

ANT.: Denuncia contra Colegio Academia de Humanismo, Rol N° 2259-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 17 FEB 2014

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE UNIDAD INDUSTRIA, COMERCIO Y OTROS

Por la presente vía, recomiendo a usted el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. El 12 de octubre de 2013, se presentó por vía telefónica una denuncia (la "Denuncia") en contra del Colegio Academia de Humanidades (el "Denunciado" o el "Colegio") por posibles prácticas anticompetitivas que habrían sido ejecutadas por este. La Denuncia fue reiterada por la misma denunciante ("Denunciante") mediante un correo electrónico de fecha 22 de octubre.
2. Concretamente, la Denuncia señala que el Colegio estaría infringiendo el Decreto Ley N° 211 de 1973, que establece las normas de defensa de la libre competencia ("DL 211"), por cuanto: (i) se estaría obligando a los apoderados del Colegio a contratar el servicio de almuerzo a la empresa Soluciones de Motivación Chile S.A. ("Sodexo"), impidiendo que dicho servicio sea adquirido a otro proveedor o, alternativamente, que sean los propios alumnos quienes lleven los alimentos desde sus hogares. Agrega que, a partir del año escolar 2014, el Colegio incorporará en la mensualidad el servicio de alimentación (almuerzo) para la totalidad de los estudiantes, de modo obligatorio, incrementando el monto que debe pagarse por alumno para ese período académico; y, (ii) el aviso de esa obligatoriedad de contratación con Sodexo, y del consiguiente alza de la mensualidad, habría sido realizado recién en el mes de octubre de 2013, mediante una circular

("Circular"), impidiendo con ello que los apoderados hubiesen podido optar por cambiar a los alumnos a otros establecimientos educacionales de similares condiciones. Lo anterior, desde que los procesos de admisión en estos se encontrarían cerrados a la fecha de notificación de la Circular.

3. Se agrega que en la Circular enviada se habría informado el porcentaje del aumento en la colegiatura y el monto total de las mensualidades para el año 2014, el que supondría un incremento del [1] % respecto de la mensualidad del año 2013. La Circular habría especificado que este aumento se debería al reajuste no realizado en los dos años previos más el valor del nuevo servicio de almuerzo, pero sin señalar esa comunicación qué porcentaje del alza correspondía a cada ítem¹.
4. Finalmente, la Denunciante indica que un grupo de apoderados se estaría oponiendo a la modalidad de adquisición obligatoria del almuerzo implementada por el Colegio y notificada mediante la Circular. En razón de lo anterior, habrían presentado su reclamo en diversas sedes: Servicio Nacional del Consumidor, Superintendencia de Educación -quien los habría remitido a esta Fiscalía-, Vicaría de la Educación, Ministerio de Educación y, finalmente, los Tribunales de Justicia, por intermedio de una acción constitucional de protección².

¹ Cabe destacar que, en declaración prestada por un representante del Colegio, de fecha 22 de noviembre de 2013, este señaló que, del total del alza, [2] pesos correspondían al nuevo servicio de almuerzo. De lo anterior se desprende que, del [1] % del incremento de la mensualidad, el [3] % correspondería al financiamiento exigido a los padres por concepto del servicio de almuerzo.

² Entre otras razones, a juicio de la Denunciante esos reclamos estarían sustentados en la supuesta infracción del Reglamento de Convivencia del Colegio, cuyo párrafo titulado *Almuerzo* señalaría que: "*Todos los alumnos deberán almorzar en el casino del colegio en el horario destinado para este efecto, pudiendo optar por utilizar el servicio del casino o traer la colación de su casa*" (p.5). Cabe destacar que, con fecha 3 de enero de 2013, La ltma. Corte de Apelaciones de Santiago resolvió a favor de los recurrentes, señalando que "*se dispone que se deja sin efecto la obligación dispuesta en la Circular N° 16 de 9 de Octubre de 2013 de dicho establecimiento educacional en cuanto a pagar el valor incluido en la matrícula del almuerzo que proporcionará Sodexo, respecto de los alumnos que opten por no utilizar los servicios de dicha empresa, los cuales podrán tener libre acceso al casino y utilizar sus instalaciones*" Causa Rol N° 139.860-2013, parte resolutive. Según la información disponible en fuentes públicas, el Colegio no habría recurrido de apelación en contra de esa sentencia.

II. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

5. De acuerdo a la jurisprudencia nacional, la competencia entre algunos establecimientos educacionales tendería a verse debilitada por las barreras a la movilidad o salida que afectan a los demandantes de sus servicios. Ello se explicaría por un conjunto de elementos, tales como: (i) la diversidad, aunque no siempre elevada, de planes de estudio aplicados por las distintas instituciones; (ii) la dificultad para cambiar de establecimiento de un año a otro; (iii) los vínculos afectivos que logran los estudiantes con sus compañeros y profesores; y, (iv) las afinidades que los apoderados podrían tener respecto de un proyecto educativo en particular³. También se ha indicado que, en ese contexto de competencia limitada, existiría un espacio para que proveedores y educadores perciban rentas adicionales en perjuicio de los apoderados, aprovechando esa condición de cautividad⁴. En el mismo sentido se pronunció el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), al analizar los efectos de tales costos de cambio en el marco de posibles comportamientos oportunistas de los proveedores de servicios educacionales -particularmente en relación a servicios anexos asimilables a los del servicio de alimentación-⁵.

³ Dictamen N° 1094 de 28 de enero de 2000 (Caso *Útiles Escolares I*), en donde se expone la opinión de esta Fiscalía en su Oficio N° 22, de 18 de enero del año 2000. Por el mismo motivo, se estima que el nivel de intensidad competitiva entre un proveedor de servicios educacionales y otro puede ser complejo de definir, dada la multiplicidad de variables que incidirían en la decisión de matrícula de los apoderados, incluyendo el costo de matrícula.

⁴ *Ibíd.* En efecto, cuando estos costos de cambio resultan suficientemente altos como para inducir a los consumidores a permanecer con un oferente -en lugar de cambiarse a otro cuyo bien o servicio es considerado como una mejor alternativa (o cuando los costos exceden los beneficios de ese cambio)- se genera un fenómeno de cautividad denominado *lock-in*. Este refleja una situación de poder de mercado *ex-post* por el cual los agentes económicos compiten *ex-ante*. En este sentido, véase, Klemperer, Paul. *Switching Costs*, en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, ed. Steven N. Durlauf y Lawrence E. Blume, 2.a ed. (Basingstoke: Nature Publishing Group, 2008), 1 y 2.

⁵ Véase, en particular, la Sentencia N° 21/2005 (Caso *Uniformes Escolares I*). Considerandos Octavo y Noveno: "*Que, habida cuenta de lo anterior, es evidente que los destinatarios de esos uniformes y quienes deben finalmente pagar por ellos constituyen una demanda cautiva, y podrían eventualmente ser objeto de prácticas abusivas contrarias al derecho de la competencia, en razón de que existen evidentes barreras a la movilidad de los demandantes de servicios educacionales. Que, en un escenario como el descrito en los considerandos precedentes, pueden ejecutarse prácticas anticompetitivas consistentes en el aprovechamiento abusivo de las limitaciones al derecho de padres y apoderados de un colegio a elegir libremente los bienes y servicios que requieren y que son accesorios a los educacionales propiamente tales. Adicionalmente, dichas prácticas podrían tener por objeto beneficiar al establecimiento educacional y/o a la empresa que son partes de un contrato de suministro exclusivo de bienes o servicios, o a sus directivos, en el caso de que existiere alguna relación o acuerdo en ese sentido. Lo anterior, considerando que la*

6. Desde su perspectiva geográfica, esta Fiscalía considera que podrían existir ciertas variables asociadas a la cercanía geográfica de un colegio con el lugar de residencia de sus apoderados y alumnos. Aunque no se tiene información detallada sobre la estructura y condiciones de competencia en ese nivel territorial, tanto Denunciado como Denunciante indicaron que existirían tres establecimientos educacionales que cumplirían con cierta condición de sustituibilidad respecto del Denunciado: (i) Colegio María Inmaculada; (ii) Colegio María Auxiliadora; y, (iii) Colegio Santa María Cervellón. Sin embargo, los antecedentes muestran que, a la fecha de la Circular, ninguno de esos establecimientos habría tenido abierto su proceso de matrículas para alumnos nuevos⁶.
7. En consecuencia, considerando los criterios jurisprudenciales indicados *supra*, y no existiendo antecedentes que pudieran hacer variar ese marco analítico, esta Fiscalía asume que, en la práctica, lo que corresponde evaluar son los servicios alimenticios ofrecidos al interior del Colegio⁷. Sin perjuicio de lo anterior, los servicios educacionales provistos por el propio Denunciado constituirían un servicio conexo a aquel. Como se ha indicado, en este último existirían ciertas condiciones que harían de los apoderados una demanda cautiva, al menos temporalmente.
8. Así, se estima que el Colegio gozaría de un poder de mercado sustancial respecto de los apoderados que forman parte de esa comunidad educativa, al menos por el período de un año escolar, desde que dentro de ese lapso no resultaría plausible que aquellos opten por cambiar a los alumnos a un establecimiento similar.

totalidad del costo de estos contratos, por el lado de la demanda, debe ser soportado por los padres y apoderados del colegio, los que, de este modo, podrían ver perjudicados sus intereses al quedar impedidos de optar por mejores alternativas de precio y/o calidad para dichos bienes y servicios".

⁶ Adicionalmente, como señaló el Denunciante, y se estableció en la Circular, los apoderados debían matricular a sus pupilos hasta el 15 de noviembre, para efectos del año escolar 2014. En caso contrario: (i) no se les reservaría matrícula; y, (ii) deberían pagar la matrícula de alumnos nuevos, que es más onerosa que la de alumnos antiguos en aproximadamente un 15%.

⁷ En el mismo sentido, véase la Sentencia N° 21/2005 del TDLC (Caso *Uniformes Escolares I*). Considerando Séptimo: "[e]l mercado relevante para los efectos de la discusión de autos es el del suministro de uniformes escolares para una comunidad escolar determinada".

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

9. Para determinar si en este caso se verificó un abuso de poder de mercado por parte del Denunciado, a juicio de esta División las conductas denunciadas podrían analizarse desde las siguientes perspectivas: (i) en primer término, respecto de la decisión del Colegio de otorgar a un proveedor de servicios alimenticios la exclusividad en esa provisión; (ii) en segundo término, a propósito del proceso concreto de selección de Sodexo como proveedor exclusivo de servicios alimenticios al Colegio⁸; y finalmente, (iii) en relación a otros requisitos que resultan pertinentes para configurar un ilícito anticompetitivo en casos de esta naturaleza.
10. Cabe destacar que este análisis es consistente con los riesgos identificados por el TDLC en el caso de otros servicios accesorios prestados por establecimientos educacionales⁹.

III.1. Decisión de contratar con un proveedor exclusivo

11. En un análisis preliminar, la exclusividad bajo el formato obligatorio para los alumnos por medio del alza en las matrículas en la provisión del servicio de almuerzos tendría como fundamento la necesidad del Colegio de establecer un plan alimenticio acorde con los requerimientos de los alumnos y profesores durante la jornada escolar. En efecto, según los antecedentes disponibles, el actual concesionario del casino institucional no cumpliría de acuerdo al Denunciado con los requisitos de otorgar un buen servicio de almuerzos. En este contexto, los alumnos tenderían a consumir productos

⁸ Si bien podría analizarse también una posible conducta de venta atada, se estima que dicha metodología no sería relevante en este caso, pues: (i) desde un posible enfoque exclusorio de otros proveedores de servicios alimenticios, parece más adecuado evaluar los criterios utilizados por el Colegio al momento de diseñar y adjudicar el contrato, de conformidad con la jurisprudencia del TDLC sobre la materia que se analiza *infra* (III.2); y, (ii) en lo que se refiere a una posible conducta explotativa -que daría al servicio de alimentación el carácter de *aftermarket* en relación al servicio educativo principal- según se muestra *infra* (III.2) no existiría evidencia de que el Colegio perciba rentas por la provisión de servicios alimenticios por parte de Sodexo. Luego, en este caso no existiría un mismo agente con incentivos económicos a ofrecer dos servicios complementarios, que es una condición propia de los denominados *aftermarkets*. Al respecto, véase: Office of Fair Trading. *Market Definition: Understanding Competition Law*. Año 2004; p. 21.

⁹ Vid., *supra*, Nota N° 9.

cuya calidad y valor nutricional no es controlable por el Denunciado, lo que históricamente ha sido una preocupación de los directivos del Colegio¹⁰.

12. Adicionalmente, esa exclusividad se justificaría en la necesidad del Colegio de aprovechar economías de escala, con el objeto de situar el monto por ración en un valor asequible a los apoderados. En efecto, atendida la exclusividad de la prestación del servicio, el valor del almuerzo pasó de **[4]** a **[5]**. Más aun, a partir de un cálculo entre el alza de la matrícula por concepto de servicios de alimentación y el precio comprometido por Sodexo en su oferta, se desprende que el Colegio estaría subsidiando parte de ese monto, circunstancia refrendada por el Denunciado ante esta Fiscalía. Por otra parte, luego de revisar el borrador del contrato de prestación de servicios, que se habría suscrito posteriormente entre el Denunciado y Sodexo durante el mes de diciembre de 2013, y de analizar la experiencia en la contratación de este tipo de servicios en establecimientos educacionales similares, se puede concluir que:
- a) El Denunciado comprometió un número mínimo de raciones por día, de manera que el proveedor del servicio determinó el valor a pagar por ración en razón de este número;
 - b) Los dueños del Denunciado tienen otro establecimiento educacional en que se provee el mismo servicio, de la misma manera, por otra empresa; y,
 - c) Sodexo tendría aproximadamente 15 colegios a los que proveería servicios de alimentación, aunque no todos bajo la modalidad utilizada por el Denunciado. En efecto, en la gran mayoría de los casos serían los apoderados quienes contratarían directamente los servicios del proveedor, de acuerdo a sus propios requerimientos, y no así el Colegio. Según consta en la declaración prestada por un representante de Sodexo, esta segunda modalidad no permitiría obtener los mismos

¹⁰ A modo de ejemplo de la relevancia del asunto para el Denunciado, véase la publicación en su página web de un "Tríptico de Alimentación Saludable", en <http://www.academiahumanidades.cl/> [última consulta de 14 de enero de 2014]

descuentos aplicables en el caso del Colegio debido a las economías de escala asociadas a la provisión de este servicio¹¹.

13. En suma, a partir de los antecedentes disponibles, se considera que existiría una justificación por parte del Denunciado para implementar un sistema de suministro exclusivo de los servicios de alimentación a sus profesores y alumnos, el que iría en beneficio de estos y sería consistente con los fines asociados al proyecto educativo del Colegio.
14. Sin perjuicio de lo anterior, dada la fecha en que se informó el alza de la colegiatura en virtud este cambio de modelo, se considera que los apoderados pudieron haberse visto afectados en su libertad de decisión respecto a si aceptar o no este nuevo escenario, puesto que en los hechos se estaba obligando a los apoderados a asumir parte del costo del servicio. En efecto, el poco tiempo de antelación y la fecha de envío de la Circular implicó en la práctica que los apoderados tuviesen que aceptar el aumento de la matrícula y mensualidades y contratar el servicio de Sodexo¹². Esta circunstancia fue reconocida por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia de 3 de enero de 2014, recaída sobre la acción de protección interpuesta por 16 apoderados en contra del Denunciado, lo que llevó a ese Tribunal a prohibir la obligatoriedad del pago del servicio por los apoderados de aquellos alumnos que no lo utilicen.

III.2. Proceso de selección del proveedor exclusivo

15. Durante la etapa de admisibilidad, esta Fiscalía evaluó además si los criterios utilizados por el Colegio en el proceso de selección del proveedor exclusivo resultaban o no consistentes con las directrices fijadas al efecto por el TDLC¹³.

¹¹ Declaración de 21 de noviembre de 2013 ante esta Fiscalía.

¹² Según se indicó *supra*, según la Circular este aumento contemplaba tanto el servicio de alimentación como el reajuste por inflación no considerado en años anteriores. En total, esta alza correspondió a un [1] %

¹³ En particular, véase la Sentencia N° 21/2005 (Caso *Uniformes Escolares I*). Considerando Décimo: “Que, por esta razón, los órganos de defensa de la libre competencia deben cautelar, en casos como el planteado en autos (...) que la elección de un proveedor exclusivo para los mismos se efectúe mediante un proceso que asegure la presentación de ofertas de un número suficiente de proveedores, permitiéndose así una competencia efectiva entre ellos. Además, la decisión debe

16. A partir de esa evaluación, se concluye que, si bien el Denunciado no utilizó el mecanismo de licitación pública en su sentido estricto, sí adjudicó el suministro exclusivo mediante un concurso previo al que convocó a un número limitado, pero suficiente, de oferentes, quienes tuvieron oportunidad de competir en condiciones de igualdad¹⁴.
17. Así, en primer lugar, se analizó el proceso de selección de proveedores llevado a cabo por el Denunciado. Según la evidencia disponible, durante esa etapa el Colegio solicitó cotizaciones a tres eventuales proveedores del servicio: (i) Central de Restaurantes Aramark Ltda., quien no envió antecedentes; (ii) Seper S.A.; y, (iii) Sodexo. Tanto Seper como Sodexo habrían presentado ofertas competitivas en términos de precio por ración y en variedad de alimentos. Sin embargo, la inversión en equipos ofertada por Sodexo habría sido alrededor de [6] mayor a la de Seper, circunstancia que habría hecho al Colegio optar por esta última compañía, lo que, en principio, se estima razonable.
18. En segundo lugar, se analizó la posibilidad de que el proceso de selección de Sodexo hubiese estado influido por problemas de agencia que provocaran que el Denunciado (*agente*) no hubiese elegido al proveedor idóneo desde la perspectiva de los apoderados (*principales*). Lo anterior, considerando experiencias asimilables que esta Fiscalía constató en su oportunidad, y a los cuales el TDLC también se refirió en el pasado¹⁵⁻¹⁶.

estar basada en una ponderación objetiva entre el precio, la calidad, los servicios que ofrecen los proponentes y otros factores considerados como relevantes por el establecimiento educacional". En el mismo sentido, véase la Sentencia N° 62/2008. Considerando Trigésimo.

¹⁴ En este mismo sentido, véase la Sentencia N°21/2005 del TDLC. Considerando Décimo Segundo.

¹⁵ FNE. Oficio N° 22, de 18 de enero del año 2000, en relación al Dictamen N° 1094, de 28 de enero de 2000, de la CPC (Caso *Útiles Escolares I*); §20.b: "[t]odo indica que los colegios, a través de los sostenedores, directores y especialmente profesores, tienen una influencia decisiva sobre las decisiones de apoderados y alumnos. Esta influencia sin duda tiene un aspecto positivo, ya que los educadores están en una posición privilegiada para determinar aquello que parece mejor para los educandos. El problema surge cuando esta posición privilegiada comienza a ser utilizada en función de intereses personales, por sobre los objetivos educacionales. Ello ocurre cuando las empresas proveedoras de útiles otorgan incentivos a los educadores y/o a los establecimientos, para que en las listas escolares se especifiquen, a modo de recomendación u obligación, las marcas de los artículos que han de adquirir los apoderados para sus hijos".

¹⁶ Sentencia N°21/2005 (Caso *Uniformes Escolares I*). Considerando Décimo Tercero.

19. Al respecto, los antecedentes darían cuenta de que el Denunciado no habría estado influido por Sodexo en su decisión de contratar el servicio ni tampoco durante el proceso de selección del proveedor. En efecto, no existe evidencia de pagos, premios u otros incentivos equivalentes ofrecidos por esa compañía a los directivos del Colegio u otro encargado de esa selección. Por el contrario, el Colegio se habría comprometido a realizar una inversión en infraestructura con el objeto de mejorar la calidad del casino utilizado por los alumnos y, al mismo tiempo, habría dispuesto de fondos para subvencionar parte del costo del almuerzo para limitar la cuantía del pago por parte de los apoderados. Luego, desde esa perspectiva, se estima que el proceso de selección llevado a cabo por el Colegio no resultaría objetable desde la perspectiva de la libre competencia al no resultar perjudicial para los principales.
20. En consecuencia, a juicio de esta División, preliminarmente se observa que el Colegio habría cumplido con los criterios mínimos de libre competencia para este tipo de procesos. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se recomienda *infra*, en la sección IV.

III. 3. Concurrencia de requisitos para la ilicitud de la conducta

21. A mayor abundamiento, a juicio de esta División, se estima que aun si no existiera la justificación económica señalada *supra* (sección III.1), de no haber recurrido el Colegio a un proceso de selección adecuado -como se indicó también *supra* (sección III.2)- en el presente caso tampoco concurrirían los requisitos propios de un ilícito anticompetitivo, en los términos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico.
22. En efecto, según se expuso, la evidencia y los antecedentes recopilados muestran que el Denunciado no estaría obteniendo ingresos adicionales por medio del contrato celebrado, sean estos directos o en función de un eventual incremento o mantención de poder de mercado; al contrario, como se señaló, el Colegio estaría subvencionando parte del servicio de alimentación de los alumnos. De esta manera, en principio, el Colegio

carecería de incentivos para incurrir en un ilícito anticompetitivo como consecuencia del poder de mercado temporal del que gozaría.

IV. CONCLUSIONES

23. Analizados los antecedentes pertinentes, esta División estima que las conductas denunciadas, dadas las circunstancias que se describen, no ameritan la realización de diligencias adicionales. En consecuencia, se sugiere al señor Fiscal Nacional Económico archivar la presente denuncia.
24. Sin perjuicio de lo anterior, atendido lo indicado *supra* (sección III.1), se estima adecuado recomendar al señor Fiscal Nacional Económico que esta Fiscalía ponga estos antecedentes en conocimiento de la Superintendencia de Educación Escolar, con el objeto de que dicho organismo evalúe, dentro del marco de su competencia, si estima procedente informar a los distintos colegios particulares y particulares subvencionados que, cuando estos incorporen de modo obligatorio algún servicio anexo al educacional, ello deba hacerse previa notificación a los apoderados con una antelación suficiente que permita el cambio de los alumnos a otros establecimientos educacionales.

Saluda atentamente a usted,



CARLOS HOLZ CÁRCAMO
JEFE UNIDAD INDUSTRIA, COMERCIO Y OTROS


DSH