

# Acuerdos Colusorios: Consideraciones del “Caso de los Pollos”

**Se trata de un caso de la mayor importancia para la institucionalidad de libre competencia de nuestro país, donde están en juego aspectos tan relevantes como el determinar correctamente la existencia de conductas contrarias a la libre competencia, la compleja coordinación entre la legislación de libre competencia con frondosas regulaciones sectoriales, la autonomía con la que la FNE debe cumplir su labor y la forma en que se están utilizando las nuevas herramientas entregadas por la reforma de 2009.**

Recientemente, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) contra las tres principales productoras de pollo del país -Agrosuper, Ariztía y Don Pollo- por supuesta colusión para limitar la producción. A su vez, se les acusó de haberse asignado cuotas en el mercado del pollo, acuerdo que habría sido facilitado por la asociación gremial que los agrupa (Asociación de Productores Avícolas de Chile, APA). Según señala el requerimiento, las firmas habrían estado acordando en los últimos 10 años los niveles de producción para cada ejercicio y habrían podido monitorear su comportamiento con la información que enviaban a la asociación semanalmente. La FNE solicitó, por tanto, la máxima multa para cada empresa, equivalente a 30 mil UTA (US\$ 26 millones) y 20 mil UTA para la APA (US\$18 millones)<sup>1</sup>.

## **Concentración y comportamiento anticompetitivo**

El mercado de pollos en Chile es un mercado altamente concentrado, donde las empresas requeridas acumulan algo más del 90% de la participación de mercado. Lo anterior, sin embargo, no es una excepción respecto de otras industrias del país, pues siendo Chile un mercado relativamente pequeño tiende necesariamente a desarrollar sectores con mayores niveles de concentración. Esto

### En esta edición:

Acuerdos Colusorios:  
Consideraciones del  
“Caso de los Pollos”

1990-2010: Análisis de las  
Políticas Culturales en Chile

responde, en general, a que en un mercado reducido sólo una cantidad acotada de empresas puede alcanzar una escala de producción suficiente, más aún cuando existen restricciones (como, por ejemplo, las exigencias sanitarias) que dificultan o encarecen la operación a menor escala.

La mayor concentración, en todo caso, no es mala *per se*. En efecto, la búsqueda de mayores eficiencias no sólo genera mayor concentración de la propiedad, sino también mayores y mejores oportunidades de trabajo, menores precios y mejoras en la calidad de los productos y servicios, todo lo cual redundaría en un consecuente beneficio para todos los consumidores. No hay que olvidar que al país le interesa principalmente producir más a menores costos para que todos tengan mayor acceso a los beneficios derivados del crecimiento económico. En definitiva, lo que importa es el bienestar de la sociedad y los procesos de concentración muchas veces llevan a aumentarlo. El caso de los supermercados, por ejemplo, y también el del *retail*, son procesos de concentración que han redundado en importantes rebajas de precios en los alimentos y vestuario para amplios sectores de la población.

Una alta concentración de mercado es, por tanto, perfectamente compatible con un sistema competitivo, sobre todo cuando la concentración deriva de mejoras de eficiencia<sup>2</sup>. Sin embargo, hay también otras razones o comportamientos que conducen a una mayor concentración de la propiedad y cuyo efecto podría ser anticompetitivo. En este sentido, un mercado con características oligopólicas (con pocos competidores) puede presentar comportamientos muy dispares, que van desde la férrea competencia hasta la coordinación de sus acciones.

Los acuerdos colusivos representan, de hecho, uno de los mayores atentados a la libre competencia, toda vez que tienden a afectar a otros competidores actuales y potenciales y, por ende, al consumidor final. Estos acuerdos suelen tener por finalidad reducir la producción y elevar los precios, excluir competidores y/o repartirse cuotas de mercado. Sin embargo, probar la existencia de acuerdos colusorios no es tarea fácil. En particular, no basta con constatar que existen comportamientos similares entre los actores de una industria (como la fijación de precios uniformes), por cuanto en un mercado oligopólico necesariamente el comportamiento de cada uno está condicionado al accionar de sus competidores, lo que conlleva que sus decisiones y el paralelismo en su accionar puede perfectamente responder a una intensa competencia entre ellos.

Para probar la existencia de un acuerdo colusivo se requiere demostrar que ha habido un accionar racional por parte de las empresas involucradas, vale decir, que a través de un comportamiento coordinado cada involucrado haya podido aumentar los beneficios más allá de lo que se habría logrado en base a una decisión individual. Adicionalmente, se

necesita constatar que los costos involucrados para lograr la materialización de dicho acuerdo (coordinación, monitoreo y proceso sancionatorio ante desvíos del acuerdo) superan los beneficios alcanzables. En síntesis, se deben sopesar los beneficios y costos de un eventual acuerdo colusivo para probar que realmente las empresas involucradas hayan tenido los incentivos suficientes para llevar a cabo dicha acción, algo que no siempre resulta fácil de realizar.

Es, por tanto, necesario contar con una buena legislación que permita el debido resguardo de la competencia y garantizar las atribuciones suficientes de los entes fiscalizadores y sancionadores para actuar acorde a las circunstancias, pues ello permite garantizar que el equilibrio alcanzado en un mercado, aún con pocos actores, sea el óptimo del punto de vista social<sup>3</sup>.

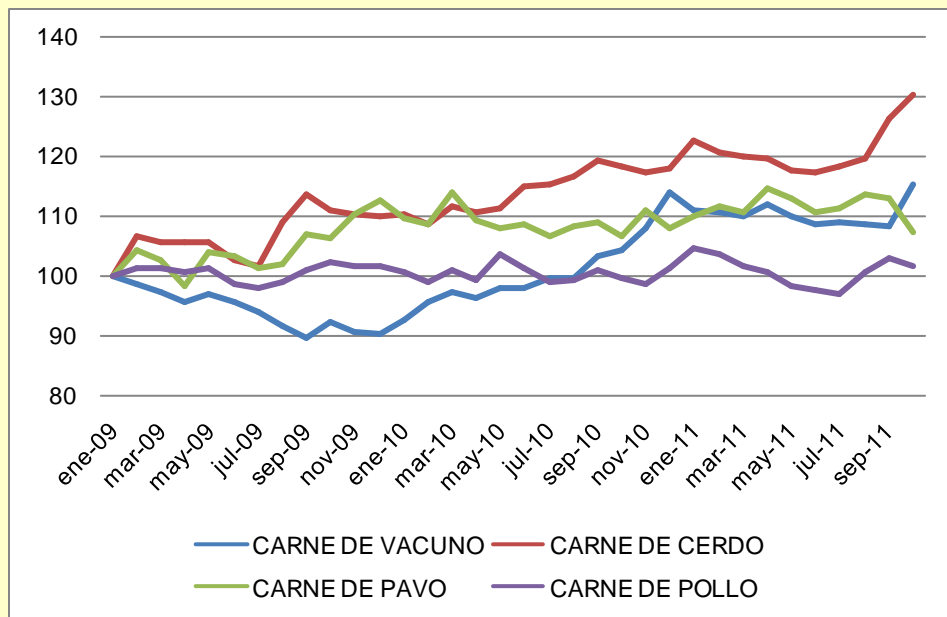
## El mercado de los pollos

La acusación por supuesto acuerdo colusorio en el mercado de los pollos ha causado gran revuelo. Se trata no sólo de una industria altamente concentrada, sino además de un producto de fuerte consumo en Chile, dado que representa la opción más barata entre los distintos tipos de carne. De acuerdo a las estadísticas que utiliza el INE para el cálculo del IPC, el consumo de carne de pollo pondera 0,89% en la canasta de consumo, lo que se compara con 1,89% del consumo de carne de vacuno; 0,34% de la carne de cerdo y 0,07% de la carne de pavo. De acuerdo también a la información del INE, el precio de estos productos ha subido en porcentajes dispares a lo largo de los últimos 3 años: en términos reales, la carne de pollo en 2% acumulado, mientras la de cerdo lo ha hecho en 30%.

De la mera información sobre la evolución de los precios no parece desprenderse la existencia de un acuerdo colusivo que pretendiera aumentar los beneficios obtenidos por las empresas partícipes. Sin embargo, el Fiscal Nacional Económico ha señalado explícitamente que la acusación que recae sobre las productoras de pollo no se refiere directamente a un acuerdo de precios, sino a la cartelización para determinar cantidades y asignaciones de cuota. Este ilícito está contemplado en el Art. 3º letra a) del DL 211 que considera 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 licitatorios.

Gráfico Nº 1

## EVOLUCIÓN PRECIOS EN CANASTA IPC (BASE ENE-09=100)



Fuente: INE.

En consecuencia, independiente de los daños que pudiera acreditarse como consecuencia de este accionar –efectos indirectos en el precio final a consumidores u obstáculos a la entrada o mantención de nuevos competidores–, de confirmarse los hechos de los que se acusa a estas empresas, se habría cometido un ilícito grave, que debe ser penado con todo el rigor de la ley. De todos modos, no es conveniente adelantar juicios, toda vez que –por el momento– se trata aún de un requerimiento de un órgano investigador, no de una sentencia definitiva emanada de un órgano resolutivo, como el TDLC (o eventualmente la Corte Suprema), quien determinará en definitiva de conformidad a las pruebas y argumentos presentadas la efectividad del requerimiento presentado por la Fiscalía.

### Algunas consideraciones que emanan del caso

El requerimiento de la FNE contra los productores de pollo ha tenido repercusiones en el mundo político y en la opinión pública, lo que amerita adelantar algunos comentarios generales al respecto.

Primero, cabe señalar que la importancia que adquiere el que exista una política de apertura de mercado en todos los sectores para un mejor resguardo de la libre competencia. En efecto, cuando los mercados son más abiertos y, por tanto, permiten la libre importación de productos, se elimina buena parte de los riesgos de colusión. Esto, porque resulta

imposible lograr beneficios sin que ello atraiga a nuevos competidores, ya sea dentro del país o desde fuera. En este contexto, el referido análisis de costo-beneficio que justificaría un acuerdo colusivo termina por derribar todo incentivo para una cooperación que, por lo demás, tiene el riesgo de ser investigado y denunciado por la FNE, por otros actores o por los propios partícipes del acuerdo, bajo el esquema de la delación compensada.

En línea con lo anterior, resulta de suma importancia el remover todo tipo de barreras de entrada para permitir que los mercados sean disputables. Esto incluye algunas regulaciones y restricciones que pueden hacer más difícil la competencia y que, por tanto, reducen la presión sobre las empresas incumbentes para comportarse adecuadamente. En el caso particular de los pollos, es posible que restricciones sanitarias demasiado exigentes actuaran en esta dirección, puesto que elevan el tamaño mínimo de operación para empresas dentro del país y, a su vez, restringen la capacidad de competir desde el exterior con productos frescos.

Segundo, ha sido importante la actuación que ha tenido en este caso la FNE. En particular, a partir de las modificaciones dispuestas por la Ley N° 20.361 del año 2009, que otorga nuevas atribuciones a la FNE en relación con las investigaciones que efectúa sobre carteles, acuerdos y prácticas concertadas o colusorias, la FNE pudo desarrollar eficientemente la investigación y realizar una denuncia fundada ante el TDLC. Cabe señalar que posterior a la modificación de la ley, la FNE creó formalmente una Unidad Anti-Carteles al interior de la institución, la que se encarga de liderar las labores de investigación de carteles y demás materias afines. En este sentido, resulta importante destacar que la legislación vigente ha permitido un accionar oportuno y que la institucionalidad actual permite abordar temas de tanta relevancia como la colusión de manera efectiva. En este sentido, es importante no interferir en el accionar de las instituciones y dejar que éstas funcionen.

Desde ese punto de vista no aparece suficientemente fundamentada la creación de una comisión presidencial para reformar nuestra legislación antimonopolios, pues podría interpretarse como que estaríamos ante una legislación deficiente. Como lo han señalado diversos especialistas, la reforma de 2009 ha sido plenamente utilizada en este caso, y lo que se requiere es permitir que la nueva institucionalidad sea implementada en casos concretos.

Por otra parte, no hay que perder de vista que si bien la FNE es una institución respetada por la autonomía con la que conduce su labor; ello no deriva de su diseño institucional –al igual que el resto de los órganos públicos regulatorios y de fiscalización– que, como sabemos, es potencialmente permeable a la instrumentalización política por parte del

Gobierno. Un solo parámetro: si analizamos el sistema de nombramiento y remoción del Fiscal Nacional Económico estamos bastante lejos de las garantías que se entregan en el derecho comparado. En efecto, en Chile no se puede hablar con propiedad de que existen agencias reguladores independientes, lo que es válido para la FNE, como también respecto de nuestro modelo de Superintendencias o la Dirección del Trabajo.

Tercero, parece fundamental avanzar hacia un mayor conocimiento o socialización de las leyes antimonopolio, puesto que no parece improbable que muchos de los ilícitos cometidos respondan a desconocimiento por parte de los ejecutivos de las empresas. Es por ello necesario avanzar, desde el sector privado, en la capacitación de funcionarios y programas de *compliance* que permitan difundir y supervisar comportamientos en material de libre competencia. Desde la perspectiva del sector público, iniciativas como la Guía “Asociaciones Gremiales y Libre Competencia” que publicó la FNE, más allá de los contenidos específicos que aborda, pueden contribuir a la difusión e información respecto de las conductas que, al alero de las asociaciones gremiales, pudieran estar reñidas con la libre competencia. Es, en este sentido, un instrumento importante de difusión y educación que permite a las asociaciones gremiales evitar incurrir en ilícitos por desconocimiento o falta de antecedentes en la materia.

Cuarto, no se debe extrapolar casos particulares como el antes señalado al resto de la actividad empresarial del país, lo que tiende a levantar fuertes cuestionamientos al modelo de libre competencia que ha seguido el país. Por el contrario, es precisamente este modelo el que ha permitido al Chile alcanzar importantes niveles de crecimientos de 5,4% promedio anual en los últimos 25 años, acompañado de bajos niveles de inflación, alta inversión y fuerte creación de empleo, todo lo cual se ha traducido en una notable reducción de los niveles de pobreza en el país (de 38,6% en 1990 a 15,1 en 2009). El dinamismo económico ha sido extensivo a diversos sectores de la economía, incluidos la minería, la industria, las telecomunicaciones, el comercio, la construcción, etc. Ello ha consolidado industrias fuertemente competitivas que han alcanzado importantes mejoras de eficiencia, lo que incluso les ha permitido extender sus operaciones al extranjero. Chile, además, está bien ubicado en los indicadores de competitividad general, lo que constituye un reconocimiento a la calidad de la regulación y el marco macroeconómico general.

## Conclusiones

Se trata así de un caso de la mayor importancia para la institucionalidad de libre competencia de nuestro país, donde están en juego aspectos tan relevantes como el determinar correctamente la existencia de conductas

contrarias a la libre competencia, no dejándose llevar por la sola estructura de los mercados; la compleja coordinación entre la legislación de libre competencia con frondosas regulaciones sectoriales (en este caso la avícola); la autonomía con la que la FNE debe cumplir su labor, rechazándose todo intento de instrumentalización política del Gobierno o la oposición, y la forma en que se están utilizando las nuevas herramientas entregadas por la reciente reforma de 2009, entre otros.

Consecuencia de lo anterior, resulta fundamental rechazar de plano algunas de las propuestas que se han planteado desde algunos sectores, tales como la fijación de niveles de concentración máxima o la introducción de sanciones penales ante ilícitos de libre competencia. En efecto, introducir restricciones artificiales –como las restricciones a la concentración– o el uso del instrumental penal, irían con toda seguridad en directo perjuicio de los consumidores, como asimismo de los incentivos correctos para disuadir de manera más eficaz y eficientes los atentados contra la libre competencia.

---

<sup>1</sup> La normativa vigente sanciona al que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos. Por su parte, el tribunal cuenta con diversas alternativas a la hora de sentenciar, las que van desde absolver; modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones a la ley; ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos o contratos; y aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente 30.000 UTA. En su escrito, la fiscalía no sólo solicita la imposición de multas, sino también la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.

<sup>2</sup> La concentración puede derivar de (i) la existencia de economías de escala, ámbito o densidad; (ii) la presencia de un elevado tamaño mínimo de escala para operar en el mercado; (iii) el desarrollo de mayor eficiencia por parte de algunos actores; y/o (iv) la evidencia de prácticas anticompetitivas que eliminan la competencia y disuaden la entrada de nuevos competidores.

<sup>3</sup> En Chile, el Ministerio de Agricultura debe confeccionar la política agroalimentaria y forestal, quedando su fiscalización bajo el Servicio Agrícola Ganadero (SAG).

Dentro de las normas dictadas por el Ministerio de Agricultura, podemos encontrar una larga lista de normas jurídicas que regulan su actividad. Junto con lo anterior, con fecha 16 de mayo de 2007, la APA suscribió con los ministerios de Agricultura, Salud, Medio Ambiente y el SAG un acuerdo de producción limpia.

Por su parte el SAG, además de las fiscalizaciones constantes, mediante el programa PABCO, el que *"proporciona garantías a la producción animal para respaldar la certificación de productos aptos para consumo humano, las cuales son exigidas por la normativa nacional y los servicios oficiales de los países de destino de las exportaciones"*. Este define qué información de los planteles debe estar disponible para la trazabilidad de la cadena alimentaria y se aplica a los planteles de animales que deseen ingresar de forma voluntaria o cuando lo determine el SAG, a través de la División de Protección Pecuaria.

Sin perjuicio de las normas anteriormente señaladas, hay otras, también aplicables, como es el caso de las Buenas Prácticas, el Sistema de Análisis de Peligros y de Puntos Críticos de Control (APPCC), Vigilancia Epidemiológica, Control de Residuos Químicos, Control Microbiológico, Sistemas Integrales de Trazabilidad y normas ISO.

En cuanto a la aplicación de normativa de otros ministerios aplicables a la materia, podemos señalar los emanados del Ministerio de Salud: principalmente el Código Sanitario y el Reglamento Sanitario de los Alimentos (art. 290 y ss.) y el Decreto Supremo 106.

---

A todo lo anterior debemos agregar los Tratados Internacionales que afectan a la avicultura, en particular con Estados Unidos, Corea del Sur, la Unión Europea, Japón y China, los que básicamente establecen un programa de desgravación gradual hasta por 10 años que opera desde el 1 de enero de 2004, en particular con carnes de aves trozadas.

En definitiva, se trata de un normativa frondosa y compleja, donde incluso la propia Fiscalía señaló en su requerimiento que "las principales dificultades para el ingreso a este mercado se originan en las economías de escala, tanto en producción como en distribución, la integración vertical de la industria avícola nacional y los costos y tiempo elevado necesario para dar cumplimiento a la normativa ambiental y sanitaria para operar las plantas de incubación, crianza y faena de animales".