CMPC debería pagar entre 405 millones y 445 millones de dólares en compensaciones, mientras que la unidad de la gigante sueca de la celulosa tendría que devolver entre 60 millones y 65 millones de dólares a sus clientes.

Cabe destacar que una vez que los tribunales determinen el monto de la compensación y el modo en que ésta se entregue, ésta favorecerá a todos los chilenos, por lo cual no es necesario hacerse parte de esta demanda.

Hace un año que se formó una mesa de trabajo para resolver la compensación a los clientes afectados por la colusión del papel higiénico. En efecto, ahora se espera que a principios del 2017 se den a conocer los principales acuerdos entre las empresas y las organizaciones de consumidores.

Todavía no se llega a acuerdos en las negociaciones entre el representante de las empresas CMPC, el (Sernac), **la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus)**. Las entidades han mantenido diálogos semanales para determinar los montos y buscar la forma de compensación a los clientes perjudicados por el caso de colusión del papel *tissue*.