

## Colusión en supermercados: ¿Cómo distinguirla de precios predatorios?

El pasado 6 de enero de 2016 la Fiscalía Nacional Económica (FNE) acusó de colusión a las tres mayores cadenas de supermercados del país. Entre los años 2008 y 2011 habría existido un acuerdo o práctica concertada destinada a fijar por intermedio de sus proveedores un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista. Los tres actores, a saber, Cencosud, Walmart y SMU, habrían estado en conocimiento de esta regla y habrían sido activos en monitorear su cumplimiento. La FNE sugirió además que esta práctica se podría haber implementado también en otros productos, sin entregar mayores antecedentes. Se informó también de la existencia de declaraciones de ejecutivos y de 146 cadenas de correos, centradas esencialmente entre los mismos años – sólo cinco de ellos estarían fechados entre los años 2005 y 2007 -, los que darían cuenta de esta práctica. Una parte muy menor de ellos se hizo pública.

Las empresas requeridas deben responder a este requerimiento de la FNE el próximo 24 de febrero ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

De la lectura del mencionado requerimiento, no queda claro si esta práctica habría respondido a una política institucional y consistente en el tiempo de cada una de las cadenas de supermercados o sólo habría estado centrada en mandos medios de las mismas. Aún más, las evidentes quejas de los ejecutivos supermercadistas ante los proveedores reflejadas en los *emails* hechos públicos podrían también deberse a exigencias por parte de ellos a que fuesen tratados de manera similar cuando se estuviese operando en condiciones similares. De esa manera, lo que podría sugerir a unos colusión podría no ser sino la exigencia de no enfrentar políticas de precios discriminatorios por una parte – los proveedores - y predatorios por la otra – las cadenas supermercadistas -, todos igualmente sancionables bajo el DL 211 - la Ley de Libre Competencia -.

En el fallo de octubre del año 2015 de la Corte Suprema que sancionó definitivamente por prácticas colusivas a los tres mayores productores de pollo domésticos, confirmando la anterior sentencia del TDLC, ésta dio por configurados los elementos que integraban el ilícito de colusión. Este habría sido de carácter permanente e indivisible y ocurrido entre los años 1994 y 2010, estando las empresas conscientes de su participación activa y/o apoyo a un objetivo común, especificando que se había dado copulativamente lo siguiente:

- La existencia de un acuerdo que confiriese poder de mercado;
- Que se tuvo por objeto el intercambio de información propia de las empresas;
- Que se limitó la producción y asignaron cuotas de producción para obtener mejores beneficios en la comercialización de carne de pollo;
- Que se tuvo la aptitud objetiva para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo haber sido éste concreto o potencial;
- Que existió la voluntad y decisión de llevar a cabo el acuerdo mediante las comunicaciones y reuniones sostenidas entre los altos ejecutivos de los agentes

económicos requeridos bajo la coordinación de la APA – Asociación de Productores Avícolas -.

Pero también el mismo fallo de la Corte Suprema recordaba que cerca del 50% de la carne fresca de pollo era distribuida por la vía de los supermercados, quedando una proporción importante de ese 50% en las grandes cadenas. Asimismo destacaba que existían dificultades para que los productos importados de pollo congelado accedieran a todos los canales de venta en el país, limitando de esa manera su capacidad de ser sustitutos cercanos del pollo fresco.

De hecho, el requerimiento por prácticas colusivas de la FNE de diciembre del año 2011 contra las empresas productoras de pollo aclaraba que existían tres canales de comercialización: el supermercadista, con un 45 a 47% de participación; el tradicional de carnicerías y almacenes, atomizado, con un 31 a 33% de participación y el industrial, que incluía el sector de hoteles, restaurantes y *catering*, con el saldo de 20 a 24% de participación. En cuanto a los proveedores, Agrosuper explicaba en el año 2010 el 56% de las ventas nacionales de pollo fresco, Ariztía el 29% y Don Pollo el 8%, quedando el resto en pequeños productores y sin considerar las importaciones de pollo; si en cambio se tomaban en cuenta estas últimas, representativas del 12% de las ventas nacionales, Agrosuper tenía entonces un 49% de dichas ventas nacionales, Ariztía un 26% y Don Pollo un 7%, quedando un remanente de 6% en los pequeños productores. En cuanto al consumo total de carnes del país durante el año 2010, éste había sido de 1.250.000 toneladas, aproximadamente, del cual los pollos explicaban 482.000 toneladas, quedando el resto representado esencialmente por la carne bovina – 319.000 toneladas -, la carne de pavo – 66.000 toneladas - y la carne de cerdo – 380.000 toneladas -.

En el actual requerimiento de la FNE, se dice que la **participación de Cencosud, Walmart y SMU al año 2011 era de 34.05%, 33.68% y 23.5%**, respectivamente, en el mercado de comercialización de carne de pollo fresca a consumidores finales vendido por la vía de supermercados, sumando conjuntamente un 91% del total distribuido por esa particular vía. Destaca entonces de lo anterior que lo distribuido por Cencosud y Walmart era muy similar en términos cuantitativos y que SMU distribuía cerca de un 70% de cada una de las otras dos cadenas, operando todas a escala nacional y en cifras relevantes a nivel doméstico. En términos gruesos, tanto Cencosud como Walmart habrían comercializado en el país durante el año 2010 cerca de 80.000 toneladas de pollo cada uno y SMU unas 60.000 toneladas, considerando las cifras de la FNE habidas en ambos requerimientos.

¿Por qué la relevancia de lo anterior? **Porque con escalas similares, en mercados geográficos similares y periodicidades similares de consumo, lo natural era que los ejecutivos de cada una de las cadenas de supermercados esperaran contar con condiciones similares de compra de los pollos por parte de sus proveedores respecto de la competencia, hayan estado o no coludidos dichos proveedores.** En este sentido, cada uno de los supermercados podía con un alto grado de certeza estimar el costo de distribución de su competencia, que en el caso de Cencosud y Walmart debería haber sido muy similar y en el caso de SMU probablemente menos eficiente – SMU estaba estructurando una red a nivel nacional comprando participación de mercado y finalmente fusionándose con Supermercados del Sur en octubre del año 2011, fusión que fue

condicionada posteriormente en diciembre del año 2012 por el TDLC -. **Así las cosas, para los ejecutivos de cada cadena, no habiendo discriminación sin causa real por parte de los proveedores por sus similitudes como compradores, el observar precios de su competencia supermercadista consistentemente bajos los costos de compra de los pollos no podía sino indicar la existencia de precios predatorios, práctica que perfectamente podía caer bajo el Artículo 3 del DL 211 en el sentido de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a generar dichos efectos.**

Enfrentados a esas circunstancias, o bien se podían denunciar dichas prácticas a la FNE o se podía enfrentar a los actores involucrados exigiendo el término de prácticas anticompetitivas. ¿Por qué se hacía a través de los proveedores? Es esa una explicación convincente que deben dar las propias cadenas de supermercados. Quizás ellas actuaron así dado que sabían que sus proveedores no podían discriminar sin base justificada en el trato dado a cada una de las mismas y por ello eran un mensajero efectivo a la competencia para que operaran dentro de las reglas del juego contempladas en el propio DL 211.

En definitiva, así como no se puede negar que la colusión entre las cadenas de supermercados es efectivamente una posibilidad interpretativa para explicar lo ocurrido, también es cierto que la fuerte similitud de funciones de costo permite identificar con un alto grado de confianza prácticas no competitivas de los otros supermercados. En el primer caso se estaría frente a un ilícito de colusión contemplado explícitamente en el DL 211; en el segundo, se podría estar exigiendo terminar con otro ilícito, aquel de prácticas predatorias, también contemplado explícitamente en el DL 211.

La evidencia dura mostrada hasta ahora por la FNE no permite configurar un claro caso de colusión, habida cuenta especialmente de los considerandos del último fallo de la Corte Suprema en relación a la colusión de los productores de pollos, y bien podría ocurrir que se estuviese frente a un caso en que sus actores hubiesen actuado, en el fondo, exigiendo acabar con prácticas de precios predatorios. En este último caso, quedaría por explicar por parte de las cadenas de supermercados por qué no acudieron directamente a la FNE en vez de proceder indirectamente a corregir eventuales prácticas anticompetitivas por la vía de sus proveedores. Si al final se determinase que habría sido un error de forma pero no de fondo, caro les saldría a las cadenas de supermercados no haber resuelto diferencias objetivas por la vía institucional apropiada.

Manuel Cruzat Valdés

15 de febrero de 2016