

NOTAS DE ENSEÑANZA DEL PROFESOR CASO: LA COLUSIÓN DEL PAPEL TISSUE

Esta nota de enseñanza presenta las sugerencias destinadas al profesor a cargo del uso y aplicación del caso “La Colusión del papel tissue”. Estas notas permiten la aplicación de contenidos tales como: la colusión, gobiernos corporativos, ética y responsabilidad social empresarial, facilitando el análisis y discusión del caso, así como realizar los comentarios finales y cierre correspondiente.

SÍNTESIS

El caso expone la situación que debe enfrentar el analista de la Fiscalía Nacional Económica, Sr Felipe Campos en el marco de la investigación de la colusión del papel tissue, acuerdo que involucró a las filiales de las empresas, Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (CMPC) y Svenska Cellulosa Aktiebolaget (SCA) para asignarse cuotas de mercado y fijar precios de venta durante más de 10 años en productos como el papel higiénico, pañuelos desechables, servilletas, entre otros productos “tissue”.

El analista Sr Felipe Campos debe presentar un informe, cuyo objetivo principal es el de identificar las consecuencias del acuerdo colusivo para el sistema de gobiernos corporativos, la ética y responsabilidad social empresarial; para lo cual deberá dar respuesta a interrogantes claves velando por una estricta aplicación de las normas atinentes al resguardo de la libre competencia en Chile.

Para lograr su objetivo, cuenta con los antecedentes relativos a la industria del papel tissue, las empresas participantes del acuerdo colusorio, los acontecimientos e implementación de la colusión, los beneficios obtenidos por las empresas participantes, así como el impacto económico para los consumidores.

El caso puede ser aplicado en cursos de pre y posgrado de economía, administración, ética, responsabilidad social empresarial, permitiendo a los estudiantes la oportunidad reflexionar, analizar críticamente la toma de decisiones de ejecutivos de filiales de dos empresas multinacionales. La actuación de los ejecutivos atentan contra la libre competencia del mercado, con impactos sobre los sistemas de gobiernos corporativos, ética y responsabilidad social empresarial, así como también visualizar formas que ayuden a mejorar las facultades y funcionamiento de los organismos fiscalizadores.

ÁREAS DE APLICACIÓN

El caso permite la aplicación de temas, tales como: como gobiernos corporativos, ética y responsabilidad social empresarial, y la actuación de organismos y leyes que resguardan la libre competencia en Chile.

GOBIERNOS CORPORATIVOS

El profesor a cargo de la aplicación del caso, introducirá a los alumnos en el concepto de gobiernos corporativos definido como, “sistema mediante el cual las empresas son dirigidas y controladas para contribuir a la efectividad y rendimiento de la organización. Sus objetivos principales son: velar por la transparencia, permitir el conocimiento de cómo los directivos gestionan los recursos, proveer de instrumentos de resolución de conflictos de interés entre los distintos grupos que conforman el gobierno y buscar el logro de equilibrios al interior del sistema”

(Zuñiga & Wigodski, 2003). Así mismo señalará las principales funciones que cumplen en los gobiernos corporativos los accionistas o propietarios, directorio y ejecutivos, gerentes y empleados.

Otro aspecto que aborda el tema de los gobiernos corporativos es la resolución de conflictos de interés frente a problemas de agencia, que se produce por la desalineación de intereses entre el agente (administración) y el principal (accionistas), y además por la existencia de asimetrías de información entre ellos y a la imposibilidad de implementar contratos entre las partes.

Este caso permite poner en evidencia la fragilidad del sistema de Gobiernos Corporativos, debido al escaso control ejercido por el directorio hacia los ejecutivos en las empresas participantes del acuerdo colusorio.

ÉTICA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

La relevancia de este tema recae en que las empresas que ejercen responsabilidad social empresarial mantienen políticas medioambientales, laborales y comerciales con la intención de satisfacer las inquietudes e intereses de los diversos stakeholders¹, en un marco de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas.

En la colusión del papel tissue, los consumidores fueron los principales perjudicados, por lo tanto es importante recalcar el impacto del perjuicio económico a éstos, las medidas destinadas a compensar dicho perjuicio y como las empresas involucradas en la colusión podrían fortalecer su responsabilidad social empresarial.

ORGANISMOS Y LEYES QUE RESGUARDAN LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE

Abordando este tema el profesor tendrá la posibilidad de enfatizar el papel que desarrolla la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) en acuerdos colusorios, y podrá promover la discusión entre los alumnos sobre las leyes y sanciones que existen para dichos acuerdos y sus posibles mejoras.

OBJETIVOS DE LA ENSEÑANZA

Los propósitos que se espera cubrir al analizar, aplicar y discutir el caso en aula son los siguientes:

- Evaluar el manejo conceptual de los alumnos respecto a los temas de colusión, gobiernos corporativos, ética y responsabilidad social empresarial.
- Internalizar en los estudiantes la relevancia de estos temas como valor fundamental en la administración de cualquier organización independiente de su tamaño y giro.
- Motivar a los alumnos a reflexionar sobre los acuerdos colusorios, su impacto y las medidas que podrían ayudar a fortalecer los sistemas de gobiernos corporativos, ética y responsabilidad social empresarial de las empresas involucradas en la colusión del papel tissue.

¹¹ Stakeholders: Todos aquellos sujetos interrelacionados con el devenir de la empresa.

- Promover una discusión participativa, un debate de opiniones sobre la legislación que sanciona los acuerdos colusorios, los organismos que velan por la libre competencia y sus facultades.

ASIGNACIÓN DE ACTIVIDADES A LOS ALUMNOS Y TIEMPOS SUGERIDOS

Se sugiere al profesor la asignación de actividades a los estudiantes en función de dos momentos claves que permitan realizar una discusión organizada y ordenada.

El siguiente cuadro muestra los momentos, las actividades y los tiempos sugeridos para cada actividad.

Tabla 1. Asignación de Actividades

Momento	Actividades	Tiempo
Una semana antes de la discusión del Caso.	La semana anterior a la clase en que se aplicará el caso, el profesor entregará el caso a los alumnos, vía intranet o impreso en clases. El profesor realizará una introducción sobre los temas relevantes del caso de la colusión del papel tissue, tales como, gobiernos corporativos, ética y responsabilidad social empresarial.	45 minutos
	<p><i>Formación de grupos de trabajo :</i></p> <p>Los grupos de trabajo deberán estar compuestos por un número de 3 o 4 estudiantes, dependiendo del tamaño del curso. Los grupos se formarán por designación del profesor o aleatoriamente. Se sugiere hacerlo aleatorio para promover la capacidad de trabajo en equipo, integración, participación e interacción.</p>	
	<p><i>El profesor entrega las pautas del trabajo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Los alumnos tendrán una semana para leer y desarrollar el caso, debiendo todos los grupos entregar un informe impreso. • El profesor seleccionara aleatoriamente un grupo que además de entregar el informe escrito, tendrán que realizar una presentación ante el curso, apoyándose de herramientas tales como power point. Dicha presentación servirá de base para iniciar la discusión con la participación de todo el curso bajo la guía del profesor. 	
Aplicación del caso.	<i>Entrega del informe escrito del caso.</i>	2 minutos
	A modo de introducir el caso “La colusión del papel tissue” , el profesor mostrara el video realizado por el Noticiero “24 horas” del	5 minutos

	<p>canal Televisión Nacional de Chile que describe paso a paso la colusión del papel tissue, cuyo link es el siguiente:</p> <p>https://www.youtube.com/watch?v=YQUGDPpRJSk</p>	
	<p>Presentación del análisis del grupo asignado previamente y sesión plenaria de discusión del caso por el curso.</p>	<p>53 minutos</p>
	<p>Conclusiones finales de los alumnos.</p>	<p>15 minutos</p>
	<p>Comentarios finales y cierre a cargo del profesor.</p> <p>El profesor deberá entregar una retroalimentación, haciendo hincapié en la importancia de los conceptos en la actualidad a nivel corporativo, incentivando a que los alumnos interioricen los conceptos y lleven a la práctica la enseñanza del caso.</p>	<p>15 minutos</p>

* Suponiendo clase lectiva de 1 hora 30 minutos.

LECTURAS SUGERIDAS

Se recomienda al profesor incentivar a los estudiantes a revisar algunas lecturas adicionales al caso que ayuden a profundizar conceptos para analizar de mejor manera el caso.

Se recomiendan las siguientes lecturas adicionales:

- *Nota técnica:* Se adjunta al caso, un resumen conceptual de los principales temas involucrados en el caso, tales como: colusión, organismos que velan por la libre competencia en Chile, gobiernos corporativos, ética y responsabilidad social empresarial. Estos conceptos permitirán a los alumnos comprender y analizar de manera integral el caso.
- *Prensa:* En diarios y en las páginas web de canales de televisión chilenos existen secciones especiales dedicadas a comunicar los sucesos ocurridos en relación a los avances del caso desde su detonación hasta el día de hoy, ya que no se descarta la aparición de nuevos antecedentes.

En la página web del diario “La Tercera”, es posible encontrar una sección especial respecto a la colusión del papel tissue:

<http://www.latercera.com/resultados-busqueda/?q=colusion%20papel%20confort>

A su vez, en la página web de Canal 13 existe una sección que reúne todo el acontecer noticioso respecto a la colusión del papel tissue, cuyo link es el siguiente: <http://www.t13.cl/etiqueta/colusion-papel-tissue>

MATERIAL ADICIONAL

Con el objetivo de realizar una discusión más didáctica, se propone al profesor hacer una introducción del caso con la muestra del video realizado por el Noticiario “24 horas” del canal Televisión Nacional de Chile que describe el paso a paso de la colusión del papel higiénico o tissue, cuyo link es el siguiente:

<https://www.youtube.com/watch?v=YQUGDPpRJSk>

PREGUNTAS DETONANTES

Para estimular la discusión y reflexión de los estudiantes, los alumnos tendrán que desarrollar en su informe escrito, las siguientes preguntas:

¿Qué condiciones del mercado favorecieron la colusión del papel tissue?

Existieron condiciones del mercado que facilitaron el acuerdo de colusión entre las empresas CMPC Tissue y SCA Chile S.A., entre ellas destacan las siguientes:

- *Concentración del mercado:* La industria del papel tissue en Chile tiene una alta concentración de mercado. Los principales oferentes son: CMPC Tissue con una participación de mercado de un 75%, SCA Chile S.A. con un 11%, Kimberly-Clark con un 4%, y otras compañías con 10% de participación de mercado al año 2013.

La colusión será más probable en un entorno con pocas empresas, ya que las ganancias obtenidas a repartir serán mayores mientras que en ausencia de un acuerdo de colusión los beneficios serían más modestos.

- *Elasticidad de la demanda:* Los productos tissue tienen demanda inelástica, ya que son bienes de primera necesidad y que no tienen buenos sustitutos, por lo que independiente del precio que se cobre, las personas igual tienen que comprarlos para sus necesidades diarias.

La colusión resulta más probable en mercados con demanda inelástica ya que los precios y beneficios de una colusión serán mayores.

- *Barreras de entrada:* Las significativas inversiones en activos fijos específicos tales como: las maquinarias para la producción y conversión de productos tissue generan fuertes economías de escala en costos de producción.

Otra barrera de entrada es la existencia de marcas sólidas y reconocidas por los clientes, ya que dificultan la entrada de un nuevo actor al mercado. Las empresas involucradas en el acuerdo de colusión, poseen las marcas más relevantes del rubro, tales como Confort, Nova, Elite y Favorita, las que cuentan con una alta fidelidad por parte de los consumidores.

Las altas barreras de entrada favorecen los acuerdos colusorios. Mientras menores sean las barreras de entrada más difícil será mantener los precios colusorios, ya que cuando los precios y los beneficios son

elevados aumenta el número de empresas interesadas en entrar en el mercado y, por lo tanto, las ganancias futuras se reducen.

Estas condiciones permitieron a las empresas involucradas obtener grandes utilidades de su acuerdo de colusión.

¿Qué problemas en los sistemas de gobiernos corporativos de CMPC y SCA, facilitaron la colusión entre ambas empresas? ¿Qué medidas pueden tomar las empresas involucradas para fortalecer sus sistemas de gobiernos corporativos?

Analizando la información del caso, es posible concluir que el principal problema a nivel de Gobiernos Corporativos que facilitó la colusión fue la poca efectividad en la aplicación de sus políticas internas y las leyes atinentes al tema. Actualmente, las leyes avanzan hacia el fortalecimiento de esta materia a partir del Caso de colusión de las Farmacias en 2008, y más aún luego de hacerse conocidos casos como el que se analiza que atenta en contra de la libre competencia y provoca un impacto económico negativo para la sociedad como un todo.

La poca efectividad se debe a que los directivos y ejecutivos no actuaron de manera diligente al realizar sus tareas de control, monitoreo y dirección de la compañía, ya que deberían asegurar que sus acciones son realizadas tomando en consideración un interés social, lo que implica la comprensión y reforzamiento de la misión, visión, cultura y valores corporativos, lo que supone rigurosidad en la toma de decisiones al saber anticiparse ante situaciones riesgosas previniendo situaciones como: caída de precios o ser parte de procesos judiciales contenciosos que comprometen la reputación de la empresa, como es este caso.

En cuanto a medidas correctivas para fortalecer los sistemas de gobiernos corporativos, es necesario que los ejecutivos y directivos estén comprometidos a velar por el bienestar e interés societario actuando de buena fe respetando y cumpliendo la legislación vigente; con lo que se lograría una autorregulación que refuerza el control ético a nivel interno y aumenta la responsabilidad por su proceder.

Adicionalmente, se presenta un listado de requisitos mínimos que según el director ejecutivo de la compañía internacional de recursos humanos HRTTools Chile, Diego Méndez, las empresas debieran cumplir para contar con un gobierno corporativo eficaz, que garantice la buena gestión en los negocios, creando un marco regulatorio eficaz.

Homologar estándares para asegurar los niveles de competencia según la internacionalización de los negocios.

Buena formación ética, que actúe como guía para el comportamiento organizacional e individual.

Contar con sistemas de control de flujo de la información.

Distribución del control corporativo de la economía.

Marco regulatorio consensuado.

Mejores prácticas de selección y reclutamiento.

¿Se advierten problemas de agencia entre el directorio y los ejecutivos de las empresas involucradas en la colusión?

En el caso de la empresa CMPC se advierten problemas de agencia por la desalineación de intereses entre los ejecutivos y el directorio. Jorge Morel Bulicic, actor principal del acuerdo de colusión y Gerente General de CMPC Tissue desde el año 2000 hasta julio del año 2014, ha aclarado en algunas entrevistas que los directores de CMPC “no sabían del tema”. Eliodoro Matte, presidente del Directorio de CMPC, dice que fue engañado por sus ejecutivos de confianza, “aunque no lo crea, no estaba informado” (El Mostrador, 2015).

Por otra parte, cuando comience el juicio ante el Tribunal de la Libre Competencia, los ejecutivos darán su testimonio y se dará a conocer si ellos habían informado al directorio o si el acuerdo lo hicieron a escondidas.

PISA (actual SCA), se enfrenta a un serio problema en relación con su gobierno corporativo, ya que está profundamente afectado por la corrupción. Gabriel Ruiz-Tagle, dueño de Papeles Industriales S.A. (PISA) desde el año 1978 hasta el año 2012, fue quien estuvo organizando el acuerdo de colusión, por lo tanto en PISA la corrupción del gobierno corporativo iba desde el mismo dueño a los ejecutivos.

En ambas empresas nos encontramos con problemas graves referentes a sus gobiernos corporativos, en el caso de CMPC, una falta de control del directorio hacia sus ejecutivos y hacia su política de compensaciones, ya que pagando bonos de desempeño altos a los ejecutivos, pudieron verse incentivados a lograr las metas impuestas a través de acuerdos colusorios. Y para PISA (actual SCA), existe un problema grave de corrupción en el gobierno corporativo dirigido por el mismo dueño, Gabriel Ruiz-Tagle.

Del directorio de ambas empresas cabe esperar no solo una mejor selección y control de sus ejecutivos, modificar su sistema de incentivos vigente, ya que el cumplimiento de las metas se debe lograr dentro del marco que establecen las leyes y normas existentes.

¿Cuáles fueron las consecuencias de la colusión del papel tissue para la ética y la responsabilidad social empresarial? ¿Qué medidas podrían ayudar a fortalecer la responsabilidad social de las empresas involucradas en la colusión?

La ética aplicada a las empresas, permite disponer de una escala de valores para la toma de decisiones. Los valores constituyen la base de la cultura organizacional ya que, al determinar el mérito de las cosas, influyen en la apreciación y selección de los hechos. Los valores contribuyen a la generación de una cultura organizacional de responsabilidad social.

² <http://bit.ly/1HGx1dM>

Una empresa es socialmente responsable, “cuando en su proceso de toma de decisiones valora el impacto de sus acciones en las comunidades, en los trabajadores y en el medio ambiente e incorpora efectivamente sus intereses en sus procesos y resultados. Asimismo, ejerce un especial respeto por las regulaciones y leyes internas del país donde opera y que la sociedad ha definido como válidas y legítimas, pero también respeta los acuerdos y tratados internacionales sobre fiscalidad, prevención de la corrupción, respeto a los derechos humanos y derechos laborales, protección del medio ambiente y busca garantizar que cumplan estas regulaciones y principios, los subcontratistas, socios comerciales, proveedores y cualquier otro con quien realice negocios” (Baltera & Díaz, 2005).

Dada estas definiciones es posible dimensionar el daño a la ética y a la responsabilidad social empresarial que la colusión del papel tissue ocasionó. Los valores corporativos, que son la base de la cultura organizacional, fueron totalmente transgredidos por ambas empresas. En el caso de CMPC, los valores que proclaman en su memoria anual año 2015, “respeto por las personas, cumplimiento estricto por las normas legales, lealtad al competir, consideración por las necesidades de los vecinos”, fueron violados por altos ejecutivos, incluido el Gerente General de CMPC Tissue, Jorge Morel Bulicic (CMPC, 2015). La transgresión de los valores por la colusión del papel tissue afectó la cultura organizacional de responsabilidad social tanto de CMPC como de SCA (ex PISA), ya que no valoraron el impacto y enorme perjuicio a los consumidores, Pymes del mismo rubro, y a los mismos accionistas de las empresas coludidas. El daño a cada uno de ellos se describe brevemente a continuación:

- Consumidores: Los consumidores tuvieron que pagar más caro por el papel higiénico durante un periodo de 10 años.
- Pymes: Las pequeñas y medianas empresas del rubro, se vieron perjudicadas económicamente, ya que la colusión del papel tissue les impidió competir y desarrollarse en igualdad de condiciones en un mercado de libre competencia.
- Accionistas: Las consecuencias de la colusión “fue la baja sostenida en el valor de la acción de casi un 10% en menos de 2 días. Un segundo efecto es la baja sostenida de las ventas, y otros efectos directos, y el despido de los ejecutivos involucrados (El mostrador, 2015).

Entre las medidas que podrían ayudar a fortalecer la responsabilidad social de las empresas involucradas en la colusión, se encuentran:

- *Promoción de un código de ética y responsabilidad social empresarial (RSE):* No solo basta tener un código de ética, sino promover entre los trabajadores los valores de la cultura organizacional y la responsabilidad social empresarial, a través de charlas internas, concursos, reuniones lideradas por altos ejecutivos que busquen sensibilizar sobre el impacto de actos ilícitos como la colusión, pero también sobre los beneficios de una cultura organizacional íntegra y responsable socialmente.
- *Creación de un canal de denuncias:* A través de un buzón de denuncias anónimas, los trabajadores podrán hacer presente las actuaciones indebidas que detectan en el día a día, de modo tal que estas sean investigadas y se apliquen sanciones cuando se trate efectivamente de ilícitos.

Es relevante que las empresas coludidas adopten prácticas que ayuden a fortalecer su responsabilidad social empresarial, manteniendo políticas medioambientales, laborales y comerciales, alineadas con las obligaciones jurídicas impuestas por la legislación del país, y que se practiquen en un marco de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas, ya que el carácter social de la actividad económica exige que la empresa esté alineada con el bien común de la comunidad en la que desarrolla sus actividades.

1) ¿Cómo impactó la colusión a los consumidores? ¿Qué medidas podrían tomar las empresas involucradas para compensar adecuadamente a los consumidores?

El acuerdo de colusión entre CMPC y SCA perjudicó a los consumidores en el precio de los productos tissue durante un periodo de a lo menos 10 años. Es importante destacar que la mayoría de los productos comprendidos en el acuerdo son de primera necesidad y de alto consumo en los hogares chilenos. En efecto el papel higiénico es el producto más relevante para la ponderación del IPC en lo que respecta al grupo denominado “Cuidado personal”³.

El 19 de Noviembre del año 2015, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios⁴ (Conadecus) interpuso una demanda civil colectiva de protección al interés colectivo de los consumidores en contra de CMPC y SCA. De acuerdo al primero de dos informes que Conadecus incluyó en la demanda, el daño que ocasionó a los consumidores finales la colusión del papel tissue habría alcanzado, entre 2000 y 2011, un perjuicio de US\$510 millones (Diario La Tercera, 2016).

Entre las medidas para compensar a los consumidores por parte de las empresas involucradas en la colusión, se encuentran:

- *Cupones de descuento:* Entregar cupones de descuento durante un periodo determinado a todos los consumidores afectados.
- *Rebajar los precios de los productos:* Otra opción de compensar a los consumidores sería una rebaja de precios de los productos por un tiempo determinado. Sin embargo Rojas⁵ plantea que, “Si los precios del mercado es bajo un 10%, qué pasa con las empresas que no estuvieron coludidas, no venderán nada, las podrían estar perjudicando. Por lo tanto, los efectos que podrían tener este tipo de práctica son muy distintos” (EMOL, 2015).
- *Indemnización directa:* “Tenemos un cartel confeso por 10 años, prácticamente todos los consumidores chilenos debemos haber adquirido esos bienes. Uno no sólo compra en supermercados, sino también en

³ Este grupo considera productos como: Jabón, pañales desechables, productos de higiene bucal, protección higiénica femenina, shampoo y bálsamo, cremas, entre otros.

⁴ La Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (CONADECUS), es una organización privada sin fines de lucro, constituida por un centenar de personas naturales, mayoritariamente profesionales, que tiene por finalidad informar y educar a los consumidores y asumir su representación y defensa.

⁵ Nicolás Rojas, académico del Centro de Regulación y Competencia, de la Universidad de Chile.

almacenes. Cómo repartimos una indemnización entre todos, es muy difícil", concluye Rojas⁶ (EMOL, 2015).

¿Cuáles son las grandes debilidades de las instituciones y las leyes que velan por la libre competencia en Chile y como se podría mejorar?

Sin duda alguna, el que en los últimos años hayan salido a la luz diversos casos de colusión en mercados donde los productos implicados son de suma importancia para el diario vivir de los ciudadanos, deja en evidencia las debilidades del sistema judicial chileno, y por ende, la necesidad urgente de mejoras significativas.

Al 2015, año en que sucedieron los hechos, los vacíos en la ley dieron paso al Caso analizado, en el cual es posible identificar las siguientes debilidades:

- *No existencia del Delito de Colusión en la Ley:* Esto desde la derogación de la sanción penal a los ilícitos de libre competencia contenidos en el artículo N°1 del DL N°211 el 2004; lo que para quienes cometieron actos colusivos como el analizado, fue casi un “beneficio” ya que no tuvieron que preocuparse por alguna posible pena privativa de libertad. Esto, siendo que la misma OCDE recomienda las penas de cárcel para este tipo de delitos por: impulsar el sentido de justicia en la ciudadanía, y en consecuencia las personas afectadas se sienten protegidas al ver que existe un castigo por el daño realizado; ayuda a impulsar la ética profesional, al demostrar que quienes incurrir en este tipo de actos tienen que hacerse responsables por ello; y más importante aún, por el rol disuasivo que conlleva.
- *Multas no proporcionales a los beneficios obtenidos:* La ley estipula desde el 2009 que la multa por acuerdos horizontales⁷ llega a un máximo de 30.000 UTA (US\$25 millones aprox.); multa bastante ilógica que no guarda relación con el daño provocado a los consumidores en 10 años de colusión estimada en US\$510 millones. En consecuencia, se recomienda aumentar las multas en base a los beneficios obtenidos y al perjuicio ocasionado a los consumidores al coludirse, lo que entraña, a su vez, un mecanismo que desincentive este tipo de acuerdos.
- *Delación compensada:* Es indudable la utilidad de este mecanismo para proporcionar antecedentes precisos y comprobables que sean un aporte efectivo en la acreditación de los actos colusorios, puesto que ayuda a constituir los medios de prueba suficientes para procesar a las empresas implicadas. Pero, la debilidad está en beneficiar con exención de multa al primero que aporte antecedentes que acrediten la conducta colusoria a la FNE, no importando si aquel fue quien impulsó el acuerdo, y más aún, sin tomar en cuenta el porcentaje de participación que tiene en el mercado el ejecutor gracias al acuerdo.

⁶ Nicolás Rojas, académico del Centro de Regulación y Competencia, de la Universidad de Chile.

⁷ Acuerdos entre dos o más empresas que interactúan y son parte del mismo mercado; los convenios pueden ser en materia de: fijación de precios, intercambio de información actual o futura, reparto de mercados, limitación de la producción o limitación de las ventas.

Lo anterior puede provocar un escenario donde la empresa con el porcentaje mayor de participación dentro del cartel, sea quien se acoja al beneficio de exención al ser la primera en auto delatarse, en desmedro de la empresa que con una participación muchísimo menor se ve obligada a pagar la totalidad de las multas que le fuesen impuestas (tal como sucedió en este caso). Para corregir esto, es necesario que se tomen en consideración los factores antes mencionados a la hora de dictaminar si el ejecutor de la conducta colusiva es merecedor de exención o reducción de multa, una vez que ya haya entregado todos los antecedentes necesarios para optar a tales beneficios.

A su vez, cabe destacar que según ley es posible acceder a la delación compensada no importando si el agente se delata antes o después de iniciada la investigación pertinente por la FNE; siendo este hecho un contraste significativo con leyes internacionales (EE.UU y Canadá, por ejemplo), dado que estipulan que para acceder a la exención de multas es necesario que el ejecutor se auto delate antes que la fiscalía o tribunal competente comience la investigación, esto con el objeto de fundar una herramienta que incentive la revelación y aportación de antecedentes, y a la vez desincentive los acuerdos colusorios de forma eficaz.

- *Facultades de instituciones que velan por la libre competencia:* La única institución autorizada para fiscalizar e investigar hechos que atenten contra la libre competencia y presentar el requerimiento pertinente ante el TDLC es la FNE; a su vez, el TDLC es el único órgano independiente que tiene facultades jurisdiccionales y por tanto es quien dicta sentencia según ley vigente.; estas instituciones actúan de manera coligada practicando sinergia en el ejercicio de sus competencias.

Puesto que los delitos económicos afectan el funcionamiento del mercado y a los consumidores, es que las instituciones antes mencionadas deberían notificar y actuar en conjunto con el Sernac⁸ y Conadecus⁹, dado que éstos defienden los derechos de los consumidores afectados y ayudan a gestionar y calcular el monto de las futuras compensaciones que deben recibir por el perjuicio recibido; a su vez, si se estipulara el delito de colusión en el código penal, (con lo que el ministerio público está autorizado para interponer una demanda civil en contra de las personas implicadas), la FNE debería realizar las investigaciones junto al ministerio público para evitar investigaciones paralelas sobre la misma materia.

Todo lo cual es con el objeto de ahorrar recursos fiscales y fortalecer el sistema judicial chileno.

¿Creen que un mecanismo de delación compensada, es una alternativa útil para llegar a profundizar en la investigación de un acuerdo de colusión?

⁸ Servicio Nacional del Consumidor.

⁹ Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios: Organización privada sin fines de lucro que se encarga de informar y educar a los consumidores; al mismo tiempo, se encarga de asumir representación y defensa de los mismos en casos donde se hayan visto perjudicados.

El mecanismo de delación compensada permite a las empresas involucradas en una colusión acogerse a beneficios (como disminución o exención de multas) a cambio de entregar voluntariamente antecedentes que permitan identificar a los responsables.

La delación compensada¹⁰ fue incorporada por la ley 20.361 de 2009, y consiste en que la persona natural o jurídica que sea parte de una colusión que aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de ella y a la determinación de los responsables, podrá acceder a una exención o reducción de la multa correspondiente. Con este mecanismo se busca la desarticulación efectiva de los carteles. Quien entregue en primer lugar antecedentes a la FNE, quedará exento de las sanciones de disolución, multa, prohibición de contratar con órganos de la Administración del Estado y cárcel. Para el resto de los ejecutores de la colusión, se contempla la posibilidad de acceder a una reducción de las sanciones antes referidas. Con el propósito de resguardar la confidencialidad de la solicitud de la delación compensada, esta no tendrá el carácter de información o hecho esencial.

El mecanismo de delación compensada es una alternativa útil para llegar a profundizar en la investigación de un acuerdo de colusión, ya que constituye la fórmula más eficiente para desbaratar carteles que son muy difíciles de detectar. En el caso en que la Fiscalía Nacional Económica haya empezado una investigación o tiene sospechas, la delación compensada puede generar pruebas para poder condenar, y que de otra manera, no las tendría. Este enfoque nos permite entender porque la Fiscalía Nacional Económica (FNE), pidió al Tribunal de Libre Competencia eximir del pago de multas a CMPC, por ser la primera en acogerse a la delación compensada, a pesar que se auto denunció una vez iniciada la investigación, ya que sin el mecanismo de delación compensada, quizás la Fiscalía nacional económica no hubiese tenido las pruebas suficientes para que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pudiese sancionar a las empresas coludidas.

Un diseño óptimo de delación compensada que genere los incentivos correctos, debería premiar con inmunidad total al primer delator siempre y cuando éste entregue los antecedentes antes de iniciada la investigación, eliminando todo beneficio para quien llegue después, siendo la sanción muy alta para éste último, cuestión que no es el caso chileno, donde las multas vigentes para este tipo de conductas solo alcanzan a 30.000 unidades tributarias anuales¹¹ (UTA), según los antecedentes provistos. Cabe destacar que Nicolás Rojas, abogado y académico de la Universidad de Chile quien además es especialista en materias de libre competencia, plantea que: "Si tienes delación compensada pero tus penas son muy bajas, yo prefiero ser el cartel. Porque si las penas son muy bajas, igual el beneficio del cartel me va a compensar los riesgos. Si yo tengo penas altas y estoy arriesgando algo de verdad, me

¹⁰ <http://bit.ly/2ijHD9y>

¹¹ La unidad tributaria mensual (UTM) es una unidad de cuenta usada en Chile para efectos tributarios y de multas, actualizada según la inflación. Fue creada el 31 de diciembre de 1974 mediante el artículo 8º del decreto ley 830. Inicialmente, fue una medida tributaria (multas, escala de pagos, etc.) usada por el Servicio de Impuestos Internos (SII). Posteriormente, se ha extendido a pagos de multas, deudas, derechos arancelarios, entre otros, por parte del Estado de Chile, Municipalidades y otras organizaciones. A diferencia de la unidad de fomento (UF), no se usa como instrumento financiero. Se reajusta mensualmente según el IPC informado por el INE. Se paga o cobra en pesos chilenos.

De la UTM se deriva la unidad tributaria anual (UTA) que corresponde a la UTM vigente en el último mes del año comercial respectivo multiplicado por 12 o según el número de meses que comprende el año comercial (UTM x 12 meses).

puedo ir preso, y además estoy en un cartel en el que no sé si mi contra parte en algún momento puede ir a delatarme, el incentivo para formar el cartel disminuye" (Cambio21, 2015).

EPÍLOGO DEL CASO

La Fiscalía Nacional Económica informó de oficio el inicio de la investigación al denominado “Cartel del Confort” en diciembre de 2014. El 19 de Marzo del 2015 se envió al Congreso un proyecto de ley que busca endurecer las multas y penas que arriesgan las empresas participes de acuerdos en contra de la libre competencia y determinación de precios.

Durante el curso de la investigación, ambas empresas acudieron a la FNE a solicitar el beneficio de delación compensada, aportando antecedentes que hicieron posible conocer el alcance y operatividad del cartel.

La Fiscalía Nacional Económica solicitó al Tribunal la exención de la multa para CMPC (primera empresa en auto denunciarse, en marzo de 2015) y una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), equivalentes a US\$ 15,5 millones para SCA. Este monto supone una rebaja respecto del techo de multas establecido en la ley para casos de carteles, por haber llegado en segundo lugar a solicitar el beneficio, el 7 de octubre del año 2015.

Con fecha 27 de octubre del 2015, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) un requerimiento contra CMPC Tissue y SCA Chile por haber creado y participado de un cartel para asignarse cuotas de mercado y fijar precios de venta de productos de la categoría de papeles tissue.

El día 14 de junio del 2016, el trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago rechazó admitir a tramitación la querrela interpuesta contra las empresas papeleras CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. por su presunta colusión en el mercado del papel tissue. La magistrada Carla Troncoso Bustamante rechazó admitir la tramitación de la causa por considerar que los hechos denunciados por la querellante no son constitutivos de delitos, al no existir en el ordenamiento penal chileno una sanción específica para conductas colusorias.

El fallo argumenta que “no se cumple con el requisito del engaño necesario para configurar la conducta; no es dable sostener que un acuerdo continuo de precios entre las empresas papeleras constituya un medio fraudulento como lo exige la norma del artículo 285 del Código Penal. Tampoco se hace posible determinar cuándo el precio natural de los bienes se vería alterado por estos supuestos medios fraudulentos”.

“La conclusión obvia de todo lo analizado anteriormente es que las conductas colusivas y por las que se pretende que se continúe una investigación en esta sede penal son conductas atípicas, no sancionadas penalmente”, concluye el documento.

Esta causa llegó al 34° Juzgado del Crimen de Santiago, luego que la Corte de Apelaciones trasladara a ese tribunal los antecedentes respecto a la querrela, que se tramita en paralelo a la indagatoria que desarrolla el Tribunal

de Defensa de la Libre Competencia, donde el día 14 de Diciembre del 2016 se realizarían los alegatos¹² de la causa, pero el día 27 del mismo mes el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) acogió una solicitud de SCA y postergó para el 28 de Febrero del 2017 esta audiencia de alegatos, la que se iba a realizar originalmente el 29 de Diciembre tomando en cuenta otra postergación que dio lugar en el proceso contencioso. De esta manera, es necesario que suceda este proceso para que finalmente el TDLC dicte sentencia en este caso.

La acción penal ocurre en paralelo al ámbito económico del caso, en el que distintas instituciones que velan por los derechos de los consumidores (Sernac, Conadecus, entre otras) están trabajando en conjunto con la fiscalía en base a informes para esclarecer las posibles medidas compensatorias a los usuarios por el perjuicio generado por los 10 años de colusión entre CMPC tissue y SCA (ex PISA).

Por otro lado, cabe mencionar que el 20 de Diciembre del 2016, se reveló que la delación compensada que presentó CMPC ante la FNE contemplaba la existencia de otro caso en donde la empresa reconoce haberse coludido con Kimberly Clark para subir el precio de los pañales. Los antecedentes revelan que se habrían coordinado entre los años 2002 y 2009 para realizar acuerdos de alzas de precios, intercambios de información de alzas de precios y coordinación en la participación en relación a pañales de bebé y otros productos del negocio sanitario. Se debe aclarar que la fiscalía no puede iniciar investigaciones sobre el tema ya que los casos de colusión prescriben en un plazo de 5 años según ley (La Tercera, 2016).

Promulgación de nueva Ley que perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia

El proyecto de ley ingresado el 19 de Marzo del 2015 que contemplaba como ejes centrales: implementar un sistema preventivo de control de fusiones, aumentar las Multas y tipificar el ilícito de colusión como delito, de manera que se puedan ejercer penas de cárcel para los implicados; después de haber pasado por diversos trámites constitucionales, fue aprobada como Ley N° 20.945 siendo su promulgación el 16 de Agosto del 2016, dada a conocer públicamente por la Presidenta Bachelet el 19 de Agosto y publicada en el diario oficial el 30 de Agosto del mismo año (Camara de Diputados de Chile, 2016).

Gracias a la versión refundida del Decreto Ley N° 211 que presenta la FNE en su página web¹³, es posible detallar los cambios significativos que implica esta ley en la normativa actual vigente.

En general, las modificaciones a la normativa se resumen en:

- Establece nuevas regulaciones y aumenta las penas para que los casos de colusión no se vuelvan a repetir.

¹² Los alegatos son la última oportunidad que tienen las partes para manifestar las razones jurídicas que poseen para que se declare el derecho tratándose del demandante, o se expongan las justificaciones legales para que dicho derecho sea negado si son presentados por el demandado; en materia contenciosa administrativa la oportunidad para presentar los alegatos es la audiencia de alegaciones y juzgamiento, esta audiencia es la última del proceso (Presentación de alegatos en el proceso contencioso administrativo, 2014).

¹³ http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/09/DL_211_refundido_2016.pdf

- Redefine el concepto de colusión como los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores ya sea fijando precios, limitando la producción, asignando zonas o cuotas de mercado afectando el resultado de las licitaciones.
- Condena a quienes participen simultáneamente en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras bajo ciertas condiciones.
- Aplica medidas contra quienes no cumplan los deberes en materia de operaciones de concentración, por ejemplo, quienes adquieran participación en más del 10% de una empresa competidora.
- Fortalece el tribunal de defensa de la libre competencia estableciendo la dedicación exclusiva de sus ministros titulares con incompatibilidades a miembros suplentes.
- Faculta al tribunal para que pueda resolver eventuales indemnizaciones para quienes se hayan visto perjudicados.
- Implanta un nuevo mecanismo para el control de operaciones de concentración, las que deberán ser aprobadas por la FNE.
- Y, en casos de colusión se podrá condenar a no generar contratos con órganos estatales o con aporte estatal o no poder adjudicarse concesiones del Estado por cinco años (TVN, 2016)¹⁴.

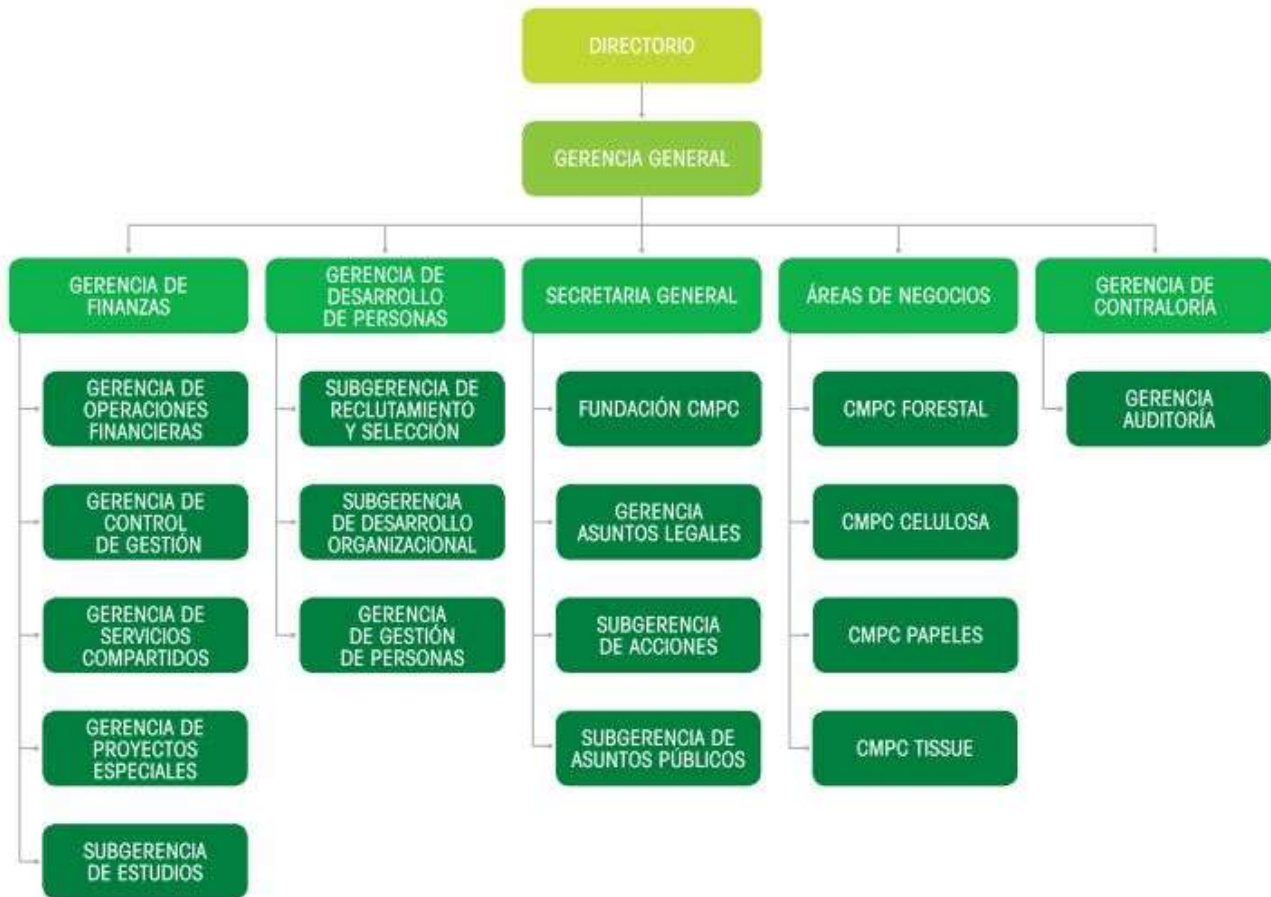
Cambios en la Estructura Organizacional de las empresas implicadas

Todo indica que cuando la FNE se encontraba investigando hechos que podían dar cuenta de una colusión entre CMPC y SCA, ambas referidas a sus filiales tissue en 2014, las empresas ya se encontraban en conocimiento de esto, por lo que adicionando una serie de factores internos (crecimiento de la empresa, ventas anuales, etc.) ambas preparan una reestructuración a nivel organizacional que se puede ver reflejada en sus memorias anuales del 2015.

¹⁴ <http://www.24horas.cl/economia/se-promulga-ley-que-perfecciona-el-sistema-de-defensa-de-la-libre-competencia-2108561>

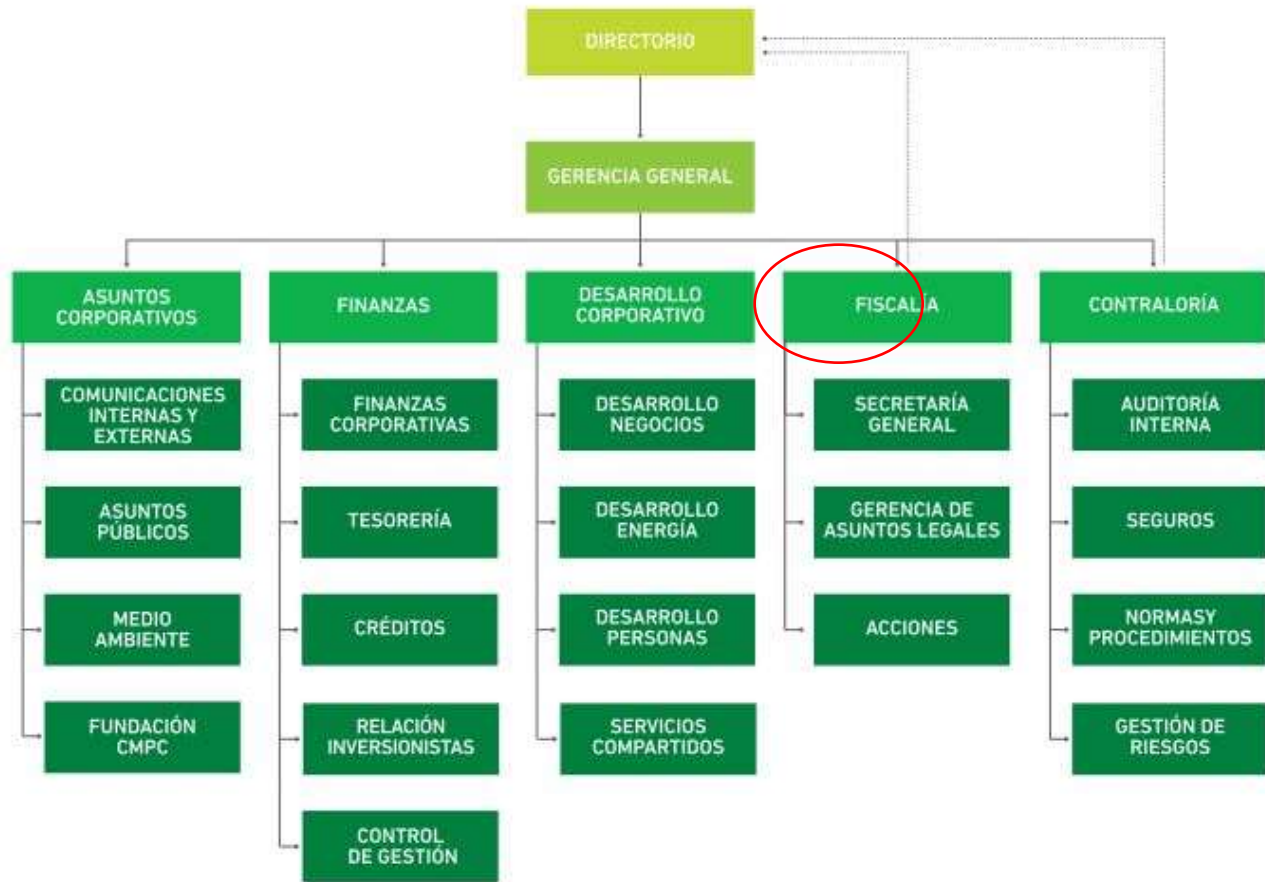
CMPC S.A.

Estructura Organizacional Pre Colusión



Fuente: Memoria Anual CMPC 2014

Estructura Organizacional Post Colusión



Fuente: Memoria Anual CMPC 2015

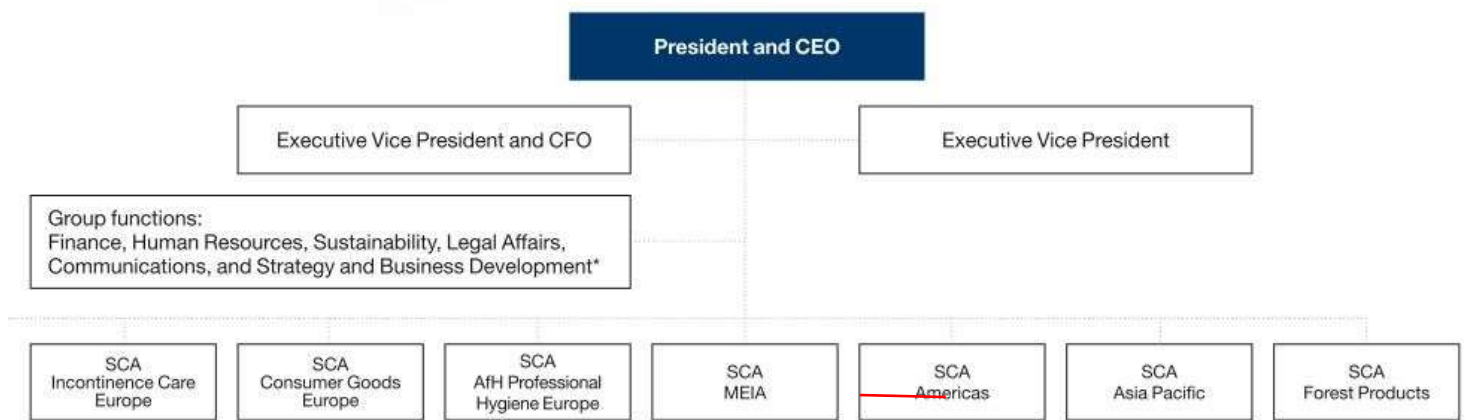
Como se puede notar, el organigrama sufre una reestructuración dando especial énfasis a los temas de índole legal; lo que queda plasmado en la creación de un nuevo departamento llamado “Fiscalía”, el cual se conecta directamente con la Secretaría General en pos de mantener informados a los altos directivos, para que en conjunto con la Gerencia de Asuntos Legales se tomen los resguardos para cumplir a cabalidad con la reglamentación vigente. Asimismo, el área de “Acciones” lleva a cabo lo dispuesto por “Fiscalía” toda vez que las acciones a realizar fueron aprobadas por el Directorio; también se encarga de informar la evolución del proceso que se esté llevando a cabo y alertar en caso de que ocurran contratiempos.

Un detalle sumamente importante es que el departamento de “Fiscalía” y “Contraloría” están bajo la supervisión directa del Directorio, lo que demuestra la especial atención que al día de hoy pone la empresa a los temas de índole legal. Además demuestra un reforzamiento en cuanto a su Gobierno Corporativo que comienza a realizar sus labores de supervisión y control de manera más directa.

Todo, en total contraste en comparación con la estructura organizacional pre colusión (2014), que siendo una estructura descentralizada permitía que cada departamento y unidad trabajara por su cuenta sin preocuparse por la comunicación, lo que lleva a una pérdida de información relevante que dificulta la administración de la empresa en su conjunto. Esto es corregido en 2015 donde es notoria la intención de lograr sinergias a nivel corporativo, con el objeto de cuidar que no se escape información relevante y que hechos como el analizado no se vuelvan a repetir

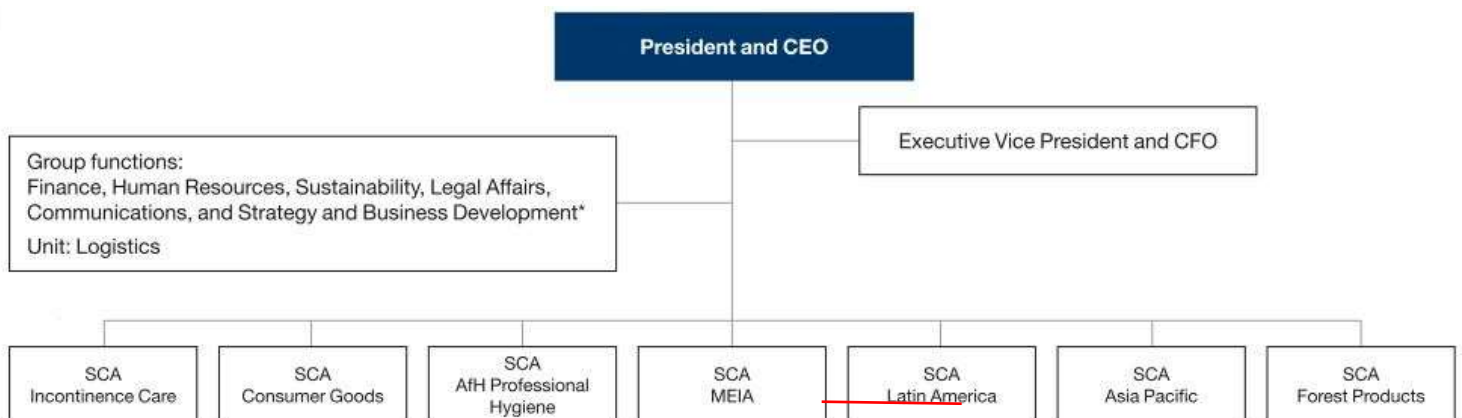
SCA S.A.

Estructura Organizacional Pre Colusión



Fuente: Annual Report SCA 2014

Estructura Organizacional Post Colusión



Fuente: Annual Report 2015

La estructura organizacional presentada no incluye el Gobierno Corporativo de SCA como la mostrada en el caso propiamente tal.

Dicho esto, al 2014 las filiales se encuentran separadas según producto en el caso de Europa, y según área geográfica para: Medio Oriente, India y África (Middle East, India and África - MEIA), América y Asia Pacífico. Para el primer caso, es necesario destacar que el énfasis dado a este continente se debe a que reporta ventas superiores a todas las demás áreas geográficas, por lo tanto es natural que la empresa se esfuerce y ponga énfasis en atender las necesidades de este grupo de consumidores. Para el caso de las demás áreas geográficas los productos ofrecidos son: productos de cuidado personal y tissue. SCA Forestal por su parte, actúa de manera independiente entregando sus productos a todos los departamentos toda vez que lo requieran.

Al 2015, se cambia “SCA América’s” por “SCA Latinoamérica” por un motivo interesante digno de análisis. Resulta que en primera instancia este departamento se encargaba de gestionar todas las filiales de América incluyendo Estados Unidos, esto cambia debido a que al 2014 SCA se enfrenta a diversos procesos judiciales o investigativos que tienen lugar en diferentes partes de Latinoamérica (uno de ellos, Chile), sumado al hecho que la empresa comprendió que las preferencias de los consumidores estadounidenses son muy diferentes a las del resto de América teniendo más similitud con las europeas; provoca que la administración de las filiales estadounidenses sean trasladadas a los departamentos “SCA Incontinence Care” y “SCA AfH Professional Hygiene”.

De esta manera, SCA cambia el enfoque de sus diferentes departamentos a raíz, en parte, de los diversos casos de colusión que se encontraba enfrentando en América al 2014, dando énfasis a las preferencias de sus consumidores y a las condiciones macroeconómicas.