

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

RESOLUCIÓN N° 57/2019

Santiago, nueve de septiembre de dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.

ROL: NC N° 445-18.

CONSULTANTE: Watt's S.A. ("Watt's" o la "Consultante").

OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie sobre las condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos relacionados con la recepción y compra de leche cruda y, en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche.

CONTENIDO:

I) PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

E. AUDIENCIA PÚBLICA

II) PARTE CONSIDERATIVA

III) PARTE RESOLUTIVA

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Consultante

a) Watt's.

2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:

a) Ministerio de Agricultura;

b) Compañía Agrícola y Lechera Quillayes de Peteroa Limitada ("Quillayes");

c) Cooperativa Agrícola y Lechera de la Unión Limitada ("Colún");

d) Soprole S.A. ("Soprole");

e) Procesadora de Leche del Sur S.A. ("Prolesur");

f) Nestlé Chile S.A. ("Nestlé");

g) Federación Gremial Nacional de Productores de Leche F.G. ("Fedeleche");

h) Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A fojas 11, el 4 de junio de 2018, Watt's solicitó dar inicio a un procedimiento de consulta a fin de que este Tribunal se pronuncie acerca de las condiciones que deberán ser cumplidas a partir de la resolución que se pronuncie en este proceso, en los hechos, actos o contratos relacionados con la recepción y compra de leche cruda, y en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche.

2. Watt's indica que en la Sentencia N° 7/2004 (indistintamente "Sentencia" o "Sentencia N° 7/2004"), dictada en el marco del procedimiento Rol C N° 01-04 caratulado "*Requerimiento del Fiscal Nacional Económico y recursos de reclamación de Soprole y Loncoleche, contra el dictamen 1/96 de la Comisión Preventiva Regional IX*", se rechazó el requerimiento de la FNE y eximió de toda responsabilidad por los ilícitos anticompetitivos imputados a Watt's, Parmalat Chile S.A. ("Parmalat"), Soprole y Dos Álamos S.A. ("Dos Álamos"). No obstante, en dicha Sentencia se habrían

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecido algunas medidas relevantes para la recepción y compra de leche cruda. En efecto, el considerando cuarto indicó:

“CUARTO: Que, sin perjuicio de lo resuelto, este Tribunal, teniendo en consideración que el mercado de la adquisición y procesamiento de leche bovina en las Regiones VIII, IX y X adolece de imperfecciones, observándose falta de transparencia en el mismo, dispone las siguientes medidas, las cuales deberán considerarse en los actos o contratos que se ejecuten o celebren en este mercado, como asimismo en el resto de los regiones del país:

1.- Las empresas procesadoras de leche deberán mantener un listado de precios de compra, el que deberá detallar los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados;

2.- Las empresas procesadoras de leche deberán anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en los condiciones de compra de leche fresca;”

3. De acuerdo a Watt's, estas medidas habrían tenido como fundamento la falta de transparencia en el mercado, la que era necesario remediar para precaver la ocurrencia de conductas anticompetitivas, como discriminaciones arbitrarias de precios, en el futuro.

4. La consultante afirma que por medio de la imposición de las medidas se habrían hecho vinculantes las condiciones de compra ofrecidas y, con ello, se permite a los productores anticiparse a los cambios en ellas. A su vez, en la Sentencia se habría dispuesto que las condiciones de comercialización como descuentos, precios estacionales o formas de pago debían ser "*objetivos y de conocimiento general*". Por tanto, a partir de las mencionadas medidas, los productores lecheros contarían con la mayor cantidad posible de elementos de comparación en sus decisiones de comercialización.

5. Continuando con el tema acerca de la naturaleza de las medidas, Watt's indicó que éstas no serían propias de un contencioso, por el contrario, tendrían un carácter preventivo y cumplirían fines similares a una Instrucción de Carácter General, ya que (i) no habrían sido impuestas como consecuencia de alguna infracción de las requeridas; (ii) se fundamentarían en un problema general del mercado; (iii) tendrían como fin precaver infracciones anticompetitivas, otorgando certeza a los actores del mercado; (iv) se habrían dictado usando el mismo lenguaje dispuesto en el actual 18 N°3 del Decreto Ley N° 211 ("D.L. N° 211"); y (v) se publicaron en el Diario Oficial.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. Asimismo, la consultante destaca que desde un principio habría existido incertidumbre sobre quiénes eran los actores obligados por las medidas. En este sentido, Colún, el 3 de septiembre de 2004, habría interpuesto un recurso de aclaración. De acuerdo a Watt's, el Tribunal, fundándose en aspectos puramente procesales, indicó que la Sentencia no se le aplicaba a Colún, al no ser éste parte del proceso. Sin embargo, se habría advertido que los principios de competencia que emanaban de las medidas le eran aplicables, debiendo fijar sus condiciones de compra de forma transparente, general y no discriminatoria.

7. De acuerdo a Watt's, a pesar de las medidas, hoy no existiría transparencia total en el mercado, pues sólo estaría claro que las requeridas en el proceso rol C N°01-04 resultaron obligadas a las medidas impuestas. Esto hace que, únicamente Watt's, Soprole y Nestlé mantengan sus condiciones de compra a disposición del público general. En el caso de Surlat, dicha empresa estaría en una situación intermedia ya que publicaría su información, pero lo haría en la página de Simulac. Finalmente, existiría un grupo que no publica sus condiciones de compra y que representaría el 43% del mercado: Colún y Quillayes, entre otras.

8. En razón de lo descrito anteriormente, la consultante solicita que se establezcan condiciones para la recepción y compra de leche fresca en igualdad y transparencia. En esta línea, señala que de continuar la obligatoriedad de la publicación de condiciones de compra de leche, debiese ser aplicable a todos los actores del mercado y, de esta forma, evitar el comportamiento estratégico de quienes: (i) fijan precios de compra condicionales a los precios fijados por aquellos competidores que publican pautas, por ejemplo, pueden ofrecer el precio de la pauta del competidor "X" más un premio, tornando imposible la competencia en el mercado; y (ii) pueden hacer pagos superiores y discriminatorios a ciertos proveedores estratégicos, en desmedro de otros. A lo anterior se agregaría que del hecho de que solo algunos actores publiquen sus precios se derivarían distorsiones e imposibilidades para la fiscalización de eventuales discriminaciones de precios.

9. A su vez, Watt's solicita que si el Tribunal determina que en el futuro la publicación de pautas no es idónea para cumplir con el D.L. N° 211, ello debiese ser aplicable para todo el mercado sin distinguir entre los distintos actores en dicha decisión.

10. Por otra parte, respecto a la evolución del mercado relevante, Watt's afirma que, según habría señalado la FNE en otros procesos, al año 2009 el mercado ya había presentado un aumento de la tasa de crecimiento de la recepción de leche fluida, ingreso de nuevos actores, variaciones en los participaciones de mercado y disminución

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la dispersión de precios, entre otros.

11. En específico respecto al impacto de la obligación de publicar las pautas, Watt's señaló que, en general, quienes deben hacerlo han disminuido su participación de mercado. Así entre el año 2004 y 2017, Watt's, habría disminuido su compra de leche fresca, lo que habría hecho bajar su participación de mercado a un 27%, equivalente a una baja de 5 puntos porcentuales. Por su parte, Nestlé y Soprole han disminuido las suyas en 12% y 2%, equivalente a caídas de 2,2 y 0,5 puntos porcentuales respectivamente. Sin embargo Colún, que no publica sus pautas, habría aumentado su participación (en un 45%, es decir, cerca de 8 puntos porcentuales de aumento de participación). Además, existirían otras empresas que no están obligadas a publicar y tienen participaciones regionales relevantes, por ejemplo, Quillayes (19,3% en la Región de la Araucanía), Grupo Lactalis (16,7% en la Región Metropolitana), Surlat (78,7% en la Región de la Araucanía). Estas participaciones de mercado reflejarían la ventaja que tendrían las empresas que no publican pautas de precios sobre las que sí cumplen con dicha obligación.

12. Respecto de la existencia de nuevos entrantes exitosos al mercado, Watt's destaca la posición de Surlat, quien ingresó el año 2000 y durante el año 2013 vio su mayor incremento en ventas medidas en valor (7,3%). La consultante afirma que el mercado requiere de altas inversiones para ingresar, pero no ha demostrado que esto sea una barrera de entrada insalvable.

13. Finalmente, a fojas 148, Watt's ofreció el informe económico elaborado por Joaquín Poblete, denominado "Análisis Económico de un Requerimiento Parcial de Publicación de Pautas de Precio en el Mercado de la Leche en Chile". Asimismo, a fojas 564, ofreció el informe económico elaborado por Leonardo J. Basso, denominado "El Mercado Relevante para el Aprovechamiento de Leche Cruda en Chile".

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

14. El 12 de junio de 2018, a fojas 33, se dio inicio al proceso de consulta relativo a las condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos relacionados con la recepción y compra de leche cruda y, en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche.

15. En dicha resolución se ordenó oficiar al Ministro de Agricultura; al Servicio Nacional del Consumidor; a Fedeleche; a la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias; a la Sociedad Nacional de Agricultura; a las empresas Soprole, Nestlé, Colún, Surlat Industrial S.A., Agrocomercial Codigua SpA, Inversiones e Industrias Valle Verde S.A., Quillayes, Lácteos Osorno Ltda., Agrolácteos de Chiloé S.A. y Bioleche Lácteos S.A.,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a fin de que éstos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la presente resolución en el Diario Oficial.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

16. A fojas 182, Quillayes aportó antecedentes indicando que no corresponde imponer la obligación de publicar pautas de precios a las empresas medianas y pequeñas, dado que la relación de negocios entre las empresas lácteas medianas y pequeñas no se asemeja en nada a la relación de las grandes empresas. Así, la publicación de pautas por parte de empresas medianas y pequeñas no se justifica y solo vendría a rigidizar la relación entre ellos. En específico, dificultaría el acuerdo de precios entre éstas y sus productores y podría entorpecer el aporte de mayor competencia que hacen las empresas medianas y pequeñas en un mercado en que cuatro grandes empresas compran el 80% de la leche.

16.1. Por otro lado, contrario a lo indicado por Watt's, Quillayes afirma que las empresas que no publican sus pautas no se han beneficiado a costa de los que si lo hacen. En específico, el crecimiento de Colún se explica por la exención impositiva que goza como cooperativa. Este subsidio ha sido muy bien aprovechado, aumentando su participación en la compra de leche en un 8%. Además, si se analiza la situación de otras empresas en el mercado, se observa que existen varias que han quebrado (Bioleche, Vitalac, Lac. Frutillar, Cafra, Lácteos Puerto Varas, Alimentos Puerto Varas y Agrolácteos Cuinco), otras que fueron compradas y algunas que han tenido un buen desempeño (Valle Verde y Quillayes). Por tanto, no sería posible establecer una conclusión generalizada de la existencia de un beneficio derivado de la no publicación de pautas de precio.

16.2. Luego, Quillayes destaca otro error de Watt's, por cuanto la consultante describe a Surlat como un ejemplo de un entrante exitoso. Sin embargo, esta empresa tuvo malos resultados y obligó a todos sus socios productores de leche a vender al controlador Emmi/Kauki. Su recepción de leche en el 2017, es un poco más de un 50% de lo comprado en 2008.

16.3. Quillayes continúa su análisis indicando que, contrario a lo señalado por Watt's, Nestlé y Soprole no han bajado los litros comprados, sino sólo su porcentaje y que la baja en la compra de litros de Watt's, se debería a una estrategia de la empresa más que a un perjuicio derivado de la publicación de pautas. De hecho, habría decidido cerrar su planta de Loncoleche S.A. ("Loncoleche"). Asimismo, los ejemplos indicados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por Watt's para reflejar la importancia de plantas en determinadas regiones no serían aplicables a la actualidad, dado que con la refrigeración de la leche y la mejora de los caminos, la leche circula libremente. Finalmente, Watt's omite que aun cuando se publiquen las pautas de precio esto no impediría acuerdos especiales o compensaciones posteriores, como por ejemplo en el caso de Soprole y de Nestlé.

17. A fojas 198, Colún aportó antecedentes indicando, en primer lugar, respecto al alcance de este procedimiento, que las medidas impuestas en la Sentencia no son vinculantes para todo el mercado, ni tienen un carácter "mixto especial". Los únicos obligados por ellas serían aquellas empresas que fueron parte del proceso. En efecto, mediante resolución de 22.09.04 de este Tribunal se habría aclarado que Colún estaba excluido de la aplicación de la Sentencia.

17.1. Así, las medidas no podrían ser extendidas a los demás actores mediante un procedimiento de consulta, dado que ésta solo tiene efectos respecto de quien la formula. Se ha señalado (Sentencia N°159/2017) que las medidas impuestas en una consulta sólo obligan a quien o quienes sean destinatarios de las medidas. De esta manera, esta consulta sólo podría afectar a Watt's y a los demás obligados por la Sentencia. Si se quiere discutir medidas con alcance general para todo el mercado, solo podría recurrirse a un procedimiento de dictación de instrucciones de carácter general.

17.2. En segundo lugar, Colún destaca los errores cometidos en la consulta, en la cual no se aportarían antecedentes concretos que den cuenta de la supuesta dificultad competitiva que padecería Watt's derivada de la publicación de pautas de precio. Por el contrario, dichas alegaciones no se condicen y omiten las conclusiones que expuso la FNE en su resolución de archivo respecto de la investigación sobre el mercado de compra de leche, de 23 enero de 2018. En dicha resolución, la FNE habría indicado que Watt's, Nestlé y Soprole detentan una posición dominante colectiva en el mercado de la compra de leche cruda de la zona sur. Asimismo, habría indicado la conveniencia de revisar las publicaciones, con el fin de limitar sus potenciales efectos negativos (facilitarían la interdependencia propia de la posición dominante colectiva).

17.3. En tercer lugar, Colún afirma que tanto la FNE como Fedeleche habrían señalado que existirían plantas sometidas a las medidas de la Sentencia que mantendrían acuerdos y/o prácticas que inciden en el precio que pagan a los productores y que no estarían especificadas en las respectivas pautas que se publican, por ejemplo: "bonos por fidelidad" o "bonos por entrega programada". Por tanto, si las pautas, actualmente, no reflejan lo verdaderamente pagado, no se entiende el fundamento de transparencia y no discriminación que invoca Watt's.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

17.4. En cuarto lugar, Colún describe su estructura indicando que es una cooperativa formada por productores lecheros e integrada verticalmente. Los mismos socios que proveen y producen leche cruda establecen las normas de comercialización y fijan su precio de compra. Así, es imposible que ocurra una eventual discriminación y abuso por parte de las plantas procesadoras. En efecto, un 99,78% de la leche adquirida por Colún es comprada a sus socios cooperados, quienes tienen derecho a exigir a la cooperativa que les adquiera la totalidad de la leche que producen. Por tanto, Colún no competiría por la compra de leche de productores ni podría, tampoco, importar leche para sustituir compras locales. Lo que suceda con las pautas de precio de Watt's no alteraría la demanda de leche de Colún, ya que al no competir en ese mercado, sus precios no se ven influenciados por dichas pautas.

17.5. En quinto lugar, respecto al mercado de compra de leche cruda, Colún divide su análisis en mercados geográficos. El informe de enero de 2018 de la FNE identifica dos mercados geográficos separados, esto es, la Región Metropolitana y la Zona Sur. Con todo, las diferencias regionales tenderían a unificarse, dada la posibilidad de refrigerar y trasladar la leche y la existencia de la leche en polvo. Por otro lado, considera las importaciones como un factor relevante al momento de describir el mercado, pues Chile ha pasado a ser un importador neto. Así, el análisis que realiza Watt's respecto a que las empresas han disminuido su participación en el mercado de compra de leche cruda sería errado, ya que tales empresas habrían sustituido en parte sus compras de leche cruda con la importación de productos lácteos, incluyendo leche en polvo y otros productos elaborados.

17.6. Finalmente, en sexto lugar, a fojas 432, Colún ofreció el informe económico elaborado por Claudio Agostini, denominado "Publicación de Pautas de Compra en el Mercado de la Leche".

18. A fojas 231, Soprole aportó antecedentes indicando que adquiere leche cruda principalmente de productores de la zona centro norte (V, VI, VIII y RM), en el que se utiliza el modelo productivo de estabulado, distinto al modelo ocupado en la zona sur del país (basado en la pradera). A continuación, detalla que desde 2004 Soprole publica las pautas de precio de compra a productores de leche cruda y que la FNE se ha mantenido monitoreando y fiscalizando constantemente el funcionamiento del mercado de compra de leche cruda y el cumplimiento de la Sentencia. De hecho, las hipótesis de eventuales incumplimientos a esta última o de posibles conductas explotativas o coordinadas entre procesadores, han sido analizadas y descartadas en seis investigaciones iniciadas y archivadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

19. A fojas 240, Prolesur aportó antecedentes indicando que adquiere leche cruda a productores ubicados en las regiones IX, X y XIV. En los mercados de la X y XIV Región ha promocionado el modelo de producción de leche cruda en base a praderas. En todo lo demás, Prolesur aporta los mismos antecedentes que ya fueron aportados por Soprole.

20. A fojas 247, Nestlé, aportó antecedentes y definió el mercado relevante como aquél de la producción y entrega de leche cruda por parte de los productores de leche de vaca y su recepción por las empresas procesadoras de leche para la posterior elaboración de productos lácteos. La venta se efectuaría desde la Región Metropolitana hasta la Región de Los Lagos. Sin embargo, las condiciones de competencia no serían homogéneas debido a diferencias en: (i) costos de traslado; (ii) costos de adquisición; (iii) costos de producción (la producción en la Región Metropolitana es más cara); y (iv) calidad de la leche cruda. Por esto, habrían buenas razones para estimar que la Región Metropolitana constituye un solo mercado relevante geográfico para efectos del análisis. Asimismo, la VIII región sería otra unidad en el análisis. Lo mismo puede decirse de la región IX. Finalmente, puede considerarse a las regiones X y XIV como una sola para los efectos del análisis competitivo.

20.1. Continúa Nestlé describiendo el mercado relevante al 2004. En el habría existido un gran número de productores lecheros, dispersos geográficamente, sin niveles de organización para la comercialización de leche cruda. Con todo, se trataba de una industria en expansión y con expectativas de seguir aumentando su producción.

20.2. Respecto a las empresas procesadoras de leche (87% del total de la leche cruda producida el año 1995), Nestlé indicó que ella estaba presente en el mercado junto a Soprole, Parmalat, Loncoleche, Dos Álamos y Colún.

20.3. Sobre las participaciones de mercado al año 2004 en razón del volumen de recepción de leche, de acuerdo a Nestlé, éstas correspondían a: Soprole (23%), Nestlé (20%), Colún (19%) y Watt's (14%).

20.4. Respecto a los productores de leche fresca, para el año 2004, la forma más común en que operaban estos era por medio de asociaciones formales e informales que les permitían agregar volumen para obtener mejores condiciones de comercialización.

20.5. A continuación Nestlé dio cuenta de lo cambios más relevantes que ha sufrido este mercado, esto es (i) se ha concentrado fuertemente por el lado de la oferta de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

leche cruda, hoy los productores no se encuentran tan atomizados; y (ii) se ha incrementado el tamaño relativo de los actores relevantes en la producción de leche fresca.

20.6. Finalmente, agrega que hoy las empresas procesadoras, cuya compra de leche equivale al 90% de la producción, son Colún, Soprole, Nestlé, Watt's, Lactalis, Surlat, Valle Verde y Quillayes.

20.7. Posteriormente, Nestlé realizó un análisis del mercado relevante geográfico. En primer lugar, se refirió a la Región Metropolitana, resaltando que la producción habría disminuido en términos de peso relativo. Hoy, en esa región se produce solo el 8,2% del total nacional, lo que sería recibido por Soprole (70%), Quillayes (13%) y Grupo Lactalis (17%). En segundo lugar, en el caso de la VIII Región, Nestlé afirmó que en ella se produce el 6,3% del total de leche cruda vendida a las plantas de la industria láctea mayor. Esta producción sería recibida por Nestlé (49%), Soprole (19%), Watt's (30%) y Granarolo (2%). Por su parte, respecto a la IX región, afirmó que representa cerca de un 6% del total de producción nacional. La producción sería recibida por Soprole (2%), Quillayes (19%) y Surlat (79%). Finalmente, sobre la producción en las regiones XIV y X, de acuerdo a Nestlé, éstas concentrarían cerca del 80% de la producción (dados los menores costos). La producción sería recibida por Colún (34%), Soprole (19%), Nestlé (18%), Watt's (14%), Grupo Lactalis (7%), Lácteos Osorno (2%), Valle Verde (5%) y Chilolac (1%). La participación de Colún habría crecido, especialmente en la XIV región (88%), mientras que Soprole y Nestlé habrían disminuido su participación.

21. A fojas 259, mediante Oficio Ordinario N°493 de 27 de julio de 2018, el Ministerio de Agricultura aportó antecedentes y señaló que tanto él como Oficina de Estudio y Políticas Agrarias ("ODEPA") tienen la intención de cooperar en el procedimiento, toda vez que para el Ministerio de Agricultura y sus servicios resulta de vital importancia promover la transparencia y evitar la discriminación, especialmente, a los pequeños y medianos productores, a fin de propiciar mejores niveles de competencia en este mercado.

22. A fojas 265, Fedeleche, aportó antecedentes y destacó, en primer lugar, la inadmisibilidad de la consulta, ya que ésta escondería la naturaleza de recurso y por medio de ella Watt's pretendería modificar una sentencia que se encuentra firme y ejecutoriada (desde hace 14 años). A su entender, Watt's por medio de la consulta, pretendería minimizar los incumplimientos de la Sentencia que ha realizado.

22.1. Por otro lado, Fedeleche aseveró que la consulta intentaría afectar el efecto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relativo de la Sentencia, dado que las medidas habrían sido impuestas en un proceso contencioso, en el que sólo resultaron obligadas las requeridas, quienes gozaban de una posición dominante. De esta forma, sólo podrían volver a analizarse las medidas en virtud de un nuevo proceso contencioso. A lo anterior se agrega que lo consultado no es un hecho acto o contrato que puede infringir las disposiciones del D.L. N° 211 (que es lo único que puede ser consultado de acuerdo a dicha normativa).

22.2. Fedeleche continúa su análisis destacando que las medidas impuestas no tendrían un carácter mixto especial, por el contrario, serían contenciosas y tendrían por objeto modificar conductas que, según el Tribunal, tenderían a producir efectos anticompetitivos. Así, desde el punto de vista de la libre competencia, sería mejor que la obligación de publicar pautas de precios sólo la mantengan las empresas dominantes en el mercado, que son quienes podrían abusar de dicho poder en contra de los productores de leche cruda. Asimismo, las empresas que detenten poder de mercado, debieran tener especial cuidado en cuanto a establecer políticas de precios objetivas y no discriminatorias.

22.3. Luego, Fedeleche expuso la situación actual del mercado, indicando que, contrario a lo señalado por Watt's, el mercado de procesamiento de leche se habría concentrado, debido a diversas adquisiciones (por ejemplo la compra de Danone por parte de Watt's) y la escasa entrada de nuevos procesadores. Existiría una clara tendencia al alza en las compra de leche de las principales compañías procesadoras, Colún, Soprole, Nestlé y Watt's, y una baja sostenida en cantidad de litros de leche fresca recibida por las pequeñas procesadoras, a diferencia de la posición que estas últimas mantenían para el año 2004, cuando, en conjunto, el segundo lugar del mercado.

22.4. Respecto a la definición de mercado relevante del producto, Fedeleche coincide con las definiciones de la Sentencia, así como por la elaborada por la FNE en dicho proceso. Sobre el mercado relevante geográfico, este aportante de antecedentes afirmó que existen dos posibles definiciones. Así, mientras en un principio la FNE y la Sentencia se inclinaron por la definición de mercado a nivel regional, luego, en la consulta rol NC N° 385-10, la FNE esbozo la idea de un mercado nacional. Para Fedeleche ambas definiciones tienen consecuencias. Si el mercado es nacional, el hecho que las empresas tengan pautas de precios diferentes por regiones implicaría una discriminación arbitraria de precios. Si, por el contrario, el mercado es regional y el precio de la región con mayores ventajas comparativas es el que se fija en el resto del país, ello implicaría una discriminación por pagarse precios iguales a quienes debieran tener un tratamiento diferente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

23. A fojas 373, la FNE, aportó antecedentes destacando que, en atención a que en la Sentencia se dispusieron medidas que suponen su intervención, habría desarrollado investigaciones, tanto sobre la fiscalización del cumplimiento de la Sentencia, como en base a denuncias interpuestas por distintos actores del mercado lácteo. Entre ellas destacarían: (i) el Informe de Fiscalización de cumplimiento de la Sentencia, de 10 de enero de 2011; (ii) las investigaciones Rol FNE N°1966-11 y 2415-16, acumuladas, cuyo informe de archivo es de 22 de enero de 2018; y (iii) la investigación Rol FNE N° 2498-18, sobre el cumplimiento de la Sentencia, actualmente en curso.

23.1. A continuación, la FNE afirmó que las medidas impuestas en la Sentencia serían medidas de conducta aplicables al mercado de venta de leche cruda, entre las que se encuentra la publicación de pautas de precios por parte de las empresas con mayor participación: Soprole, Nestlé y Watt's. El fundamento de éstas se encontraría en la falta de información y transparencia presente en el mercado, que, sumados a la concentración del poder de compra que tenían las obligadas, facilitarían la coordinación, el reparto de mercado y la discriminación arbitraria de precios.

23.2. Por otro lado, respecto a las definiciones de mercado relevante, la FNE señala que el mercado relevante del producto correspondería a la recepción de leche cruda para su procesamiento y elaboración de productos lácteos, producto perecible y que requiere de sistemas de refrigeración para su transporte, aspecto que impondría un costo relevante en su traslado, limitando su área de influencia a un área acotada. En esta línea, el mercado relevante geográfico estaría dividido en dos: (i) Región Metropolitana y (ii) Zona Sur (regiones del Bío Bío, La Araucanía, de los Ríos y Los Lagos).

23.3. La FNE afirmó que, según volumen de recepción de leche cruda, en la Región Metropolitana participarían principalmente Soprole (quien concentra cerca del 80% del mercado), Quillayes y recientemente el Grupo Lactalis. En la Zona Sur participarían Nestlé, Prolesur, Watt's, Colún (actor relevante pero que, dada su organización, no genera presión competitiva), Surlat y Quillayes. Por su parte, según capacidad instalada de procesamiento, en la Región Metropolitana Soprole sería la empresa con mayor capacidad, concentrando un 92,2% de la misma, mientras que en la Zona Sur destacarían Nestlé, Watt's, Prolesur y Surlat. Colún habría incrementado su capacidad, con la singularidad que su aprovisionamiento proviene de sus cooperados.

23.4. La Fiscalía describió la situación actual del mercado y, al contrario de lo indicado por Watt's, considera que las condiciones no se han mantenido, sino que han empeorado. A juicio de la FNE, existiría una alta atomización de productores, baja

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

movilidad de estos y alta concentración en el segmento de procesadores con posición dominante, lo que se traduciría en un bajo nivel de competencia.

23.5. Respecto de la obligación de publicar las pautas de precio, la FNE indicó que ésta favorecería, entre otros factores, una interdependencia entre Watt's, Nestlé y Soprole. Además, dicha obligación habría anulado todos los espacios de discrecionalidad y posibilidad de establecer diferenciaciones entre productores, lo que se aprecia, en particular, en algunos criterios para el ofrecimiento de contratos y en los términos, condiciones y prácticas de formalización de los mismos.

23.6. De acuerdo a la Fiscalía, no se justificaría extender la obligación de publicación de pautas a cooperativas con estructura verticalmente integrada entre producción y procesamiento de leche, ni respecto de los procesadores de menor tamaño. Si dichos actores publican pautas podrían generarse señales de precio equívocas e inútiles y se aumentarían los riesgos de coordinación. Así, para la FNE no es problemática la existencia de una regulación asimétrica, en virtud de la cual las dominantes tengan obligaciones especiales. Este tipo de disposiciones no sería extraña en materia regulatoria y de competencia, existiendo ejemplos en nuestro medio y en derecho comparado, incluso algunos referidos al mercado lácteo.

23.7. En definitiva, si bien el mecanismo de las pautas de precios habría reducido el ámbito para eventuales discriminaciones explícitas entre productores en iguales condiciones, también conllevaría riesgos relacionados a una mayor coordinación y reducción de independencia en las decisiones de los actores dominantes. Por lo tanto, la FNE indica que sería deseable evaluar otros mecanismos que no incidan de forma desfavorable en la competencia.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

24. A fojas 407 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 19 de diciembre de 2018, a las 9:30 horas. La publicación en el Diario Oficial de la citación a dicha audiencia se efectuó, según consta a fojas 408, el 22 de noviembre de 2018, mientras que la publicación en la página web del tribunal se realizó el 29 de noviembre de 2018.

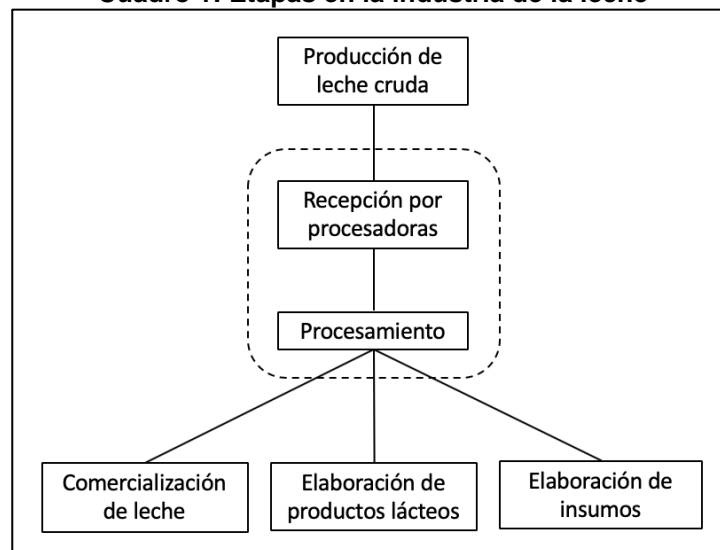
25. En la audiencia pública, como consta a fojas 690, intervinieron los apoderados de la consultante y de los aportantes de antecedentes Colún, Soprole, Prolesur, Fedeleche y la FNE.

II. PARTE CONSIDERATIVA

26. En términos generales y como hemos mencionado, la consulta de autos dice relación con las reglas y condiciones que deben imperar en las relaciones que se dan entre algunos de los participantes de lo que puede denominarse de modo amplio como el “mercado de la leche”; en particular, entre los productores de leche fresca y los intermediarios que desarrollan los productos que finalmente llegan al consumidor (procesadores). Como se verá, desde 2004 y por disposición del Tribunal, la adquisición de leche fresca por parte de algunos procesadores a los productores se encuentra regida por “pautas de precios” (o “pautas de compra”) públicas, las que establecen el precio a pagar y las condiciones asociadas a dicha actividad. La consulta solicita, de manera especial, un pronunciamiento acerca de si tales pautas deben continuar vigentes en el mercado, atendidas las condiciones actuales de competencia, y, en caso afirmativo, si deben ser extendidas a todos los procesadores del mercado.

27. A modo de contexto, es conveniente describir en forma breve y simplificada las distintas etapas por las cuales pasa la leche hasta ser convertida en productos finales, las cuales son mostradas de modo esquemático en el Cuadro N° 1.

Cuadro 1: Etapas en la industria de la leche



Fuente: Elaboración propia.

28. La primera etapa es la de producción de leche fresca. Esta última se obtiene de planteles de vacas lecheras a partir de procedimientos de ordeña manual y mecanizada. Se trata, sin embargo, de un producto que no es completamente homogéneo, pues su calidad depende de múltiples factores, incluyendo el tipo de raza bovina, la alimentación suministrada a los animales, la tecnología de extracción utilizada, el almacenaje y el transporte. De acuerdo con lo sostenido por la FNE en el Informe de Archivo de las investigaciones Rol FNE N°1966-11 y 2415-16, acumuladas, de 22 de enero de 2018 (fojas 320) en el último tiempo se habría producido un aumento de los costos de los productores, por sequía y precios de sus principales insumos; un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incremento de la volatilidad de precios internacionales de referencia; y la disminución de la producción total de leche cruda y del número total de productores.

29. La segunda etapa consiste en la recepción de la leche por parte de los procesadores, quienes compiten por captar la producción. Cuando no existe integración vertical, el procesador compra a terceros proveedores la totalidad de su producción de leche fresca, por regla general, y eventualmente les presta servicios tales como la certificación externa de calidad de la leche recibida, la infraestructura para su depósito y el transporte en camiones acondicionados para este propósito, entre otros. En el mercado chileno, este es el caso de Nestlé, Soprole, Watt's y otras. En presencia de integración vertical (esto es, cuando los productores poseen una relación de propiedad con la empresa procesadora o toman parte en sus decisiones centrales), la compra generalmente se realiza de manera casi exclusiva a los productores integrados. Este es el caso de Colún, la que se encuentra organizada bajo la forma de una cooperativa en la que los productores tienen copropiedad en ella, asignándoseles el derecho a que la totalidad de su producción sea recibida por la propia planta y a adquirir tecnología, capacitación y el uso de su red de distribución, entre otras prestaciones, recibiendo anualmente participación tanto en los excedentes como en los intereses generados. Finalmente, también existen sistemas mixtos de integración, como es el caso de Surlat, en los cuales tienen propiedad tanto productores de leche como capitales foráneos. Dadas estas estructuras, la decisión de un productor, previo a la venta de su producto, será integrarse o mantenerse en el mercado.

30. Finalmente, las plantas procesadoras, que poseen diversa infraestructura y capacidad de almacenaje, realizan el tratamiento y procesamiento de la leche, sea para su comercialización, para la elaboración de uno o más productos lácteos destinados a la comercialización o exportación, o bien para la elaboración de productos que son usados como insumos intermedios para la fabricación de otros alimentos. Los productos lácteos más relevantes son la leche en polvo (entera y descremada), leche líquida (principalmente tipo UHT envasada), leche condensada, queso, mantequilla, cremas, yogurt (en distintas variedades) y postres lácteos refrigerados.

31. Como se observa, la consulta de autos dice relación única y exclusivamente con la etapa de recepción leche cruda. Este es un punto no debatido entre los aportantes de antecedentes, quienes en general consideran esta etapa como el mercado relevante del producto para efectos de esta causa, según se da cuenta a fojas 148 (informe económico acompañado por Watt's), 247 (Nestlé), 373 (FNE) y 411 (informe económico acompañado por Colún).

32. Sin embargo, como veremos, existe cierto debate respecto de la extensión del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercado geográfico. Diversos aportantes de antecedentes han destacado que la competencia relevante por la recepción de leche fresca se da entre plantas procesadoras que se encuentran en una determinada zona, principalmente porque, como mencionamos, al ser la leche fresca un producto perecible, se requieren sistemas de refrigeración para su transporte, lo que impone costos relevantes en su traslado y limita, por ende, el área geográfica.

33. De la revisión de lo consultado, dentro del ámbito delimitado para ello, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

- i. Desde la dictación de la Sentencia hasta la fecha, el cambio más trascendente en el mercado de la compra de leche fresca no se ha dado en sus condiciones estructurales, sino en la manera como se relacionan productores y procesadores. En efecto, independiente de lo señalado en aquella, los contratos escritos han adquirido una mayor relevancia, al menos en el caso de dos de las procesadoras sobre las que recayeron obligaciones. Atendido el ámbito de la consulta, descrito en la sección II.A., no nos pronunciaremos acerca de este hecho, sino que lo tomamos como dado para efecto de nuestro análisis.
- ii. A pesar de lo anterior, continúa existiendo en el mercado un porcentaje relevante de compra *spot* (es decir, no sometida a un contrato escrito, sino solamente a las pautas de precio). Esto provee una buena justificación *prima facie* para mantener la necesidad de contar con pautas de precios públicas en los mismos términos indicados en la Sentencia. Por lo demás, las pautas han permitido cumplir de forma eficaz con los objetivos de transparencia y uniformidad de las condiciones para la compra de leche fresca establecidos en aquella Sentencia.
- iii. Como veremos, independiente de la forma que rija las relaciones entre proveedores y procesadores –contractual o *spot*–, la compra de leche fresca puede dar lugar a relaciones de largo plazo producidas por la fidelización de los productores. En el mercado de la leche fresca, la falta de movilidad de los productores proviene en buena medida de los incentivos entregados por los procesadores, sea en las pautas o los contratos, a través de ciertos bonos o penalizaciones contrarios a la competencia. Por tanto, tanto las pautas como los contratos requieren de cambios en su estructura para favorecer de mejor manera la competencia en el mercado.

34. En forma previa a entregar el detalle y fundamento de estas conclusiones, es

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

necesario dilucidar algunas cuestiones jurídicas previas.

A. Acerca del objeto de esta consulta

35. Más allá de las cuestiones fácticas y económicas que deben dilucidarse, algunas de las partes del proceso han planteado que jurídicamente no resultaría posible emitir un pronunciamiento acerca del asunto consultado, atendido que su alcance y extensión excederían la competencia que el D.L. N° 211 confiere al Tribunal en este ámbito.

36. En este sentido, Fedeleche ha indicado que *“tratándose de medidas adoptadas en un procedimiento contencioso e impuestas a los requeridos en el mismo, solo en un nuevo procedimiento contencioso podrían volver a analizarse”* (fojas 268). Es decir, según este aportante, dado que la consulta se refiere centralmente a pautas de precios cuya utilización fue impuesta por vía de una sentencia emanada de un procedimiento “contencioso”, una resolución emanada de un procedimiento consultivo no podría pronunciarse acerca de tales hechos.

37. Por otro lado, también se ha señalado que sería imposible la modificación de las medidas debido al efecto de cosa juzgada generado por la Sentencia. En efecto, Fedeleche sostiene que al encontrarse firme y ejecutoriada, ella produce el efecto de cosa juzgada (al menos formal) respecto de las medidas.

38. En nuestro concepto y por las razones que exponemos a continuación, afirmar que no se pueden modificar las medidas impuestas en una sentencia por medio de una resolución es jurídicamente insostenible, encontrándose la presente consulta formulada correctamente en su alcance y extensión.

39. En efecto, la presentación de Watt’s se enmarca en la atribución regulada en el artículo 18 N°2 del D.L. N° 211, en virtud de la cual el Tribunal, a solicitud de quien tenga interés legítimo, puede conocer de los asuntos de carácter no contencioso que eventualmente infrinjan la libre competencia y, en caso de que ésta sea efectivamente vulnerada, fijar las condiciones o medidas que deben ser cumplidas para que tal situación sea subsanada. Procedimentalmente, el ejercicio de esta atribución se somete al procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211 y culmina con el ejercicio de una potestad funcionalmente administrativa.

40. Como ha señalado la jurisprudencia en materia de libre competencia, el procedimiento consultivo se diferencia del contencioso (que se corresponde con la atribución indicada en el artículo 18 N°1 del D.L. N° 211 y se encuentra regulado en los artículos 20 y siguientes del mismo D.L.) fundamentalmente en la posibilidad de atribuir responsabilidad a un determinado agente económico. En este sentido, la Excma. Corte

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Suprema ha indicado que *“en todo caso, la diferencia es sustancial si se considera que en el ejercicio de la potestad consultiva no se realiza un juicio de reproche respecto de la conducta de los agentes económicos. Lo que aquí se constata únicamente es la compatibilidad del asunto consultado con el bien jurídico protegido por el D.L. N°211”* (Excma. Corte Suprema, rol N° 9843-2011, c.12°). En la misma línea pueden también ser destacadas nuestras resoluciones N° 53/2018 (párrafo 104) y N° 117/2011 (párrafo 21).

41. Este ejercicio de búsqueda de la compatibilidad entre la norma y la situación de hecho presentada por un interesado tiene, en todo caso, limitaciones intrínsecas, tal como ha indicado la Excma. Corte Suprema en su Sentencia de 27 de enero de 2009, rol N° 4797-2008, c. 12°: *“la atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de dicha potestad administrativa”*. Estas limitaciones, sin embargo, dicen relación con el hecho de que en esta clase de procedimiento no es posible reglar de manera general un mercado, lo que implica que la atribución del Tribunal está circunscrita por el propio acto, hecho o contrato consultado.

42. En el presente caso, como se observa, el objeto de la consulta de autos es la revisión de las condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos relativos a la compra y venta de la leche fresca y, en particular, de la obligación de publicar pautas de precio de compra impuesta en la Sentencia, por parte de los sujetos obligados por ella, y no la determinación de la responsabilidad y sanción de un actor en particular, por lo que es claro que no existe una contienda de aquellas que corresponde conocer por medio del procedimiento contencioso del artículo 20 del D.L. N° 211. Tal como se señaló en la Resolución N° 53/2018, *“la naturaleza contenciosa o no contenciosa del procedimiento de modificación de medidas impuestas por el Tribunal no depende de la existencia de una controversia o de la persecución de la responsabilidad de un agente económico en el procedimiento anterior, sino en el actual. La falta de pretensiones contradictorias que impliquen dicha búsqueda en el segundo procedimiento exige necesariamente una tramitación no contenciosa. En sentido inverso y siguiendo la misma lógica, no existirían impedimentos jurídicos para tramitar de modo contencioso la modificación de una medida que fue impuesta en virtud de un procedimiento consultivo, en el evento que se busque la responsabilidad de un agente económico y surja la necesidad de revisar o modificar dicha medida”* (párrafo 120).

43. Lo anterior implica que el pronunciamiento en este caso sólo puede recaer sobre lo consultado y no, por ejemplo, sobre un eventual incumplimiento de la Sentencia por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

parte de cualquiera de los obligados por ella.

44. Enseguida, más allá de la diferencia anterior relativa a la persecución de la responsabilidad de un agente económico determinado, ambos procedimientos – consultivo y contencioso– resguardan de manera adecuada el debido proceso, sin perjuicio de las particularidades procesales que cada uno de ellos pueda tener atendida la materia de fondo sobre la cual recaen (Resolución N°53/2018, párrafo 112). Así también lo ha ratificado la Excma. Corte Suprema, que ha señalado que *“se debe destacar que el procedimiento intentado [consultivo] garantiza la publicidad, transparencia e igual derecho de intervención de todos los agentes interesados en el asunto. En efecto, el artículo 31 del D.L. N°211 contempla las siguientes oportunidades procesales: la notificación y plazo para aportar antecedentes; la circunstancia de que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente; el derecho a ser oído, plasmado en la fijación de una audiencia pública; y la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para recabar los antecedentes que considere pertinentes”* (sentencia rol N° 30190-2014, c. 4).

45. Asimismo, el procedimiento consultivo tampoco se diferencia mayormente del contencioso en lo que respecta al tipo de condición o medida que el hecho, acto o contrato debe satisfacer para no atentar contra la libre competencia. En ambos casos el legislador ha entregado plena libertad al Tribunal para definir esas medidas, según se desprende de lo indicado en el artículo 3° del D.L. N° 211. Tal como se señaló en la Resolución N°53/2018: *“En el caso del procedimiento contencioso, el artículo 3°, inciso primero, del D.L. N°211, establece que se podrá sancionar a un agente económico ‘con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que... puedan disponerse en cada caso’. En otras palabras, el artículo 26 del D.L. N°211 sólo especifica lo señalado de modo más genérico en el artículo 3° del mismo D.L. Por su parte, en el caso del procedimiento consultivo el artículo 18 N°2 del citado D.L. permite al Tribunal ‘fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos’, las que consisten, precisamente, en medidas, o también llamados remedios, de carácter preventivas, correctivas o prohibitivas”* (párrafo 108).

46. Por cierto, lo anterior no implica que las medidas que puedan ser impuestas en el marco de un procedimiento de consulta sean idénticas a las que se refiere el artículo 26 del D.L. N° 211. La referida especificación de la norma general no supone desatender las potestades que en cada caso ejerce esta magistratura. Así, mientras las medidas establecidas en esta última disposición tienen un carácter sancionatorio, las adoptadas en el procedimiento de consulta carecen de tal naturaleza, por cuanto –

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reiterando– no conllevan aparejada la responsabilidad de agente alguno, sino que suponen una mirada prospectiva, que evite hacia el futuro la concreción de los riesgos para la libre competencia que sean establecidos como probables en la resolución que pone término al procedimiento de consulta.

47. Atendido, entonces, que las medidas en un procedimiento consultivo deben ser fijadas considerando las características del hecho, acto o contrato consultado, su contenido y ámbito de aplicación es amplio. Por lo mismo, no obstante las diferentes potestades que se ejercen en uno y otro caso, las especiales características de un hecho, acto o contrato particular pueden llevar que las medidas establecidas en un procedimiento consultivo sean análogas a algunas de las indicadas en los literales del artículo 26, lo cual ocurrirá con mayor probabilidad en relación con las de las letras a) y b) de esa disposición.

48. Lo anterior ha sido sostenidamente ratificado en la jurisprudencia. Como se señaló en la Resolución N° 86/2009, *“un medio fundamental con el que cuenta este Tribunal está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones -de llevarse a cabo-, se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia”* (c. 3°). Asimismo, la Excma. Corte Suprema ha indicado que *“puede asumirse que el legislador no predeterminó el contenido de las medidas de mitigación o condiciones necesarias para la realización de un negocio jurídico, sino que por medio de una norma abierta optó porque el juzgador de libre competencia las individualizara caso por caso en relación con las exigencias concretas [...] por otra parte, en virtud de la regla exegética de interpretación, es nítido que el legislador en materia de libre competencia otorgó al TDLC las facultades de fijar condiciones en el ejercicio de la mencionada función consultiva sin establecer una enumeración o catálogo taxativo de medidas de mitigación que pudieran imponerse”* (Excma. Corte Suprema, rol N° 9843-2011 c. 10° y 12°).

49. Finalmente, todas las características anteriores (las diferencias en cuanto a su objetivo y potestades ejercidas, y las similitudes en términos de garantías procesales y medidas posibles de ser adoptadas) hacen que la alegación de cosa juzgada no deba ser acogida en el presente caso. Tal como se sostuvo en la Resolución N° 53/2018, *“lo relevante en la cosa juzgada en los procesos de libre competencia de interés público no son las partes, sino los hechos, de modo que sólo se vería infringida ante una revisión de los mismos hechos. Por tanto, la cosa juzgada no se vería afectada ante la revisión contenciosa o no contenciosa de nuevos hechos que involucren a las mismas partes, y la exigencia de que estas gocen de las garantías del debido proceso en el nuevo procedimiento de revisión no se funda en el efecto de cosa juzgada de la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sentencia anterior, sino en la necesidad de oír a todos los interesados que podrían verse afectados por la nueva medida (cuestión garantizada en el procedimiento consultivo)” (párrafo 121). Dicho de otro modo, la cosa juzgada meramente formal en un procedimiento anterior no puede constituir en sí misma una causal para abogar por la inmutabilidad de las medidas impuestas en dicho procedimiento.

50. Subyacente a lo anterior se encuentra el objetivo disuasivo (futuro) de las medidas que pueden ser establecidas en un procedimiento de libre competencia (sea contencioso o consultivo, según se ha indicado). En este caso, con su imposición se busca corregir prospectivamente los efectos anticompetitivos producidos en un mercado determinado, los que a su vez han sido establecidos luego de un análisis que se realiza prioritariamente de forma estática, esto es, considerando un momento determinado del tiempo, aun cuando también se tomen en cuenta (de modo muy relevante) aspectos dinámicos. Ello implica un reconocimiento de la imposibilidad de predecir todas las variaciones que pueden presentarse en la evolución de un mercado. Por ello, como se explicitó en la Resolución N° 53/2018, *“las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N°147/2015, c.105°). En consecuencia, este Tribunal siempre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio” (párrafo 123).*

51. Sin embargo, con la finalidad de que los agentes económicos tengan certeza jurídica respecto a cómo conducir sus actos, cualquier modificación de las medidas sólo debe regir hacia el futuro. *“De esta forma se respeta el principio de confianza legítima respecto de los actos previos del tribunal, porque los agentes económicos podrán ejecutar o celebrar sus actos o contratos con la certeza de que serán conformes a la libre competencia, a pesar de un cambio de circunstancias, mientras no se adopte una nueva medida constitutiva” (Resolución N° 53/2018, párrafo 125).*

52. En suma y de acuerdo con todo lo expuesto, no existen impedimentos jurídicos para abocarse al asunto consultado, esto es, las condiciones que deberán ser cumplidas a partir de la resolución que se dicte en estos autos, en los hechos, actos y contratos relacionadas con la recepción y compra de leche cruda, y en especial, con la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche.

53. Sin perjuicio de todo lo expuesto, tal como se ha señalado (*supra* párrafo 41), el objeto del procedimiento consultivo se diferencia de aquella facultad del Tribunal regulada en el artículo 18 N° 3 del D.L N° 211, de manera tal que por medio de aquel no es posible regular el mercado de manera general, como si se tratara de una instrucción de carácter general. Por ello, no es posible revisar las condiciones de compra y venta de todo el mercado de leche fresca de un modo general, como se solicita en la primera parte del petitorio de la presentación de Watt's.

B. Acerca de la Sentencia N° 7/2004 y las condiciones de competencia vigentes al tiempo de su dictación

54. Un análisis adecuado del hecho consultado en el presente caso requiere comprender, ante todo, la situación del mercado de que dio cuenta la Sentencia N° 7/2004, de modo de comprender los fundamentos que se tuvieron en consideración al dictar las medidas impuestas, en particular, las pautas de precio de compra aplicables a algunos actores del mercado. Esto se detalla en la sección II.B.2. siguiente. Previamente, es conveniente recordar los hechos que dieron lugar a dicha sentencia y su contenido central (sección II.B.1.).

B.1. Antecedentes procesales de la Sentencia N° 7/2004

55. La Sentencia tiene su origen en el Dictamen N°1/1996 pronunciado por la H. Comisión Preventiva Regional de la IX Región el 28 de mayo de 1996, el que a su vez tiene como base los antecedentes proporcionados por la Fiscalía Regional Económica por medio del Informe de 23 de mayo 1996, con el cual concluyó su investigación Rol N° 06/95.

56. En el Dictamen N°1/1996 la H. Comisión Preventiva Regional de la IX Región se pronunció acerca de la conducta de abuso de posición dominante imputada por la Fiscalía Regional a las empresas Lechera del Sur S.A. ("Lechera del Sur"), Soprole, Loncoleche y Parmalat, quienes, de acuerdo con el informe de dicha fiscalía, operaban como un oligopsonio discriminador de precios en las compras de leche fresca. La H. Comisión Preventiva Regional aprobó el informe y estimó que las empresas incurrieron en conductas atentatorias que *"principiaban con el reparto de cuotas de mercado y de los proveedores, seguido, de la negativa de compra como instrumento para asegurar la mantención de las cuotas concordadas entre las respectivas plantas y la permanencia clausurada, sin posibilidad real de movilidad, de los proveedores, el posterior abuso de la posición dominante lograda, que es ejercicio a través de la disminución arbitraria de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precios de compra, manipulación de resultados de análisis de calidad o propiedades de la materia prima a efectos de incidir sobre el proceso de determinación del precio, u finalmente de la discriminación entre productores en relación con el precio que se fija como consecuencia de conocer su elasticidad precio de oferta” (c.5, Dictamen N°1/1996, 28 de mayo 1996. Comisión Preventiva Regional IX Región de la Araucanía, fojas 2, expediente Rol C N° 01-04).

57. El Dictamen N°1/1996, además, solicitó al Fiscal Nacional Económico que formulara un requerimiento ante la H. Comisión Resolutiva contra las empresas Lechera del Sur, Soprole, Loncoleche y Parmalat. Contra ese dictamen, las empresas Loncoleche y Soprole dedujeron recursos de reclamación, dando lugar al expediente rol N°511/96 de la H. Comisión Resolutiva, la cual decidió abocarse de oficio a su conocimiento y solicitar un informe al Fiscal Nacional Económico.

58. Atendida la orden dada por la H. Comisión Preventiva Regional de la IX Región, el Fiscal Nacional Económico amplió, el 8 de agosto y 4 de septiembre de 1996, la investigación del mercado lechero a las regiones VIII y X, encontrando evidencia de conductas similares a las descritas para la IX región.

59. De esta forma, el 23 de junio de 1997 (a fojas 76 del expediente rol C N°01-04) el Fiscal Nacional Económico informó y a la vez dedujo requerimiento en contra de Nestlé (Lechera del Sur), Parmalat, Watt's (Loncoleche), Colún y Dos Álamos, imputándoles el haber llevado a cabo una serie de conductas que habrían tenido por objeto y efecto eliminar, distorsionar y entorpecer la competencia en el mercado nacional de adquisición y procesamiento de leche bovina, en particular en las regiones octava, novena y décima del país. Con ello se da origen al procedimiento rol C N°01-04.

60. Según se especifica en la parte expositiva de la Sentencia N° 7/2004 , la FNE imputó las siguientes conductas: (i) el reparto de cuotas de mercado, figura que se presentaría en las tres regiones mencionadas y que se conformaría a partir de pactos de no agresión celebrado entre las plantas; (ii) una negativa de compra, constituida por la eventual negativa de cada planta respecto de productores que usualmente proveen a diferentes plantas; (iii) la disminución y discriminación de precios, que se expresaría mediante el pago de un precio final por litro de leche superior para productores que cuentan con grandes volúmenes de entrega, respecto de los medianos y pequeños, o mediante el pago de un precio final diferente a productores que entregan un producto similar, sin razones objetivas para ello; y (iv) opacidad en el proceso de toma de muestras.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

61. Además la FNE solicitó, como medida precautoria, que se estableciera la obligación, para cada una de las procesadoras ubicadas en las regiones señaladas, de publicar en lugares visible de sus plantas u oficinas y en medios de prensa de circulación nacional o local, la plantilla completa los parámetros y criterios que utilizaban para determinar el precio final a pagar por litro de leche, indicando precio base, bonificación por calidad, bonificación por materia grasa, bonificación por estacionalidad, bonificación por entrega en estanque de enfriamiento, otras bonificaciones y castigos. A fojas 119 del expediente rol C N°01-04, se dio lugar a dicha medida.

62. A fojas 702 expediente rol C N° 01-04 consta la presentación de 9 de septiembre de 1997, en la que Colún solicitó ser excluida del requerimiento, atendido que: (i) solo se le imputaban los cargos de “reparto de cuotas de mercado y negativa de compra”; (ii) no existía antecedente o prueba alguna que acreditara que Colún directa o indirectamente hubiera incurrido en dichos cargos; (iii) la Sociedad Nacional de Agricultura Federación Gremial, parte de la causa, reconoció que Colún no había infringido norma alguna del D.L. N° 211; y (iv) por sus condiciones estatutarias y operacionales, Colún no podría negarse a comprar leche de sus cooperados ni podría haberse repartido cuotas de mercado, ya que solo adquiere un 2% de sus compras a terceros no cooperados. A fojas 819 del expediente rol C N° 01-04 la FNE se pronunció sobre la materia, señalando que, dada la estructura jurídica de Colún, las características y destinos de los excedentes de la empresa y la escasa relevancia de las operaciones correspondientes a proveedores que no tenían la calidad de asociados, y que podrían estar relacionadas con las conductas imputadas, hacían de Colún un demandante de leche fresca por entero diferente a las demás empresas requeridas. La FNE declaró que Colún no había incurrido, en esa ocasión, en las prácticas que se le imputaban en el requerimiento formulado. Finalmente, a fojas 820 del expediente rol C N° 01-04 la H. Comisión Resolutiva, en mérito de lo señalado por la FNE y de los antecedentes de autos, aceptó la solicitud de Colún y la excluyó del requerimiento.

63. De acuerdo con lo sostenido por la FNE en su requerimiento, las requeridas originales (esto es, incluyendo a Colún) demandaban un 87% de la leche fresca, demanda que habría aumentado aproximadamente al doble entre los años 1987 y 1995.

64. Asimismo, la FNE indicó que los productores de leche fresca estaban atomizados y dispersos geográficamente en sectores rurales; que no se estructuraban en organizaciones que les permitieran intercambiar información acerca de las características y variables relevante del mercado; que no conformaban asociaciones para la comercialización del producto; y que enfrentaban una alta rigidez de corto plazo en su curva de oferta debido a la rápida perecibilidad del mismo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

65. En lo que respecta al precio de compra pagado por las plantas procesadoras a cada productor por litro de leche, éste habría sido determinado de la siguiente forma: primero, cada planta informaba (o debía informar) un precio base por litro para un período determinado. Luego, a este precio se le sumaba (o restaba) el resultado de la aplicación de una serie de factores relativos a la calidad del producto, el volumen entregado, la estación del año de que se tratase (invierno/verano), al tipo de almacenamiento (en frío o estanque), el porcentaje de materia grasa, entre otros.

66. La FNE sostuvo que *“no existen contratos por escrito entre las partes (productor-planta). La relación se traba en la práctica por la vía de la adscripción de cada productor a una planta lechera que- en teoría- le informa su pauta para la determinación del precio de litro de leche (Tabla de Factores de Bonificación) (...) las plantas lecheras no asumen más obligación que la de informar los cambios de la mencionada pauta; en otras palabras, las empresas pueden alterarlas unilateralmente varias veces en el curso de un año”* (fojas 91 expediente rol C N° 01-04).

67. Posteriormente, la Sentencia (i) acogió los recursos de reclamación interpuestos por Watt's (Sociedad Agrícola y Lechera Loncoche S.A.) y Sociedad de Productores de Leche S.A. en contra del Dictamen N° 1/96 de la Comisión Preventiva de la IX Región, el que se dejó sin efecto en todas sus partes; (ii) rechazó el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Nestlé, Parmalat, Soprole, Watt's y Dos Álamos por estimar que no había quedado suficientemente probada la existencia de un acuerdo de reparto de mercado, negativa de compra y acuerdo de precio, así como las demás conductas derivadas de dichos acuerdos y otros hechos imputados; y (iii) acogió el requerimiento en contra de Nestlé, en su calidad de continuadora legal de Lechera del Sur S.A., sólo en lo que respecta a la ejecución de conductas de discriminación arbitraria, condenando a dicha empresa a una multa.

68. Sin perjuicio de lo resuelto, con el objeto de mejorar las condiciones competitivas en el mercado identificado en la Sentencia, fueron impuestas sobre las requeridas Nestlé, Soprole y Watt's las siguientes medidas: (i) mantener un listado de precios de compra en el que fueran detallados los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados; (ii) anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en las condiciones de compra de leche fresca; (iii) fundar su negativa de compra a los agricultores que les efectuaran ofertas por escrito; (iv) llevar un registro de las ofertas que rechazarán, e informar a la FNE semestralmente los cambios significativos de compra a clientes antiguos así como la incorporación de nuevos; (v) abstenerse de usar en la determinación del precio el cociente histórico entre entregas de invierno y entregas de verano; y (vi) diseñar un sistema de toma de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

muestras que diera garantías a todas las partes involucradas (6 meses), el cual debía ser aprobado por la FNE (sujeto a que ésta solicitara al Ministerio de Agricultura tal tarea en caso de no hacerlo).

69. La publicación de pautas de precios y su aplicación a las relaciones comerciales con los productores de leche no quedó circunscrita únicamente a aquellos ubicados en las Regiones VIII, IX y X. Por el contrario, la Sentencia dispuso que las medidas “*deberá[n] considerarse en los actos o contratos que se ejecuten o celebren en este mercado, como asimismo en el resto de las regiones del país*” (resuelvo cuarto).

B.2. Condiciones de mercado de que da cuenta la Sentencia Nº 7/2004

70. Las obligaciones impuestas en la Sentencia mencionadas en el párrafo 68, en particular, la obligación de publicar pautas de precios que debían regir en las compras de leche fresca, se basaron en un análisis de las características específicas del mercado, tanto estructurales como de funcionamiento. Entre las primeras se encuentra la delimitación del mercado del producto, para luego abocarse al “ámbito” geográfico de análisis, la caracterización de los agentes económicos que participan en el mercado y un examen de las posibles barreras de entrada y salida. El funcionamiento se refiere a la manera concreta cómo se relacionan o vinculan los distintos participantes.

71. En lo que respecta a las características estructurales del mercado, la Sentencia indicó simplemente que el mercado del producto era “el mercado de la leche”. Asimismo, no hizo una mención explícita al mercado relevante geográfico, sino que sólo expuso un análisis de concentración regional en la recepción de leche en planta para el año 1995 en las regiones Metropolitana, VIII, IX y X, y posteriormente una evolución de participación de las principales empresas en las tres últimas regiones mencionadas (detallado *infra* en párrafos 73 y 75).

72. En este contexto, la Sentencia indicó que cerca del 100% de la distribución de leche fresca destinada a plantas de procesamiento era producida en las regiones Metropolitana, Octava, Novena y Décima, y que ésta última región era la mayor proveedora, con más de un 60% de la recepción total en plantas (c. 23°).

73. En lo que respecta a los agentes económicos, la Sentencia sostuvo que, en general, la oferta de leche fresca era efectuada por una multiplicidad de productores de diversos tamaños y con baja organización, mientras que el procesamiento se concentraba en muy pocos actores (c. 23°). En específico, la participación de los procesadores en la adquisición de leche fresca al año 1995, en las regiones antes mencionadas, se muestra en el Cuadro N° 2:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 2: Concentración regional en la recepción de leche en planta (1995)

RM	%	VIII Región	%	IX Región	%	X Región	%
Soprole	66,9	Nestlé	48,7	Loncoleche	41,1	Nestlé	24,3
Los Fundos	11,5	Soprole	33	Parmalat	30,9	Colún	20,9
Santiago	9,5	Parmalat	18,3	Soprole	15	Loncoleche	17,3
Quillayes-P	8			Lechera-Nestlé	12,9	Soprole	13,3
L. Pirque	4,1			Calan		Dos Alamos	12,5
				LB		Lechera	11,7
% del total de la leche entregada en planta	100		100		83		91

Fuente: Sentencia N°7/2004.

74. Como se observa, en esa época se evidenciaba la presencia de un procesador preponderante en cada región: Soprole en la Región Metropolitana, Nestlé en la Octava y Loncoleche en la Novena. Sólo en la Décima Región existía un mayor número de compradores, ya que a las tres mencionadas (que mantenían de todos modos participaciones altas) se unía Colún.

75. Más allá de la concentración regional, la Sentencia también dio cuenta de la estabilidad de las participaciones de mercado de los procesadores en el período 1990-96, según se muestra en el Cuadro N° 3. La única excepción se dio en el caso de Nestlé, que el año 1996 evidenció un incremento de casi diez puntos porcentuales en su participación, lo que, sin embargo, respondió a la situación puntual de adquisición de Lechera del Sur.

Cuadro N° 3: Evolución de la participación de mercado (%) de las principales empresas procesadoras de leche en regiones VIII, IX y X entre los años 1990-96

Empresa / Año	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Lechera Sur	12,47	12,25	12,47	11,68	12,04	10,93	0,00
Nestlé	24,34	23,86	24,34	24,60	22,92	24,22	34,10
Soprole	11,25	13,73	12,50	12,49	14,71	12,50	16,51
Parmalat-Soprocar	7,32	7,47	7,41	6,83	7,03	7,50	7,23
Loncoleche	19,11	18,35	18,48	18,87	18,83	19,88	18,84
Dos Alamos	9,85	9,85	10,02	10,14	9,66	9,37	7,92
Colún	15,65	14,48	14,80	15,40	14,80	15,59	15,38
Total	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: Sentencia N°7/2004.

76. La importante concentración del poder comprador por parte de los procesadores a nivel regional se reflejaba además en un poder de compra general en el mercado total. Mientras la leche recibida en plantas procesadoras alcanzaba al 70% de la producción total, el 30% restante era destinado a otros propósitos, tales como el consumo en predios o la venta a pequeños productores de quesos y similares (c. 23°).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

77. Finalmente, la Sentencia no realizó un análisis detallado de las barreras de entrada o salida de los distintos segmentos del mercado. En este sentido, sin perjuicio de que sostiene que a la fecha de su dictación no existían tales barreras en el mercado de la leche, también indica que la *“oferta compradora”* era escasa y estaba representada por sólo *“cuatro o cinco empresas procesadoras”* (c. 46°). De esto se sigue que la referencia a la ausencia de barreras sólo está hecha al segmento productor, sin que haya existido un pronunciamiento expreso respecto del procesamiento.

78. Dado todo lo anterior, la Sentencia estimó necesario *“precaer que estas empresas –que en conjunto tienen una posición dominante en el mercado– celebren convenios expresos o tácitos para coordinar sus políticas de precios”* (c. 46°). Lo anterior, en atención a que *“el mercado de la leche fresca de las Regiones VIII, IX y X, adolece de imperfecciones y muestra una falta de transparencia que es necesaria corregir ejerciendo así este Tribunal el rol que la ley le asigna en orden a prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, coordinadas o no, que les permitan crear, aumentar o mantener un poder de mercado cuyo ejercicio pueda derivar en restricciones a la competencia en los mercados”* (c. 46°).

79. En cuanto a la falta de transparencia, la propia Sentencia menciona que *“los productores parecían desconocer la modalidad de determinación del precio que recibirían por la leche entregada”*, a lo que se sumaba el hecho de que existían dificultades para cambiar de procesador, especialmente por la *“costumbre”* de estos de comprar toda la leche (c. 47° y 50°). La Sentencia indica que el procesador podría incentivar a los productores de leche fresca a que invirtieran en mejorar la oferta de leche y, posteriormente, reducir el precio a pagar, sabiendo que dicha oferta no sólo es inelástica en el corto plazo a nivel de la industria, sino también a nivel de cada empresa por la poca capacidad de los productores de cambiar de comprador (c. 49°).

80. En lo que respecta ahora al funcionamiento del mercado, y tal como sostuviera la FNE en su requerimiento (véase *supra*, párrafo 66), la Sentencia indica que las relaciones entre productores y procesadores no se formalizaban en un documento o contrato particular, sino que a esa fecha las plantas recibían toda la leche que los productores habituales le entregaban (c. 25°).

81. El precio de la leche recibida estaba determinado *“por un precio base, que se ve modificado por la aplicación de una serie de factores que reflejan la calidad de la leche, el volumen de leche entregada, la relación de la cantidad de leche entregada en invierno con respecto a la entregada durante el verano, etc.”* (c. 25°). Además, se debe considerar que *“por tratarse de un mercado oligopsónico, el precio pagado a los*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

productores puede variar con la intensidad de competencia entre plantas, y sólo bajo circunstancias muy especiales podría corresponder al de un mercado perfectamente competitivo” (c. 32°).

82. Según se indica en la Sentencia, cada planta establecía los factores de determinación del precio para un cierto período. Sin embargo, en la práctica las condiciones de compra eran modificadas (se desprende –aunque no se explicita– que de manera casuística) dentro del mismo período antes de que éste finalizara, lo que generaba incertidumbre en los productores y afectaba sus posibilidades de realizar una planificación productiva de mediano plazo que maximizara sus beneficios (c. 25°). Esta incertidumbre era determinante, ya que *“la elasticidad de corto plazo en la oferta de leche fresca es muy baja. Esta situación, unida a la dificultad para cambiar de planta, daría espacio para una actitud oportunista de parte del comprador” (c. 26°)*. Con todo, la Sentencia también indica que este riesgo podría verse atenuado en cierta medida con los incentivos que tienen los procesadores para asegurar un abastecimiento y uso eficiente de su planta.

83. En definitiva, en lo que aquí importa, la Sentencia concluyó que en el mercado de la recepción de leche fresca existían importantes problemas en la determinación del precio y la movilidad de los productores. En efecto, indicó que *“[...] los productores parecían desconocer la modalidad de determinación del precio que recibirían por la leche entregada [...]”* y que *“[...] existen reclamos sostenidos en cuanto a la dificultad que enfrentarían los productores para cambiarse de planta y en cuanto a la falta de garantías en la toma de muestras” (c. 47°)*.

84. Por lo anterior, en la Sentencia fueron impuestas las medidas descritas *supra* en el párrafo 68 (entre las que se destaca la publicación de pautas de precios), de modo de obligar *“[...] a las empresas procesadoras a establecer condiciones de compra claras y precisas, y que permitan, a su vez, al productor conocer detalladamente esas condiciones, para poder cambiar de empresa lechera o de rubro si conviene” (c. 48°)*.

85. En específico, se indicó que era necesario conocer cierta información básica relativa a las condiciones de comercialización, tales como descuentos por volumen, precios estacionales, forma de pago, bonificación o descuento por distancia respecto a la planta o, en general, cualquier otra condición, y que éstas fueran claras, objetivas y generales, de modo que los productores pudiesen efectuar las comparaciones que, en definitiva, determinan sus decisiones de venta.

C. Desarrollo del mercado con posterioridad a la dictación de la Sentencia N° 7/2004.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

86. En la sección precedente hemos mostrado que las pautas de precio (cuyo análisis más detallado se realiza *infra*, en la sección II.D.1.) fueron impuestas en razón de ciertas condiciones estructurales y funcionales del mercado, que consistían básicamente en una atomización de la producción *vis-a-vis* una concentración del procesamiento; en un contexto donde las transacciones se concentraban geográficamente en cuatro regiones, el principal destino de la leche fresca eran las procesadoras (las cuales, por tanto, tenían un poder de compra significativo) y el vínculo entre ambos grupos de agentes de mercado no era comúnmente formalizado por vía contractual (es decir, el mercado era principalmente *spot*), existiendo un importante nivel de opacidad en la determinación de los precios a pagar por la leche fresca producida.

87. Para dar respuesta a la consulta de autos, es fundamental analizar si estas características han sufrido modificaciones desde 2004 a la fecha. Como veremos a continuación, no existen variaciones estructurales relevantes para efectos de nuestra decisión. Funcionalmente, sin embargo, las relaciones entre productores y procesadores han pasado a estar dominadas principalmente por relaciones contractuales escritas y formales de mediano y largo plazo entre las partes. Esto no es sólo distinto de la situación de mercado anterior, sino también es diferente a la situación que vislumbró la Sentencia, que abogó porque tales relaciones estuvieran regidas fundamentalmente por las pautas de precio.

C.1. Características estructurales

88. En primer término, la definición del mercado geográfico no presenta variaciones significativas respecto de la situación imperante a la época de dictación de la Sentencia. Esto, a pesar que –como adelantamos y detallamos en los párrafos siguientes– los intervinientes presentan divergencias respecto de su delimitación.

89. En esta materia, la consultante acompañó al proceso un informe realizado por la FNE para otro proceso consultivo (que consta a fojas 11 del cuaderno de documentos de Watt's). Allí se determinó que la cercanía existente entre la planta receptora y los lugares de producción de leche fresca es el factor preponderante para delimitar el mercado geográfico. En otras palabras, éste se definiría como el sector comprendido por la zona de influencia de cada una de las plantas receptoras de leche, lo que significa, en concreto, que el mercado relevante geográfico sería regional.

90. Nestlé, por su parte, a fojas 247, señaló que la recepción de leche cruda (la que en esta Resolución hemos denominado “fresca”) en Chile se efectúa desde la Región Metropolitana hasta la Región de los Lagos. No obstante, reconoce que existirían

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones de competencia no homogéneas entre las diferentes regiones. Las plantas de recepción de leche presentarían zonas de influencia diferenciadas donde la adquisición resulta ser rentable sujeto a la distancia geográfica involucrada. Dado esto, la Región Metropolitana constituiría una sola área, atendida su lejanía con otras zonas productoras y sus particulares condiciones productivas. Por su parte, la VIII región presentaría condiciones competitivas particulares, tales como la presencia de varias plantas procesadoras relevantes en conjunto con un importante número de productores de leche fresca, propiciando así la generación de equilibrios competitivos propios. Algo parecido, sostiene Nestlé, ocurriría en la IX región. Finalmente, respecto de las regiones X y XIV, señaló que sería conveniente considerarlas como una sola área geográfica debido a que: (i) las plantas procesadoras se surtirían indistintamente de productores localizados en ambas regiones; (ii) existirían diferencias en densidad de las plantas procesadoras; (iii) el número de predios destinados a bovinos de explotación lechera en ambas regiones es el mayor a nivel nacional; y (iv) las distancias entre las dos regiones serían acotadas.

91. Fedeleche, a fojas 265, argumentó que serían dos las variables que justificarían delimitar el mercado relevante geográfico: el tiempo de perecibilidad y los costos de transporte. Señaló que, debido a los costos asociados, no existiría arbitraje entre diversos mercados geográficos, por lo que los productores de leche se verían obligados a vender su producción a plantas procesadoras distanciadas en un cierto radio que optimice el proceso de entrega. Así, de adoptarse un mercado geográfico la posibilidad que las empresas apliquen pautas de precios distintas por región implicaría una discriminación arbitraria de precios. A su vez, si el mercado geográfico fuese regional, el precio de la región con mayores ventajas comparativas determinaría el precio a nivel general, es decir, se produciría una discriminación por pago igualitario a quienes debiesen obtener un precio asociado a su estructura de costos.

92. A fojas 373, la FNE definió el mercado relevante geográfico estableciendo áreas de influencia. Con esta metodología, el 80% de los productores (considerando únicamente a aquellos cuyos predios están destinados a producción lechera), se ubicarían a una distancia menor a 100 kilómetros de la planta receptora y el 97% a menos de 200 kilómetros de la planta receptora. Por lo anterior, según la FNE existirían dos mercados relevantes geográficos: la Región Metropolitana y la Zona Sur (conformado por las regiones del Bío Bío, La Araucanía, de Los Ríos y Los Lagos).

93. Colún, tanto en su aporte de antecedentes como en su informe, concordó con la delimitación geográfica establecida por la FNE. A fojas 219 sostuvo que *“tal delimitación parece correcta, pues si bien la leche fresca se compra en distritos de recolección*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

determinados por la ubicación de las plantas receptoras, el tamaño relativamente reducido del área geográfica donde se concentra la producción lechera, así como las importantes mejoras en las vías de comunicación y en los sistemas de refrigeración, hacen que las diferencias regionales tiendan a la unificación". Asimismo, el informe presentado por esta procesadora a fojas 411 reafirma el criterio de definir el mercado relevante geográfico en base a áreas de influencia de las plantas procesadoras (como lo hace la FNE), concordando también que ello conlleva a los dos mercados mencionados (Región Metropolitana y Zona Sur).

94. No obstante las distintas posiciones acerca del mercado relevante geográfico antes citadas, lo cierto es que la información de autos muestra que es indiferente la delimitación del mismo que se considere, atendido que las circunstancias no han variado mayormente entre el año 2004 y la actualidad. Por ejemplo, los costos de transporte y almacenamiento que gravitan en dicha decisión no parecen haber cambiado mayormente; y las principales plantas de los procesadores más relevantes siguen en el mismo lugar. Por esto, sólo para los fines de esta consulta y teniendo en cuenta su objeto, el mercado puede ser tratado, indistintamente, como dos macrozonas o a nivel de cada región.

95. En segundo lugar, la situación estructural del mercado desde el punto de vista de la cantidad de productores y procesadores tampoco ha cambiado de manera sustantiva: la producción sigue estando atomizada y el procesamiento concentrado.

96. Por una parte, según datos aportados por la FNE a fojas 373, citando a ODEPA como fuente, existirían en Chile más de 6.000 productores comerciales de leche, concentrados principalmente entre las regiones de Los Ríos (XIV Región) y Los Lagos (X Región). En estas regiones, que abarcan el 62% de la superficie total destinada a producción lechera en Chile, se encuentra el 73% de las vacas lecheras existentes en el país.

97. Asimismo, Nestlé indicó, a fojas 253, que *"según la publicación del Consorcio Lechero titulada 'Sector Lácteo de Chile. Indicadores 2016', que recoge información entregada por el 82% de los productores del total nacional, a esa fecha: (i) 960 productores (52,7%) producían menos de 500.000 litros anuales de leche [es decir, más de la mitad]; (ii) 544 productores (29,9%) producían entre 500.000 a 1.500.000 litros anuales de leche; y, (iii) 316 productores (17,4%) superaban 1.500.000 de litros anuales de leche fresca producida"*.

98. Además, los productores manejarían poca información respecto de su propio negocio. Según cifras proporcionadas por la FNE (a fojas 380), *"el 66% de ellos declara*

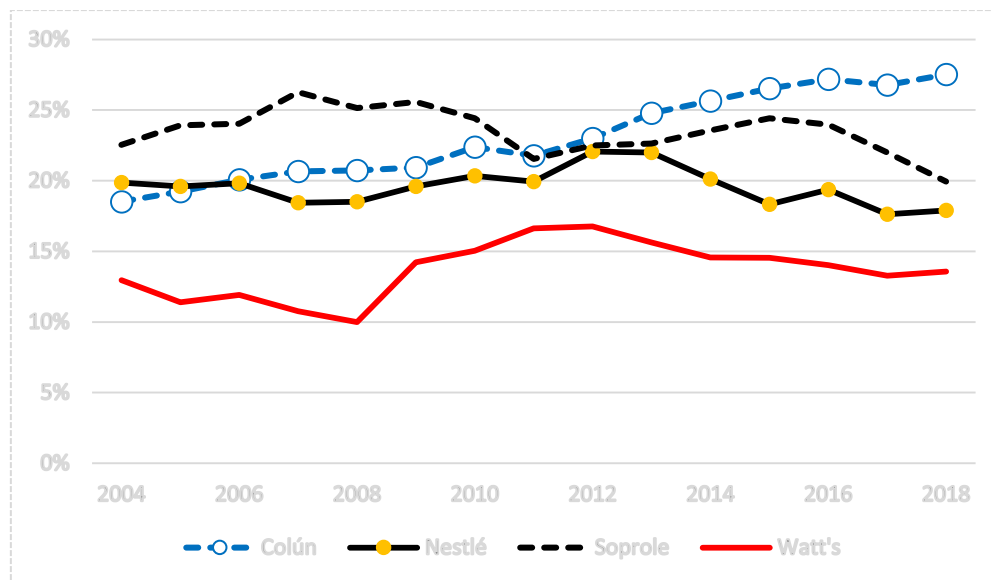
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no tener conocimiento sobre sus propios costos de producción y el 60% no llevaría registro de sus costos directos”.

99. Por otra parte, la recepción de leche fresca continúa ampliamente dominada por Colún, Nestlé, Soprole y Watt's. Es decir, no se han producido mayores movimientos a este respecto desde la dictación de la Sentencia.

100. Con todo, el mercado se ha concentrado. Los cuatro actores mencionados pasaron de una participación de mercado de un 74% en los años 2004 y 2005 a una de 80% en el período 2016-18, con un *peak* en 2013 y 2016 de un 85% de participación, tal como se muestra en el Gráfico N° 1. De hecho, de acuerdo con los datos presentados en los Cuadros N°s 4 y 5, durante todo el período analizado la participación de mercado de estas cuatro empresas procesadoras alcanzó un promedio de 80%. Aún más, al considerar la evolución de sus participaciones de mercado se observa una muy baja dispersión (coeficiente de variación de 0,05), lo que muestra su estabilidad. Por su parte, de las otras tres empresas que siguen en tamaño, el Grupo Lactalis muestra un leve aumento en su participación de mercado, mientras que Quillayes y Surlat muestran una caída en su recepción de leche fresca en estos 14 años.

Gráfico N° 1. Recepción de leche, en porcentaje (2004 a 2018), por las 4 procesadoras principales



Nota: Se consideran las fusiones y adquisiciones de Watt's desde el año 2004 hasta 2018, incorporando la producción de sus adquiridas a la recepción total de Watt's. También se consideran las empresas por grupo (por ejemplo, la producción de Prolesur ha sido agregada a la de Soprole).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de ODEPA [<https://www.odepa.gob.cl/recepcion-y-elaboracion-de-la-industria-lactea>] (visita: 13 de Marzo 2019).

101. Se observa, además, que la recepción total de leche fresca creció un 30% en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

promedio entre 2004 y 2018 (es decir, un 1,9% anual en promedio). Este crecimiento no es igual, ni por año ni por empresa. Del Cuadro N° 4 se desprende que las tasas de crecimiento de recepción de leche fresca entre 2004 y 2018 de Colún, Grupo Lactalis, Nestlé, Soprole y Watt's alcanzan a 93%, 49%, 17%, 15% y 36%, respectivamente; mientras que para igual período Quillayes y Surlat redujeron sus recepciones de leche fresca en 36% y 12% respectivamente. Asimismo, ambos cuadros muestran que tal crecimiento (caída) en las compras de leche fresca no es estable por empresa, ni similar entre éstas, ya que el coeficiente de variación de los volúmenes de leche recepcionados varían entre 0,08 (Soprole) y 0,40 (Grupo Lactalis).

Cuadro N° 4. Recepción de leche, en millones de litros (años seleccionados)

	2004	2005	2006	...	2016	2017	2018	Promedio	Coef. Variación
Colún	310,45	331,54	365,06		541,10	566,10	598,32	458,05	0,20
Gr. Lactalis	91,83	98,29	110,42		52,63	155,10	136,39	97,69	0,40
Nestlé	332,89	337,67	360,43		385,81	372,88	389,09	386,71	0,11
Quillayes	76,81	104,21	95,96		44,65	46,66	48,81	64,15	0,31
Soprole	377,80	412,27	436,87		477,20	465,15	433,57	462,66	0,08
Surlat	135,14	131,95	141,94		110,49	94,83	118,76	136,15	0,21
Watt's	217,26	196,23	216,56		279,27	280,61	294,94	271,35	0,20
Resto	134,30	111,09	90,87		99,86	133,72	154,53	97,09	0,33
TOTAL	1.676,48	1.723,25	1.818,12		1.991,01	2.115,05	2.174,41	1.971,83	0,09

Nota: Se consideran las fusiones y adquisiciones de Watt's desde el año 2004 hasta 2018, incorporando la producción de sus adquiridas a la recepción total de Watt's. También se consideran las empresas por grupo (por ejemplo, la producción de Prolesur ha sido agregada a la de Soprole).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de ODEPA [<https://www.odepa.gob.cl/recepcion-y-elaboracion-de-la-industria-lactea>]. Visita: 13 de Marzo 2019.

Cuadro N° 5. Recepción de leche, en porcentaje (años seleccionados)

	2004	2005	2006	...	2016	2017	2018	Promedio	Coef. Variación
Colún	18,5%	19,2%	20,1%		27,2%	26,8%	27,5%	23,0%	0,13
Gr. Lactalis	5,5%	5,7%	6,1%		2,6%	7,3%	6,3%	5,0%	0,40
Nestlé	19,9%	19,6%	19,8%		19,4%	17,6%	17,9%	19,6%	0,07
Quillayes	4,6%	6,0%	5,3%		2,2%	2,2%	2,2%	3,3%	0,37
Soprole	22,5%	23,9%	24,0%		24,0%	22,0%	19,9%	23,5%	0,07
Surlat	8,1%	7,7%	7,8%		5,5%	4,5%	5,5%	7,0%	0,24
Watt's	13,0%	11,4%	11,9%		14,0%	13,3%	13,6%	13,7%	0,15
Resto	8,0%	6,4%	5,0%		5,0%	6,3%	7,1%	4,9%	0,34
TOTAL	100%	100%	100%		100%	100%	100%	100%	

Fuente: Elaboración propia a partir del Cuadro N° 4.

102. En tercer lugar, en cuanto a las condiciones de entrada al mercado de recepción de leche fresca, a fojas 386 vuelta, la FNE dio cuenta de la existencia de barreras económicas relevantes provenientes de costos hundidos en la instalación de una planta procesadora, aunque no especifica el monto ni cuáles serían esas inversiones. Sin embargo, esta es una afirmación razonablemente plausible, pues muchos activos son específicos, es decir, exclusivos para la industria láctea; y se requiere contar con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

plantas de tratamiento de residuos sólidos y líquidos, cuyas obras civiles no tienen un valor de reventa relevante en caso de quiebra de la firma propietaria. A mayor abundamiento, existe evidencia anecdótica que confirma este aserto. Sólo a modo ejemplar, un artículo informativo de 2018 en Estados Unidos menciona que una cooperativa lechera del estado de Michigan invertiría casi 58 millones de dólares en una nueva planta (<https://www.grbj.com/articles/90104-milk-co-op-investing-579m-in-new-campus> [revisado: 26 de enero de 2019]). Algo menos onerosa (30 millones de dólares) resultaría una planta productiva de lácteos para un nuevo entrante en Uruguay, según reportó en 2016 el sitio El Observador (<https://www.elobservador.com.uy/nota/lactea-palestina-camino-a-inversion-de-us-30-millones--2016531500> [revisado: 29 de enero de 2019]).

103. La FNE también considera como una barrera a la entrada al segmento del procesamiento la “*generación de una marca reconocida*” (fojas 387), sin profundizar sobre este aspecto. Tampoco se aportaron en autos otros antecedentes sobre la materia. Sin embargo, efectivamente la presencia de costos hundidos endógenos (inversión en publicidad) por parte de las empresas procesadoras debiera ser alta, toda vez que la finalidad es posicionar sus respectivas marcas en un contexto de intensa rivalidad oligopólica. A modo ejemplar, para los años 2006 y 2007, las empresas Nestlé (alimentos en general) y Soprole (principalmente lácteos) aparecen entre las 15 empresas con mayor gasto publicitario en Chile. Sólo a través de avisadores, Soprole gastó en publicidad más de UF 850.000 anuales; esto es, sobre los diez millones de dólares anuales (V. Salas, D. Hernández, W. Pastén y P. Poblete, “Mercado de la Publicidad en Chile”, WP 2009-001, Departamento de Economía, Universidad de Santiago).

104. Agrega la FNE que “*algunos de los incumbentes tienen capacidad de procesamiento excedentaria, incluso en épocas de máximo uso, lo que constituye una variable estratégica relevante que inhibe una posible entrada exitosa de un nuevo competidor*” (fojas 387). No obstante, en su informe de fojas 320 se hace un análisis más detallado de las holguras en capacidad de procesamiento de las empresas Soprole, Nestlé, Surlat, Quillayes, Colún, Prolesur y Watt’s. De las Tablas N° 2 y 3 de dicho informe (fojas 335 vuelta y 337 vuelta, respectivamente), que muestran los porcentajes de capacidad utilizada en litros por día, se aprecia que para la Zona Sur Nestlé y Soprole (Prolesur) utilizarían en promedio el [80-90]% de su capacidad máxima de planta (dependiendo de su planta productiva); en tanto que Watt’s utilizaría en promedio un [70-80]% de su capacidad máxima por año. Atendido que lo relevante para estimar si las holguras pueden constituir una amenaza anticompetitiva a la entrada es el porcentaje promedio de la capacidad máxima de la planta, y no el porcentaje de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

capacidad promedio anual de dicha planta, dadas las importantes estacionalidades presentes en la recepción de leche fresca, es que las holguras mostradas por Soprole (incluida Prolesur), Nestlé y Watt's para la Zona Sur no pueden considerarse una amenaza seria a la entrada exitosa en este mercado. Sólo las holguras de Soprole en la Región Metropolitana, con un promedio de utilización de [50-60]% de su capacidad máxima por planta, podrían dar sustento al riesgo observado por la FNE.

105. En relación con la existencia de barreras legales, la FNE, reiterando lo afirmado por Colún en su presentación de fojas 3479 en el expediente de investigaciones Rol FNE N°1966-11 y 2415-16, acumuladas, señala que los permisos sanitarios y ambientales limitan la entrada, pues *“como es de público conocimiento, requieren inversiones y, principalmente, tiempo”* (fojas 327). Esto incluye procesos de planificación, diseño y, particularmente, aprobaciones regulatorias. A modo ejemplar, la FNE menciona que la sola aprobación de un proyecto de este tipo en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental supera los 20 meses. Todo ello podría llevar a que una planta de una empresa entrante recién se encuentre operativa luego de dos años, siempre y cuando las aprobaciones regulatorias y permisos fuesen expeditos.

106. Por otra parte, la entrada no sólo debe ser posible, sino que además debe ser suficiente en tiempo y magnitud. Así, la propia dinámica de crecimiento de un nuevo entrante en la industria láctea requiere que éste pueda captar productores a un precio competitivo. Esto, sin embargo, no sería posible en este mercado por la falta de movilidad de los productores. La FNE indica, a fojas 388, que en su Informe de Archivo de las investigaciones Rol FNE N°1966-11 y 2415-16, acumuladas, de 22 de enero de 2018, *“verificó una escasa movilidad de productores entre procesadoras”*. Entre 2010 y 2015 cerca del 90% de productores no se habría cambiado de procesadora. Este porcentaje se mantendría inalterado, según se menciona a fojas 388, si se utiliza información de 2016 a 2018. Esta falta de movilidad, agrega la FNE, se sostiene en parte en que más del 40% de los productores se encontrarían fidelizados producto de sus contratos con las procesadoras, algunas de las cuáles exigen exclusividad. Estos aspectos son analizados *infra*, en la sección II.D.2. de esta resolución.

107. En conclusión, las condiciones de entrada al segmento del procesamiento en tiempo y magnitud suficiente, no son del todo favorables. Tanto los aportantes de antecedentes (incluyendo la FNE) como la Sentencia reconocen que si bien la entrada de un nuevo procesador es posible, se requieren importantes inversiones específicas y que esta entrada, siempre en magnitud pequeña, tomaría tiempo.

108. Más aún, la evidencia del proceso muestra que no existen muchos ejemplos concretos de tal entrada y que, de hecho, distintos aportantes califican de manera

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contradictoria la escasa que existe. De los antecedentes aportados en autos, es posible advertir que Surlat el año 2000 fue el último caso de ingreso de un procesador con escala productiva relevante. Respecto de ella, por un lado, Watt's señala que Surlat tendría significativas participaciones de mercado en ciertas regiones (fojas 11); por otro lado, Quillayes señala que la entrada de Surlat no sería exitosa, atendidos los malos resultados obtenidos, a que la totalidad de los socios productores vendieron su participación al controlador, y a que su recepción de leche en 2017 apenas sobrepasó el 50% de lo comprado durante 2008 (fojas 184).

109. En resumen, no hay antecedentes en autos que demuestren que las características estructurales del mercado de procesamiento o recepción de leche fresca en cuanto a su dimensión geográfica, grado de concentración y condiciones de entrada, hayan variado significativamente desde la dictación de la Sentencia. En especial, es posible sostener que las mismas empresas procesadoras allí mencionadas todavía detentan un poder de compra significativo.

C.2. Funcionamiento del mercado

110. Como adelantamos en el párrafo 33, el principal aspecto en que han variado las condiciones del mercado lechero no es estructural, sino funcional, y dice relación con la forma en que se vinculan productores y procesadores para efectos de llevar a cabo la compraventa de la leche fresca. En la actualidad, sin perjuicio de la importancia relativa que han mantenido las compras *spot* (esto es, reiterando, aquellas sometidas solamente a las condiciones establecidas en las pautas de precios), la relación entre ellos es principalmente de mediano o largo plazo a través de contratos escritos. Sólo para efectos de la exposición y para contrastar ambas relaciones, en lo sucesivo denominaremos a este último aspecto como el “mercado de contratos de largo plazo”.

111. No existen antecedentes en el proceso que permitan sostener que el mercado de contratos de largo plazo no existiera del todo en forma previa a la Sentencia, pero el uso de contratos escritos no parece haber sido común. En este sentido, el aporte de antecedentes de la FNE en la causa rol NC 342-09 (que rola a fojas 15 del cuaderno de documentos de Watt's) sostiene que incluso hasta el año 2009 (fecha en que fue elaborado el informe), *“en la mayoría de los casos no se celebra un contrato por escrito y el productor tiene libertad para cambiar de procesadora”*, a pesar de lo cual *“la relación planta procesadora/productor es de largo plazo, sin perjuicio que algunas empresas sí celebran contratos escritos con sus proveedores”*. En cambio, los antecedentes sí muestran que, con posterioridad a esa fecha, esos contratos han pasado a ser la principal forma de operación en la industria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

112. Un primer antecedente consiste en el elevado número de contratos utilizados en la industria.

113. En este sentido, los expedientes de investigación de la FNE Rol N° 1966-11 y Rol N° 2415-16, acumulados, Rol N° 2502-18 y Rol N°2498-18, daban cuenta de la existencia de 257 contratos celebrados por diferentes productores lecheros con Nestlé, Watt's o Soprole, los que fueron acompañados por la FNE mediante presentaciones de fojas 936 y fojas 992. Con el fin de conocer en profundidad el contenido de dichos instrumentos, a fojas 692 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, numeral 5, del D.L. N° 211, se solicitó a Nestlé, Watt's y Soprole acompañar copia de todos los contratos celebrados con productores de leche fresca entre los meses de enero de 2016 y diciembre de 2018, ambas fechas inclusive.

114. A fojas 754, 755 y 896, Watt's, Nestlé y Soprole, respectivamente, cumplieron con lo ordenado. Sin embargo, por medio de la presentación de fojas 992, la FNE indicó que, luego de cotejar los contratos acompañados por las empresas antes descritas a estos autos con aquellos que ella poseía en su propia base de datos (formada a partir de las investigaciones Rol FNE N°s 1966-11 y 2415-16, acumulados, N° 2502-18 y N° 2498-18), pudo constatar que contaba con contratos celebrados entre enero de 2016 a diciembre de 2018 que no habían sido aportados por las procesadoras Nestlé y Watt's a estos autos, y que tenía otros que, habiendo sido acompañados en autos, no le habían sido entregados cuando fueron solicitados durante las respectivas investigaciones. Ante esto, a fojas 999 y 1009 Nestlé complementó su presentación de fojas 755, acompañando algunos contratos y anexos de contratos que no fueron presentados inicialmente, mientras que Watt's, a fojas 1002, sólo reconoció tal omisión, sin acompañar nuevos documentos.

115. En definitiva, Watt's acompañó al proceso 203 contratos celebrados con productores de leche fresca entre 2016 y 2018, mientras que otros cuatro contratos referidos al mismo período fueron acompañados por dicha procesadora en algunas investigaciones de la FNE (fojas 992). Por su parte, Nestlé acompañó un total de 185 contratos de compraventa de leche fresca celebrados con los productores, mientras que otros siete contratos celebrados entre 2016 y 2018 fueron acompañados por ella a la FNE en el marco de sus investigaciones (fojas 992). Finalmente, Soprole acompañó 11 contratos celebrados entre 2017 y 2018. Un resumen de todos los que se encuentran en autos y fueron analizados para efectos de esta Resolución se muestra *infra* en la Cuadro N° 6.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 6: Número de contratos suscritos por las tres procesadoras principales entre enero 2016 y diciembre de 2018

	Número de contratos			Total período
	2016	2017	2018	
<i>Watt's</i>	64	79	64	207
<i>Nestlé</i>	56	80	56	192
<i>Soprole</i>	---	9	2	11

Fuente: Elaboración propia.

116. Más allá de la cantidad de contratos suscritos, resulta más relevante considerar un segundo antecedente que confirma el desarrollo del mercado contractual de largo plazo en desmedro de la adquisición en el mercado *spot*, cual es la comparación de la cantidad de leche transada por medio de los instrumentos acompañados por Watt's, Nestlé y Soprole a estos autos y la cantidad de leche total recepcionada por esas procesadoras entre 2016 y 2018.

117. A partir de los datos que se muestran en el Cuadro N° 7, se concluye que Soprole es el procesador que menos ha disminuido sus compras de leche en el mercado *spot*. Por su parte, Watt's ha más que triplicado la cantidad de leche adquirida por medio de contratos respecto a lo adquirido en 2016, pasando esta forma de adquisición a ser la predominante para esa firma en 2018. Finalmente, Nestlé es la firma que muestra un crecimiento más acelerado en el uso de contratos para adquirir leche fresca, teniendo un crecimiento de cerca de 1.400% en el uso de contratos en el período descrito.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 7. Relación litros de leche adquiridos a través de contratos y mercado *spot* entre los años 2016 y 2018

Soprole				
Año	L. Contratos	L. ODEPA	% L. Contratos	% L. <i>Spot</i>
2016*	68.242.000	477.203.494	14,30%	85,70%
2017	122.394.164	465.145.111	26,31%	73,69%
2018	131.193.968	433.567.620	30,26%	69,74%

Watt's				
Año	L. Contratos	L. ODEPA	% L. Contratos	% L. <i>Spot</i>
2016	44.394.509	279.267.270	15,90%	84,10%
2017	98.824.789	280.609.485	35,22%	64,78%
2018	161.939.332	294.937.522	54,91%	45,09%

Nestlé**				
Año	L. Contratos	L. ODEPA	% L. Contratos	% L. <i>Spot</i>
2016	20.288.000	385.812.036	5,26%	94,74%
2017	196.526.092	372.882.208	52,70%	47,30%
2018	305.949.458	389.092.517	78,63%	21,37%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de los contratos acompañados por Watt's a fojas 754; por Nestlé a fojas 755, 999 y 1009; por Soprole a fojas 896 y la FNE 992.

*: Para el cálculo de litros adquiridos por Soprole el año 2016 el único antecedente disponible en el expediente es un contrato suscrito el año 2014, el cual contempló un plan de entrega desde enero del 2014 hasta diciembre del 2018. Así, se contabilizaron los litros comprometidos en este contrato para el año 2016.

** : Para el cálculo de litros adquiridos por Nestlé anualmente, se prorratearon los litros de leche fresca comprometidos a ser suministrados por parte del proveedor en la cantidad de meses de duración de cada uno de los contratos. Esto debido a que la leche comprometida a ser suministrada, que se encuentra expresa en los contratos de Nestlé, es una cifra agregada y no detalla un plan de entrega mensual.

118. Finalmente, un tercer antecedente que confirma el desarrollo del mercado de contratos de largo plazo son los informes acompañados por intervinientes al proceso. Así lo sostiene, a fojas 456, un informe acompañado por Fedeleche, y a fojas 564 otro acompañado por Watt's. Ambos hacen referencia a la durabilidad de la relación entre productores y las procesadoras, concluyendo que las relaciones son de largo plazo (en el caso de Watt's, la duración estimada promedio de los contratos fue de casi 11 años, según el mejor método estadístico utilizado).

119. De acuerdo con lo señalado, entonces, actualmente las principales empresas procesadoras operarían bajo un esquema contractual de largo plazo, incluyendo a Nestlé, Soprole y Watt's, además de Surlat y Quillayes, cuyos contratos también constan en autos, pero resultan menos relevantes para efecto de esta consulta. No existe evidencia en autos, ni tampoco en los documentos contenidos en los diversos expedientes de investigación de la FNE acompañados al proceso, acerca de las relaciones contractuales de otros procesadores, incluyendo al Grupo Lactalis (uno de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los de tamaño medio), pero ello tampoco es relevante para los efectos de esta Resolución dado el objeto delimitado en la sección II.A. Por su parte, del grupo de procesadores principales, sólo Colún no habría implementado un esquema contractual, atendido que, como indicamos, su condición de cooperativa la hace operar como una empresa verticalmente integrada con sus cooperados, a quienes les compra de manera casi exclusiva. Al respecto, la propia empresa señala que más de un 99,78% de la leche que adquiere la compraría a sus socios cooperados y menos del 0,22% a no cooperados, siendo estos últimos productores en proceso de postulación para pertenecer a Colún (fojas 198).

120. Las características centrales de los contratos son analizadas *infra*, en la sección II.D.2. Por ahora, sólo importa destacar las consecuencias centrales derivadas del hecho que esta forma de relacionarse sea la principal en el mercado en la actualidad.

121. La primera consecuencia es un alejamiento de los objetivos declarados por la Sentencia, que pretendía uniformar y transparentar las relaciones entre productores y procesadores por la vía de utilizar pautas de precio comunes. En cambio, muchos contratos son particulares en cuanto a sus características, las que no necesariamente son conocidas por otros productores.

122. Una segunda consecuencia de la utilización de contratos es la reducción en la flexibilidad que tienen los productores para cambiar de comprador de leche fresca; es decir, la disminución de la movilidad en el mercado. En un mercado competitivo o sin mayores problemas de competencia, es esperable que ante anuncios (no necesariamente simultáneos) de variaciones en el precio de compra por parte de las empresas procesadoras, los productores tiendan a moverse hacia la o las empresas que les ofrecen un mejor precio, movimiento que en general sólo debiera verse limitado por el área de influencia respectiva (*catchment area*). Aunque no se produce exclusivamente a causa de los contratos, varias de las cláusulas contenidas en ellos contribuyen de manera importante a impedir ese movimiento.

123. En efecto, como detallaremos en la sección II.D.2., los contratos contienen una serie de condiciones (bonificaciones y penalidades) que generan cautividad a los productores y les imponen costos de cambio significativos, produciendo el efecto de una tratativa exclusiva, lo que explica (más allá del plazo específico acordado por las partes) su alta durabilidad. Esto se suma al hecho que, en general, los contratos también contienen cláusulas de exclusividad en virtud de las cuales los productores se obligan a vender, bajo ciertas condiciones, todo o parte de su producción a un determinado procesador. De hecho, según indica la FNE a fojas 341, Soprole, Watt's y Surlat poseen sobre un 80% de productores exclusivos en su estructura de suministro.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

124. Nótese que, si bien las cláusulas contractuales generan inamovilidad en el mercado, esta última no se produce exclusivamente a causa de aquellas. Aun cuando no se haya suscrito un contrato entre un productor y un procesador, existen mecanismos que aseguran la cautividad del primero. En efecto, de acuerdo con lo sostenido por la FNE en su informe de fojas 320, las procesadoras otorgan “préstamos o anticipos financieros” a los proveedores de leche, cuya duración, de modo similar a los contratos, es de entre uno y tres años. Estos préstamos, indica el ente persecutor, eran utilizados por alrededor de un 11% de los proveedores de leche sin contrato a diciembre de 2016.

125. La situación general de inamovilidad es refrendada por los informes acompañados en autos. Por ejemplo, el presentado por Fedeleche en el expediente de investigación Rol FNE N° 1966-11 y Rol N° 2415-16, acumulados, confirma la baja rotación de productores entre procesadoras. A la misma conclusión arriba estadísticamente el informe presentado por Watt's (que consta a fojas 7 de su cuaderno de documentos confidenciales). Asimismo, la FNE, en su informe de fojas 320, realiza un análisis de movilidad entre los años 2010 y 2015, contabilizando únicamente a los productores exclusivos (esto es, aquellos que entregaron leche sólo a una empresa, independiente de si contaban o no con contratos de suministro), de lo cual concluye que sobre el 90% de los productores no efectuó un cambio hacia otra empresa procesadora durante el período analizado.

126. En suma, si bien no existe evidencia de que las relaciones de largo plazo sean una consecuencia sólo del uso de contratos, las características de estos últimos han permitido fortalecer ese tipo de relación. Asimismo, el hecho que ellos contengan especificidades para cada productor contratante tiende a disminuir la transparencia y uniformidad buscadas por la Sentencia al imponer las pautas de precios.

D. Acerca de la necesidad de mantener la imposición de pautas de precio sobre los obligados por la Sentencia N° 7/2004 y eventualmente extenderlas a otros agentes económicos

127. Como hemos mostrado en la sección anterior, desde la dictación de la Sentencia N° 7/2004 hasta la fecha, el cambio más trascendente en el mercado de la compra de leche fresca no se ha dado en sus condiciones estructurales, sino en la manera como se relacionan productores y procesadores, pues los contratos escritos han adquirido una mayor relevancia, al menos en el caso de algunas procesadoras. Esto, como veremos, es relevante para nuestro análisis. Sin embargo, reiteramos que, atendido el ámbito de la consulta descrito en la sección II.A., no nos pronunciaremos acerca de la existencia misma de esos contratos en el contexto posterior a la Sentencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

128. A pesar de lo anterior, continúa existiendo en el mercado un porcentaje relevante de compra *spot*. Esto provee una buena justificación *prima facie* para mantener la necesidad de publicar pautas de precios en los mismos términos indicados en la aludida sentencia. Asimismo, como veremos a continuación en la subsección D.1, las pautas han permitido cumplir de forma eficaz con los objetivos de transparencia y uniformidad de las condiciones para la compra de leche fresca establecidos en la Sentencia.

129. Ahora bien, independiente de la forma que rijan las relaciones entre proveedores y procesadores –contractual o *spot* sólo regulada a través de las pautas de precio–, hemos indicado que la compra de leche fresca puede dar lugar a relaciones de largo plazo producidas por la falta de movilidad de los productores. Por cierto, este tipo de relación de largo plazo no es un problema en sí, sino sólo cuando la falta de movilidad proviene de ciertos incentivos entregados por los procesadores en las pautas o los contratos que, dado el poder de compra de esos procesadores, resultan en los hechos en un compromiso *ex ante* que puede prevenir la entrada o el desarrollo de rivales más eficientes, con efectos análogos al de las tratativas exclusivas.

130. Este efecto es aún más fuerte si se goza de una ventaja de “primero en moverse”, que bien puede estar dada por el desconocimiento del término de una fecha contractual previa por parte de otro procesador. Ello permite al procesador incumbente hacer una oferta antes de que el rival pueda concretar la suya, gatillándose potencialmente la exclusión de este último de manera rentable para el primero.

131. Por lo anterior, en la subsección II.D.1. analizamos las pautas de precio desde esta perspectiva, mientras que en la subsección II.D.2. examinamos los contratos de las tres empresas obligadas por la Sentencia N° 7/2004 que constan en autos. Cabe señalar que no hemos analizado los contratos de los otros tres actores que siguen en tamaño, atendida su baja participación de mercado y el hecho que ellos no fueron obligados por las medidas impuestas de la Sentencia N° 7/2004. Finalmente, por las razones que luego detallamos, en la subsección II.D.3. estudiamos los estatutos de Colún desde la perspectiva de la movilidad.

D.1. Análisis de las pautas de precio en relación a los objetivos de la Sentencia N° 7

132. Para efectos de analizar las pautas de precio, es conveniente reiterar que la Sentencia estableció su obligatoriedad con el fin de aumentar la transparencia y uniformidad (esto es, disminuir las diferencias de trato no justificadas en costos) en las relaciones entre productores y procesadores.

133. Las pautas de precio que hemos utilizado para efectuar nuestro análisis son

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aquellas publicadas durante los años 2017 y 2018 por cada una de las tres empresas obligadas. En el caso de Soprole y Nestlé, tales pautas fueron acompañadas como anexo en el informe que consta a fojas 60. En el caso de Watt's, ellas se encuentran disponibles públicamente en su página web (<http://www.watts.cl/menu-superior/productores/descargables> [visita: 5 abril 2019]).

134. En general, todas las pautas establecen un precio base por litro (\$/lt) al cual se le agregan bonificaciones y se le restan algunas penalizaciones. Las bonificaciones que se contemplan pueden clasificarse en aquellas que dicen relación con volumen de leche producido; aquellas referidas a la calidad y proceso productivo; y aquellas que responden a criterios de desarrollo e innovación.

135. Respecto a los bonos relacionados con volumen de leche producido, destaca un tipo de bonificación por volumen de producción en los últimos doce meses, el cual, normalmente, se paga mes a mes. La denominación específica varía según la empresa: “bono volumen anual de entrega en litros” en las pautas de Nestlé; “bono incremento de producción anual” en las pautas de Soprole; y “bonificación por tramo de volumen” en la pauta de Watt's. Asimismo, existen otros bonos relacionados al volumen de leche y a la estacionalidad de la producción. En este caso, se observan bonos por aumento de volumen producido en invierno en relación al volumen de invierno del año anterior o bonificaciones para el incentivo de producción de leche en invierno, en el cual se otorga un pago adicional por la leche que sea producida y recepcionada entre los meses de abril y agosto (pauta de precio Soprole, fojas 144).

136. Enseguida, en lo que respecta a las bonificaciones que se relacionan con la calidad de la leche y el proceso productivo, destacan aquellas en las que se otorga un premio de acuerdo a la cantidad de proteínas y materia grasa que contiene la leche fresca, presentes en todas las pautas, así como una bonificación por mayor cantidad de unidades formadoras de colonias y de células somáticas (pauta de Nestlé, fojas 137; pauta de Soprole, fojas 142; y pauta de Watt's, página 1). También destacan los bonos relacionados con la sanidad de la leche producida, como por ejemplo: (i) el pago de una bonificación si el rebaño lechero está libre de tuberculosis, brucelosis y leucosis bovina (pauta de Nestlé, fojas 138; pauta de Soprole, fojas 140 y 141; y pauta de Watt's, página 2); (ii) un bono por certificación del predio denominado PABCO SAG-lechero, emitido por el SAG (pauta de Nestlé, fojas 138; pauta de Soprole, fojas 143; y pauta de Watt's, página 2); y (iii) bonos que incentivan planes de saneamientos o auditorías medioambientales (pauta de Nestlé, fojas 138). Con respecto al proceso productivo, las pautas de Watt's (página 1) y Soprole (fojas 141) contemplan un bono por tener un estanque de enfriamiento que permita la compra de leche refrigerada a 4°C.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

137. Finalmente, en relación con los bonos referidos al desarrollo e innovación que alcance el productor, en la pauta de Soprole (fojas 143) se dispone el pago de un bono a todos los productores para fomentar su aporte y participación en agrupaciones gremiales u otras asociaciones de productores, de investigación, fomento o desarrollo en el ámbito lácteo o de promoción del consumo lácteo. Asimismo, las pautas de Nestlé contemplan bonos que premian a los pequeños productores siempre que tengan 5 o más años de entregas continuas y un volumen de entrega en últimos 12 meses menor a 50.000 litros (fojas 138).

138. Como contraposición a los bonos, las pautas de precio de las tres empresas mencionadas también contienen penalizaciones que pueden conllevar rebajas en el precio de compra.

139. En específico, en la pauta de Watt's (página 2) se indica que es posible aplicar rebajas en el precio de compra –e incluso suspender la compra– en casos de “aguado” de la leche. Así, ante un primer evento, es posible descontar el porcentaje de agua a la entrega del día; ante un segundo evento, es posible descontarle al proveedor el porcentaje equivalente de agua a la cantidad de leche en el día del evento y una disminución del 3% del precio base de la quincena; ante un tercer evento, es posible descontar el porcentaje equivalente de agua a la cantidad de leche entregada en el día del evento y una disminución del 10% del precio base de la quincena; y frente a un cuarto evento, Watt's podría suspender la compra de leche.

140. Asimismo, en las pautas de las tres empresas procesadoras se observan disposiciones que determinan la no recepción de la leche fresca por presencia de residuos inhibidores o contaminantes (Nestlé, fojas 139; Soprole, fojas 145; Watt's, página 2).

141. De la revisión de las pautas de precio de Watt's, Nestlé y Soprole es posible concluir, primero, que ellas –por sí solas– cumplen de modo eficaz con los objetivos buscados en la Sentencia. En concreto, han contribuido a transparentar el proceso de recepción de leche fresca y a disminuir las eventuales diferenciaciones en el precio de compra no justificadas económicamente.

142. Nótese, con todo, que si bien es posible observar que las pautas discriminan por volumen de leche entregada, otorgando bonos más altos a los proveedores que entregan una mayor cantidad de leche, los escasos antecedentes del proceso no permiten calificar si esta estructura de precios se encuentra justificada económicamente, en este caso, en los costos de recepcionar leche fresca. Otras diferenciaciones basadas, por ejemplo, en calidad de la leche comprada o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estacionalidad (invierno/verano) tienen una justificación económicamente razonable. Por lo anterior, no existe razón para reprochar el contenido de las pautas a este respecto.

143. Enseguida, considerando ahora los incentivos a la movilidad de los productores, las pautas de precios de Watt's no contienen, en general, cláusulas que establezcan bonos o penalizaciones que premien la fidelidad de forma similar a una tratativa exclusiva y atenten, por tanto, contra dicha posibilidad de cambio. Sin embargo, tanto las pautas de precios de Soprole como las de Nestlé sí contienen tal tipo de cláusulas. En efecto, mientras las primeras incorporan un bono por aumento de volumen denominado "bono incremento de producción anual" (fojas 143), las segundas premian la permanencia de pequeños productores en el pago de un bono por invierno denominado "bono pequeño productor" (fojas 138). En la práctica, tales cláusulas reducen injustificadamente la movilidad de sus proveedores de leche fresca y deben ser, por tanto, declaradas contrarias a la competencia.

144. Finalmente, a mayor abundamiento, es conveniente considerar la advertencia que realiza la FNE a fojas 394 vuelta, en el sentido de que la publicación de las pautas puede reducir la intensidad competitiva entre las procesadoras, ya que, *"cualquier movimiento publicado en una Pauta de Precio iniciado por cualquiera de las empresas es rápidamente respondido por las otras empresas que operan en la zona, variando sólo la magnitud de la reacción"*. No obstante, además de no ahondar en antecedentes que soporten este aserto, la misma FNE sostiene que en el neto la aplicación de pautas de precio ha tenido como consecuencia una reducción del traspaso de las rentas desde los productores lecheros a las empresas procesadoras, por lo que no existe necesidad de adoptar decisiones considerando el aspecto indicado por el ente persecutor.

D.2. Análisis de los contratos entre procesadoras y productores: el problema de la limitación a la movilidad de estos últimos

145. Corresponde ahora analizar los contratos de las tres empresas obligadas por la Sentencia.

146. En términos generales, los antecedentes del proceso muestran que en los contratos de Nestlé, Watt's y Soprole son regulados los siguientes aspectos: (i) las cantidades de leche fresca comprometidas para ser entregadas en un período determinado, el cual puede abarcar desde un año hasta un plazo indefinido, y donde la cantidad comprometida va desde una parte de la producción total del productor hasta la totalidad de la producción para el período determinado por el contrato; (ii) la determinación del precio final, incluyendo una serie de bonificaciones y sanciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(penalizaciones), alguna de las cuales no están incluidas en las pautas de precio publicadas de acuerdo con el mandato de la Sentencia N° 7/2004; (iii) la forma de entrega y retiro de la leche; y (iv) otras cláusulas que hacen alusión a pagos, efectos de no retirar la leche, garantías de compromiso, etc.

147. Detallados por empresa, los contratos presentan las características que se indican en los párrafos siguientes. Como veremos y se resume en el Cuadro N° 8, las tres procesadoras incluyen en sus contratos de largo plazo bonos y penalizaciones adicionales a los establecidos en sus respectivas pautas de precio. Al respecto, se debe notar que las cláusulas de las pautas de precios son siempre parte integrante de dichos contratos, por lo que los bonos y penalizaciones contenidos en las primeras también lo son en estos últimos.

Cuadro N° 8: Comparación del contenido de las pautas de precio y los contratos

	Nestlé		Watt's		Soprole	
	Pautas de Precios	Nuevo en Contratos	Pautas de Precios	Nuevo en Contratos	Pautas de Precios	Nuevo en Contratos
Bono por Volumen	X		X		X	
Bono por Invierno	X		X		X	
Bonos por Calidad *	X		X		X	
Bonos de Desarrollo (sin fidelidad) **	X		X		X	
Bono por entrega programada (sin fidelidad)						X
Otros Bonos ***	X		X		X	
Bono por Fidelidad ****	X	X		X		
Bono por Aumento de Volumen		X		X	X	
Bono por Renovación de Contrato				X		
Penalizaciones por Calidad +	X		X		X	
Penalizaciones por permanencia		X				

*Notas: * Nestlé incluye bono por precio por sólidos, calidad en UFC y RCS, por sanidad (predio libre), certificación PABCO y un "Seguro de Saneamiento"; Watt's incluye bono por sólidos, por características sanitarias, trazabilidad y aseguramiento de calidad, y por certificación PABCO; Soprole incluye bono por materia grasa, proteína, predio libre de brucelosis, tuberculosis bovina y leucosis enzoótica bovina, predio libre con certificación SAG y certificación PABCO.*

*** Nestlé incluye bono al pequeño productor, para apoyo tecnológico y de desarrollo; Watt's incluye un bono de fomento y desarrollo; y Soprole incluye bono por desarrollo y por asistencia técnica.*

**** Nestlé incluye un bono medioambiental que premia la sustentabilidad y bono leche puesta en fábrica; Watt's incluye bono por estanque de enfriamiento y por aceptar pago diferido; Soprole incluye un bono por sistema de refrigeración y por acuerdo de producción limpia.*

***** Nestlé incluye en sus pautas un bono al pequeño productor siempre que lleve al menos cinco años de entregas continuas, y en contrato paga un bono por entrega programada sólo si se cumple permanencia en la empresa; Watt's paga un bono por fidelidad.*

+ Watt's y Soprole penalizan por presencia de inhibidores y aguado en la leche; Nestlé lo hacer por aguado y por residuos antimicrobianos.

Fuente: Elaboración propia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

148. En primer término, los acuerdos acompañados por Watt's tienen, en general, una duración de 12, 24 o 36 meses e incluyen una cláusula por medio de la cual el productor se obliga a venderle la totalidad de su producción de leche fresca, con una distribución mensual estimada y bajo las condiciones de calidad y seguridad detalladas en un anexo de contrato. A su vez, Watt's se compromete a comprar la totalidad de leche fresca producida por el productor. Asimismo, en los contratos se pacta en forma expresa que el productor se obliga a no destinar todo o parte de su producción lechera a la venta o suministro a terceros, ni tampoco para la elaboración propia de productos lácteos finales.

149. Con respecto al precio, el contrato dispone que este será el que resulte de la aplicación de las condiciones de mercado imperantes en cada momento para la compra de leche fresca en la región respectiva. Tales condiciones y precio serán las que resulten de la aplicación de los factores considerados en la pauta de precios que Watt's mantenga vigente en el territorio respectivo. Sin embargo, los contratos establecen un pago adicional por litro de leche vendido durante la vigencia del contrato, el cual no está indicado en la pauta de precios de Watt's. Este pago es de \$X pesos (usualmente \$3 al primer año, \$3,6 al segundo y \$4,2 al tercero, pero esto puede variar) por sobre lo que corresponda según la pauta de precios.

150. Adicionalmente, para algunos contratos celebrados en la IX Región se dispone que, al cumplirse el primer año de vigencia, Watt's liquida el pago adicional señalado anteriormente. Para este efecto, se calcula la diferencia que resulte entre el valor total pagado por toda la leche adquirida en el período respectivo y el valor total promedio que habría correspondido pagar por la misma cantidad de leche, aplicando un "precio de mercado". Este "precio de mercado", a su vez, se calcula promediando el precio por litro de leche regulado en las demás pautas de precio publicadas por las otras empresas procesadoras de la zona. Esta diferencia entre la aplicación de las pautas de precios de Watt's y el "precio de mercado" se suma o rebaja al monto adicional efectivamente pagado. El resultado de esta diferencia durante los primeros doce meses de vigencia del contrato es pagado o descontado, según corresponda, de la liquidación de leche del mes subsiguiente del vencimiento del periodo. El mismo procedimiento aplica en cada año o fracción de vigencia del contrato, hasta su fecha de término.

151. Asimismo, en algunos contratos celebrados entre 2017 y 2018 se establece el pago de un "bono de permanencia", tampoco incorporado en la pauta de precios de Watt's. En dicho bono se dispone que si se renueva el contrato por un plazo igual al original, se procede a pagar anualmente un cierto monto por litro de leche. Por ejemplo, en el contrato celebrado el 1 de diciembre de 2018 entre Watt's y don Manuel Aburto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Rodríguez, cuya versión pública se encuentra acompañada a fojas 965, se establece la siguiente cláusula: *“El presente Contrato tendrá una vigencia de 36 meses (treinta y seis meses) contados desde esta fecha. Por continuidad de contrato de igual plazo, se cancelarán anualmente \$/lts 4,20 por litro”*.

152. Finalmente, los contratos celebrados entre Watt's y los productores de leche fresca entre 2017 y 2018 generalmente contienen un anexo que establece un “bono por aumento de volumen”, el cual consiste en que Watt's pagará una bonificación adicional de \$X por litro de leche, siempre que la producción de mayo a agosto sea igual o mayor al 15% respecto del total de leche producida en los últimos 12 meses, según la fecha de liquidación establecida en cada contrato. Así, por ejemplo, como se establece en el anexo de contrato celebrado entre Watt's y don Claudio Esparza de la Cruz con fecha 1 de enero de 2017, cuya versión pública se encuentra acompañada a fojas 965, la procesadora se obliga a pagar un monto de \$6 por litro de leche bajo la condición antes indicada. En algunos casos (como el contrato celebrado con Agrícola Pesaro Ltda., en mayo de 2017, o con Comunidad Fundo las Rosas, en agosto 2018, acompañados a fojas 754) este anexo dispone la aplicación del bono a partir de enero de 2017, esto es, con anterioridad a la suscripción del contrato al cual se anexa.

153. En segundo lugar y de modo similar a los acuerdos de Watt's antes analizados, aquellos suscritos entre los productores de leche fresca y Nestlé tienen, en general, una duración de 12 o 36 meses y también incluyen una cláusula por medio de la cual el productor se obliga a vender a esta procesadora la totalidad de su producción.

154. Los contratos contienen una cláusula en la que se establece que el proveedor conoce la pauta de precios de Nestlé, la cual se entiende formar parte de aquellos, por lo que el precio a pagar por la leche es, en principio, aquél que resulte de la aplicación de la pauta.

155. Sin embargo, en el caso de estos contratos también existe una serie de bonos que no se encuentran contenidos en las pautas de precios publicadas por Nestlé y que, en último término, determinan el precio final (el “precio neto”) que se debe pagar al proveedor.

156. Un primer bono incorporado en todos los contratos de Nestlé que constan en el expediente es el denominado “bonificación por permanencia”. Éste consiste en que Nestlé paga una suma adicional por litro de leche, que se calcula por sobre el total de litros entregados en los 12 meses siguientes a la firma del contrato, sujeto a dos condiciones: primero, que las entregas efectuadas en los 12 meses anteriores hayan sido de a lo menos el total indicado en el contrato; y segundo, que el proveedor se haya

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mantenido entregando leche fresca en forma continua a Nestlé durante los 12 meses anteriores. Por tanto, si éste se retira y/o deja de entregar con anterioridad al mes 12, pierde la totalidad de la bonificación.

157. Un segundo bono, establecido únicamente en aquellos contratos celebrados por Nestlé durante los años 2017 y 2018, se denomina “bono por aumento de volumen”. Éste consiste en que, en caso de existir un aumento del volumen entregado entre abril a agosto (inclusive) con respecto al volumen entregado en los mismos meses del año anterior, Nestlé paga una suma que se calcula multiplicando la totalidad de los litros entregados en ese período por el valor indicado en una tabla anexa al contrato, según el porcentaje de crecimiento alcanzado, siempre y cuando se cumpla un crecimiento mayor o igual a 5%.

158. Asimismo, los contratos y anexos de contratos celebrados desde el 2017 contienen una multa por incumplimiento del plazo de permanencia. La respectiva cláusula dispone que si el productor pone término antes de lo estipulado al contrato, pierde derecho a cualquier bono. Además, en tal caso se le cobra una multa que varía entre \$8 y \$11 por litro entregado en los últimos tres meses (aunque puede llegar a incluir los últimos seis meses) anteriores a la fecha del término del contrato.

159. En tercer término, resta por analizar los acuerdos suscritos por los proveedores de leche fresca y Soprole. En ellos se pacta que el productor se obliga a vender, suministrar y transferir a Soprole, quien se obliga a comprar y recibir, el volumen de leche expresado en cada contrato, que corresponde a la producción total del predio o la producción parcial de la leche del productor en las condiciones pactadas, por el plazo de 12 meses renovables por el mismo período (aunque excepcionalmente existe un contrato cuya duración era de 5 años, también renovable por el mismo período). De este modo, en los contratos se pacta expresamente que el productor puede vender libremente sus excedentes de producción, sea a terceros o a la misma Soprole. Con todo, en el caso de los productores que le entregan la totalidad de su producción, todo el aumento del volumen sobre los litros pactados debe ser comprado por Soprole, quien se encuentra obligado a adquirirlos en las mismas condiciones que la producción inicialmente comprometida. De igual modo, los productores que contratan únicamente la venta de una parte de su producción deben ofrecer previamente a Soprole todos los litros que excedan en un 10% mensual de los litros contratados, pudiendo la procesadora aplicar o no las condiciones del contrato celebrado al referido excedente, siempre que provengan del mismo predio y sujeto a su “posición de recepción” en cada mes.

160. En lo referido al precio, los contratos expresamente indican que este será el que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Soprole determine conforme a variables económicas objetivas que constan en su pauta de precios. El precio será variable en el tiempo conforme a fundamentos económicos de mercado.

161. Con todo, al igual que en los casos anteriores, los contratos establecen pagos no incorporados en la respectiva pauta de precios. En este caso se trata de una sola bonificación, denominada “bonificación por entrega programada”. De acuerdo con lo señalado en la respectiva cláusula, la mayor eficiencia y absorción de costos que significa para Soprole contar con un programa de entrega con condiciones preestablecidas y un volumen relevante de leche le permite ofrecer al productor el acceso a un bono con motivo de un “Plan de Entregas Programadas”. De este modo, Soprole paga entre \$7 y \$10 por litro de leche por este concepto. Sin embargo, para acceder a este régimen, se deben cumplir dos condiciones en forma copulativa: (i) que el volumen total entregado por el productor y recepcionado por Soprole para un período de 12 meses no sea inferior en más de un 2% respecto del volumen total comprometido; y (ii) que los volúmenes mensuales entregados por el productor y recepcionados por Soprole no sean inferiores en más de un 5% respecto de los volúmenes comprometidos para cada uno de los meses respectivos.

162. De la revisión de los contratos de las tres empresas (Watt’s, Nestlé y Soprole) es posible concluir que ellos requieren de importantes modificaciones tendientes a aumentar la competencia en el mercado. Esto por al menos tres razones. En primer lugar, porque aun cuando se declare que el precio de compra de leche fresca es el indicado en la respectiva pauta de precios, según lo establecido en la Sentencia N° 7/2004, tales instrumentos son siempre incompletos, dado que todos los contratos analizados incluyen algún tipo de cláusula adicional a aquellas incluidas en las pautas que afecta el precio a pagar.

163. En segundo lugar, porque muchas de las bonificaciones, estén o no establecidas en las pautas de precios, afectan la movilidad de los productores en tanto los fidelizan, aumentando así el poder de compra de los procesadores. En este sentido y reiterando, si bien no todos los programas o cláusulas de fidelidad son anticompetitivos *per se*, sí podrían serlo, entre otras razones, cuando su efecto es similar a una tratativa exclusiva y carezcan de justificación objetiva.

164. Existen varios ejemplos de bonificaciones en este sentido. Por ejemplo, en los contratos de Nestlé se dispone de una “bonificación por permanencia”, en la cual ésta paga una suma adicional por litro de leche que se calcula por sobre el total de litros entregados en los 12 meses siguientes a la firma del contrato. Dicho pago está sujeto a dos condiciones: (i) que las entregas efectuadas en los 12 meses anteriores hayan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sido equivalentes al menos al total indicado en el contrato; y (ii) el proveedor se haya mantenido entregando leche fresca en forma continua durante los 12 meses anteriores a la fecha del contrato. Por tanto, si el proveedor se retira o deja de entregar con anterioridad al mes 12, pierde la totalidad de esta bonificación. Otro ejemplo de esta clase de bonos es aquél denominado “bono por aumento de volumen”, que se encuentra en algunos contratos celebrados por Watt’s entre los años 2017 y 2018. En virtud de dicha bonificación, esta última paga una bonificación adicional de \$x por litro de leche (por ejemplo \$6 por litro de leche), bajo condición de que la producción de leche de mayo a agosto de dicho año sea igual o mayor al 15%, respecto del total de leche producida en los últimos 12 meses, según la fecha de liquidación establecida cada contrato.

165. Finalmente, una tercera razón para exigir cambios a los contratos dice relación con la ausencia de justificación económica de algunas cláusulas que contienen bonificaciones. Si bien en el caso de las pautas de precio esta falta de antecedentes en el proceso a este respecto es suficiente para no exigir cambios en ellas, en el caso de los contratos ocurre lo contrario, pues uno de los objetivos principales de la Sentencia era precisamente buscar uniformidad, finalidad que se vería burlada de permitirse este tipo de diferenciaciones por vía contractual.

D.3. El caso de Colún

166. Finalmente, aunque Colún no participa del mercado *spot*, en el mercado de contratos sí es un actor relevante, toda vez que para efectos de su decisión de contratación a un productor cualquiera del mercado le es *a priori* indiferente el tipo de estructura comercial que utilice un determinado procesador. Por ello, aunque las condiciones estructurales del mercado no han variado, de modo que no se justifica imponer pautas de precio sobre esta cooperativa, es de todos modos necesario revisar sus estatutos (acompañados a fojas 693 y siguientes) con el objeto de analizar si contienen disposiciones contrarias a la competencia *ex ante*.

167. Particularmente, el Título 5° se refiere específicamente a los contratos u operaciones, lo que se ve complementado con otras disposiciones. De este modo, de acuerdo con el artículo 12 letra a), cada cooperado puede exigir a la cooperativa que ésta adquiera la leche que él produce. Por su parte, el artículo 71 indica que Colún está obligada a recibir y pagar a sus socios la leche natural que éstos entreguen a los precios vigentes (establecidos por el Consejo de Administración). De acuerdo con el mismo artículo, la adquisición de leche fresca por parte de Colún está limitada, en cuanto a su volumen, al cupo que corresponda al socio de acuerdo con las cuotas de participación de la cooperativa de las que sea dueño. A su vez, el cupo solo obliga a Colún a adquirir

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la leche producida en las unidades productivas declaradas por el socio y que hayan sido autorizadas por el Consejo de Administración.

168. Los estatutos de Colún establecen una condición de exclusividad, pero con excepciones. En efecto, el artículo 13 bis prohíbe a los socios comercializar la totalidad o parte de su producción lechera con plantas lecheras u otras empresas que no sean de propiedad de Colún, pero el artículo 72 permite expresamente que los socios vendan leche a otras plantas, siempre que ésta sea producida en unidades productivas declaradas, al momento de la inscripción del cooperado, excluidas de la cooperativa o que no hayan sido autorizadas por el Consejo de Administración como aptas para compra.

169. El único ámbito en el que los estatutos de Colún carecen de una justificación adecuada dice relación con los requisitos para ser aceptado como socio, regulados en el artículo 8°. Entre tales requisitos se encuentra el pago de una cuota de admisión y que el interesado haya entregado diariamente un mínimo de cien kgs. de leche a la Cooperativa durante al menos ocho meses al año, y por un lapso de dos años. Sin embargo, el mismo artículo indica que *“los hijos de los cooperados y los hijos de los socios de sociedades que sean cooperadas no estarán obligadas a cumplir con este requisito ni con la cuota de admisión establecida en el inciso 4° de este artículo 8°, debiendo en todo caso sujetarse a las normas generales de incorporación”* (fojas 702). Nótese que aun cuando no se trata de un aspecto necesariamente relacionado con la libre competencia, puede afectar la decisión *ex ante* de venta de un productor.

E. Resumen y medidas a ser adoptadas

170. A continuación exponemos las principales conclusiones y medidas a las que hemos arribado, luego del análisis mostrado en las secciones anteriores:

- 1) No se han presentado antecedentes en autos que nos lleven a concluir la necesidad de modificar por ahora las medidas adoptadas en la Sentencia, en particular, el que los procesadores Watt's, Soprole y Nestlé deban publicar y hacer uso de pautas de precios. En concreto:
 - a. Desde una perspectiva estática, la imposición de pautas de precios a los actores señalados, cada uno de los cuales posee poder de compra, resulta adecuada como medida para proteger a los productores de leche fresca.
 - b. Las pautas de precio siguen cumpliendo los objetivos que justificaron su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

imposición en la Sentencia, especialmente aquellos que dicen relación con transparentar el proceso de recepción de leche fresca y uniformar sus condiciones, en la medida que no existan justificaciones económicas para no hacerlo.

- c. Las condiciones estructurales de mercado, según se vio en la sección II.C. de esta resolución, continúan siendo similares a las que regían a la época de dictación de la Sentencia.

Asimismo, no se han presentado antecedentes en autos que justifiquen la necesidad de extender a Colún la obligación de publicar y utilizar pautas de precios, en tanto, dada su estructura jurídica, no participa en el mercado *spot*, en el cual las pautas de precios tienen relevancia.

Por tanto, no se modificará la obligación impuesta en la Sentencia relativa a la publicación de pautas de precio obligatorias para Soprole, Nestlé y Watt's.

- 2) Es un hecho cierto y relevante que, independiente de lo señalado en la Sentencia, el mercado ha variado hacia el uso de contratos escritos.
- 3) El uso de algunas cláusulas referidas a ciertas bonificaciones o penalizaciones, tanto en los contratos como en las pautas de precios, ha aumentado la fidelización, pues proveen incentivos que no permiten o disminuyen de manera relevante las posibilidades de un productor de ofrecer su producto a aquel procesador que le ofrezca las condiciones más favorables.

En este contexto, atendidas las específicas condiciones estructurales y funcionales de este mercado, resultan aquí especialmente problemáticas para la competencia ciertas cláusulas que hacen que las relaciones entre proveedores y procesadores se asemejen a una tratativa exclusiva y carecen de justificación objetiva desde esta perspectiva. Por ello:

- a. Watt's, Nestlé y Soprole deben excluir de sus pautas de precios y de sus contratos toda cláusula que obstaculice la movilidad a los proveedores, resultando *de facto* en una tratativa exclusiva. En particular, deben abstenerse de pactar aquellas que premian de manera retroactiva por crecimiento de volúmenes anuales o por crecimiento de volúmenes en invierno, y aquellas que otorgan mejores condiciones de pago por duración o permanencia como proveedor de la respectiva procesadora.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- b. Asimismo, Watt's, Nestlé y Soprole deberán incluir en sus respectivos contratos la posibilidad que los productores puedan poner término unilateral a los mismos dando aviso con una antelación razonable, sin responsabilidad ulterior.
- 4) A fin de facilitar el monitoreo de la movilidad de los productores, Watt's, Nestlé y Soprole deberán informar a ODEPA la duración de los contratos que cada una de ellas suscriba, para efectos de darles debida publicidad.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° y 31° del Decreto Ley N°211,

SE RESUELVE:

Por las razones antes expuestas, se declara que continúan vigentes las medidas adoptadas en la Sentencia N°7/2004. Asimismo, las empresas Watt's, Nestlé y Soprole deberán cumplir con las medidas detalladas en la sección II. E de esta resolución.

Se previene que los Ministros señora Domper y señor Rojas, si bien estuvieron de acuerdo con el análisis realizado y con las medidas impuestas en el párrafo 170, hacen presente lo siguiente en relación con las consideraciones referidas en los párrafos 52 y 53:

1. Que, tal como se indica en el párrafo 41, en el marco de un procedimiento de consulta no es posible reglar de manera general un mercado, sino que la competencia del Tribunal está circunscrita por el acto, hecho o contrato consultado.
2. Que, atendida la generalidad de la consulta efectuada por Watt's (*“las condiciones que deberán ser cumplidas (...) en los hechos, actos o contratos relacionados con la recepción y compra de leche cruda, y en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche”*), la única manera de circunscribir la competencia del Tribunal y no exceder el marco de su atribución legal es limitarla únicamente a la revisión de las condiciones establecidas en la Sentencia N° 7/2004 para la compra de leche cruda, entendiéndose por ello que la decisión que se adopta en este proceso solo puede afectar a los sujetos obligados por aquella sentencia, esto es, Watt's, Soprole y Nestlé. En caso contrario, el procedimiento de autos debería haber conducido a la dictación de instrucciones de carácter general.
3. Que, por lo mismo, la revisión que la resolución realiza de los estatutos de Colún

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

solo se justifica en el marco del análisis que necesariamente debe efectuarse respecto de las cuestiones que pueden afectar la competencia en un determinado mercado, pero no para determinar si sus disposiciones infringirían la libre competencia, pues ello excedería el alcance del procedimiento de consulta de autos.

Notifíquese personalmente o por cédula a la consultante y a los aportantes de antecedentes. Ofíciase a ODEPA para efectos de lo dispuesto en el numeral 4 del párrafo 170. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N°445-18

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. No firma el Ministro Sr. Eduardo Saavedra Parra, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente. Autorizada por la Secretaria Abogada (S), Angélica Burmester Pinto.