

Santiago, tres de abril de dos mil dos.

Vistos:

1°.- Se presenta por Kemifar S.A., en adelante Kemifar, una denuncia ante la Comisión Preventiva Central en contra de Productos Roche Ltda., en adelante Roche, por actos que, a su juicio, son atentatorios a la libre competencia cometidos con ocasión de una licitación efectuada por Agrícola Ariztía Ltda., en adelante Agrícola Ariztía, para la preparación o fabricación de sus núcleos vitamínico, minerales y adición de otros microingredientes para el período comprendido entre el 1 de febrero de 2000 y el 31 de enero de 2001.

Añade que a la licitación fueron invitados a cotizar cuatro compañías: Roche, BASF Chile, Kemifar y Veterquímica Ltda., empresa que posteriormente declinó presentarse.

Indica que al conocer el resultado de la licitación los participantes se enteraron que Roche ofreció precios que eran inferiores en un 25% a 30% a los precios de venta de los núcleos vigentes en el mercado a diciembre de 1999, lo cual hacía imposible una sana competencia entre los agentes y que estos precios estaban hasta un 20% bajo los costos de producción, tomando en cuenta los precios de importación de las vitaminas, minerales y otros ingredientes al mes de diciembre de 1999 en el mercado mundial; todo lo cual hace imposible que Kemifar pueda continuar fabricando los núcleos de Agrícola Ariztía, ya que implica comercializar sin márgenes y con pérdidas económicas.

Añade que con fecha 11 de diciembre de 1999 la sociedad Agrícola Ariztía solicitó por escrito a Kemifar participar en la licitación de abastecimiento de premezclas vitamínicas y minerales, tanto para su planta de Melipilla como para la planta de Arica, para el período referido anteriormente.

Señala además que las premezclas solicitadas se usan a razón de 4 kilos por tonelada de alimento e incluyen vitaminas, minerales y promotores, con excipientes en una proporción de 2/3 de carbonato de calcio y 1/3 de harinilla, y que el volumen total de premezclas para Melipilla es del orden de las 100 toneladas mensuales y para Arica alrededor de 16 toneladas mensuales. Que se solicitó en la licitación un precio para las premezclas en el cual se entiende la incorporación de los productos del laboratorio que fabrica la premezcla,

**REPUBLICA DE CHILE  
COMISION RESOLUTIVA**

ya que Agrícola Ariztía entrega adicionalmente varios otros insumos que son de su propiedad y que por el mismo precio el laboratorio debe incluirlos en la premezcla.

Indica que además Agrícola Ariztía entrega los precios de cada insumo para que sean incorporados al precio de la premezcla, el cual debe rebajarse con una nota de crédito quedando de pagar al laboratorio sólo el valor acordado, para posteriormente ajustar el precio acordado para cada premezcla de acuerdo a las variaciones de los precios CIF de los insumos, mediante un procedimiento fijado de común acuerdo.

Añade que para los efectos de determinar los precios de las doce premezclas licitadas por Agrícola Ariztía, Kemifar acompaña una lista de precios CIF o en plaza, con los respectivos orígenes de los insumos a utilizar en la elaboración de las premezclas y el costeo de las doce fórmulas incluidas en la licitación, existiendo tres subtotales parciales que corresponden a : a) primer subtotal: costo de los insumos vitaminas, valorizados a precios CIF y de acuerdo a las concentraciones requeridas por el licitante; b) segundo subtotal: costo de los insumos minerales, antioxidantes y excipientes a precio CIF en bodega de acuerdo a concentraciones requeridas, y c) tercer subtotal: considera el material de envase, mano de obra y transporte; y que de la suma de los tres subtotales se cotiza cada una de las doce fórmulas requeridas por Agrícola Ariztía a los cuales se les agrega el margen de costos fijos y utilidad llegando a un precio final de venta.

Indica que la licitación arrojó como resultado que Roche se adjudicara los cuatros primeros núcleos de premezclas que representan el 71,8% del volumen licitado, quedando Kemifar con un 28,2%, lo que implica que cotizó sus productos en un precio menor entre un 13,8% a un 30,4% que las cotizaciones de Kemifar y BASF, y que en promedio ponderado por el volumen de cada formula o núcleo ofertó sus productos en un 22,5% menos que Kemifar y un 27,5% menos que BASF, lo que demuestra que en la licitación Roche actuó con una política de precios predatorios con el fin de acaparar el mercado, ya que en todas las formulaciones de premezclas el precio ofrecido es significativamente menor, no sólo al costo total sino menor al costo primo variable, lo que unido a una posición dominante hace que su conducta constituya un acto contrario a las normas de libre competencia.

Solicita tener por formulada la denuncia en contra de Roche, acogerla en todas sus partes y declarar:

a) que se puede colegir que esta empresa tiene graves antecedentes de incurrir en conductas o prácticas desleales;

**REPUBLICA DE CHILE  
COMISION RESOLUTIVA**

- b) que ya fue advertida por los Organismos Antimonopolio que no debía incurrir en el uso de precios predatorios;
- c) que se hace necesario dictar una norma de carácter general tendiente a obtener la transparencia del mercado, obligando a la denunciada a poner término a los subsidios otorgados por su casa matriz.

2°.- La Comisión Preventiva Central solicitó informe a la Fiscalía Nacional Económica, según consta a fs. 44 vta. del expediente Rol N° 147-00 de esa Comisión.

3°.- Roche, informando al tenor de lo solicitado por la Fiscalía, señala en primer lugar que esa empresa no es dominante en el mercado, que además en éste no existen barreras naturales ni legales, administrativas, operacionales ni económicas para la entrada del producto ni para la incorporación de nuevos fabricantes al mercado.

Añade que hay que tener presente que el 11 de diciembre de 1999 recibió un fax en el cual se le invitaba a participar en una compraventa para el abastecimiento de premezclas vitamínicas y minerales, cuya cotización fue presentada el 20 del mismo mes y que el día 23 le fue comunicado que había sido aceptada parcialmente su oferta, comenzando a comprar cuatro de las doce premezclas y finalmente el día 28 le propuso a Ariztía la forma de operar.

Indica que, a su juicio, el proceso llevado a efecto por Agrícola Ariztía no es precisamente una licitación pública ni una licitación privada, ya que primeramente se refiere a ella como licitación, para posteriormente ser llamada propuesta; que más bien se trata de una negociación directa con el interesado, independientemente de que Agrícola Ariztía solicitase ofertas y realizara negociaciones con otros productores.

Que además se le acusa de haber ofrecido sus productos bajo una política de precios predatorios, para lo cual solicita tener presente que precios predatorios son aquellos con los que la empresa se hace daño a sí misma (incurre en pérdidas) con la intención de hacerle aún más daño a la competencia y cuyo objetivo final es desplazar a sus competidores, y una vez logrado esto el precio puede ser aumentado más allá del nivel previo a la estrategia predatoria, para así recuperar pérdidas y obtener una ganancia. Que en el caso en estudio, es necesario que la empresa que sigue esta estrategia tenga alguna ventaja sobre las otras, que existan barreras a la entrada en la industria y por último, la empresa debe tener mayores recursos financieros que la competencia, situación que en el caso sublite no se da considerando que no es dominante en el mercado de las premezclas, ya que lo es

**REPUBLICA DE CHILE**  
**COMISION RESOLUTIVA**

Veterquímica, alcanzando Roche una participación de menos del 35% por lo que no posee posición dominante en el mercado.

4°.- A fs. 173 del expediente de investigación de la Comisión Preventiva Central evacua su informe el Fiscal Nacional Económico e indica, en síntesis, que es de opinión de acoger la denuncia en contra de Roche, ya que:

a) De los antecedentes aportados en la denuncia se desprende claramente que en tres de las cuatro fórmulas adjudicadas por Ariztía ofreció precios por debajo de los costos económicos. En efecto, agrega, las matrices de costeo presentadas por la denunciada para estas fórmulas indican que el costo total estimado, sin incluir ningún margen de utilidad, era exactamente el mismo que el precio ofertado en la licitación y así, es indiscutible que ofertó precios que no reportarían ninguna utilidad a la empresa, de modo tal que estaban por debajo de los costos económicos, entendiéndose por éstos aquellos que incluyen algún margen de utilidad. Que corresponde dar por acreditado que ofreció precios predatorios con motivo de la licitación, lo que le permitió obtener la adjudicación del negocio licitado, desplazando a sus demás competidores.

b) Señala a continuación que Agrícola Ariztía es el principal cliente de Kemifar y un importante poder comprador de estos productos en el mercado. En 1999 representó un 57,5% de las compras de premezclas y un 25% del total de ventas de Kemifar, por lo que la pérdida de la licitación representaría para la denunciante una disminución de ingresos de US\$ 746.000;

c) Que de las doce premezclas licitadas por Ariztía, si bien Roche se adjudicó sólo cuatro de ellas, éstas representan un 71,8% del volumen total en toneladas y un 65,2% del valor en dólares;

d) Roche en la actualidad, a causa de la adjudicación, es dominante en el mercado de las premezclas. En efecto, en 1999 concentró un 31,3% del mercado y aumentó su participación a un 36,2%, además de ser dominante en el mercado de las vitaminas que constituyen un 80% del costo de las premezclas.

e) Que además en los últimos cinco años no se han incorporado nuevas empresas de premezclas al mercado y así todo nuevo competidor requeriría de una asociación estratégica con un productor de vitaminas a nivel mundial. Dada la existencia de un oligopolio entre Roche y Basf, es difícil que un nuevo competidor ingrese al mercado, lo que implicaría una fuerte barrera a la entrada además de poseer una importante capacidad financiera.

**REPUBLICA DE CHILE  
COMISION RESOLUTIVA**

Concluye señalando que la sociedad Roche mediante una oferta de precios predatorios se adjudicó los principales productos de la licitación convocada por Agrícola Ariztía; que con motivo de esta adjudicación, a precios predatorios, pasó de una posición de mercado preponderante de un 31% a una posición dominante de mercado de 36%, disminuyendo sustancialmente la participación de Kemifar. Que en la situación de mercado al mes de diciembre de 1999, Roche tenía un 31% de éste y pasó a tener un 36% del mismo, dejando sus precios predatorios de ser temporales y relacionados con una determinada promoción, ya que dichos precios regirán al menos durante la vigencia de los contratos; que además recuerda que el artículo 14 del Decreto Ley N° 211 hace responsables a las empresas y personas que han ejecutado hechos, actos o conductas que sean calificados como contrarios a la libre competencia a partir de la fecha en que se les notifique el respectivo dictamen o sentencia.

Que así Roche no ha dado cumplimiento a las decisiones y advertencias formuladas por las Comisiones, en orden a no cobrar precios predatorios para sus productos y por lo tanto se debe representar a la empresa el haber sido contumaz al persistir en su conducta abusiva y depredadora del mercado de premezclas para animales y haber incurrido, incluso, en un verdadero desacato respecto de un fallo de esta Comisión.

Estima que Roche se ha hecho acreedora de la aplicación de las sanciones correspondientes por concurrir a su respecto en circunstancias agravantes de responsabilidad al reincidir en un comportamiento comercial que le había sido reprochado con anterioridad y que corresponde calificarlo de competencia desleal al desplazar a sus oponentes en la licitación mediante precios predatorios.

Solicita en definitiva acoger la denuncia y declarar que esta empresa ha incurrido en una conducta contraria a la libre competencia.

5°.- A fs. 1 de este expediente rola el Dictamen N° 1140, de 3 de noviembre de 2000, de la Comisión Preventiva Central, por el cual ella expresa que comparte las conclusiones del informe del Fiscal, declarando, en síntesis, que acoge la denuncia en contra de Roche.

6°.- A fs. 10 consta el recurso por medio del cual Roche reclama en contra del citado Dictamen y solicita se declare que la conducta investigada no constituye infracción a las normas sobre libre competencia.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**COMISION RESOLUTIVA**

7°.- A fs. 61 esta Comisión Resolutiva se avoca al conocimiento de la materia y confiere traslado a las partes por el término legal.

8°.- A fs. 65 Kemifar evacua el traslado y solicita primeramente que se declare inadmisibile el recurso de reclamación en atención a que solo se limita a expresar que el dictamen causa agravio, no hace un análisis de los fundamentos del mismo ni se rebaten dichas argumentaciones, no cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto Ley N° 211, en cuanto señala que el recurso deberá ser remitido informado a esta Comisión con los antecedentes que se hayan allegado.

En subsidio de lo anterior, evacua el traslado e indica, en síntesis, que la empresa denunciada ha ofrecido precios predatorios y como primera variable se ha establecido la existencia de un precio bajo el costo medio variable; que además se ha establecido la existencia de una posición dominante y la existencia de barreras a la entrada, y solicita tener por evacuado el traslado.

La denunciante acompañó diversos antecedentes y documentos para fundar sus pretensiones ante esta Comisión.

9°.- A fs. 81 evacua el traslado Productos Roche y expone, en resumen, que el concepto de precio predatorio exige no sólo que cause pérdida al vendedor, sino que también las circunstancias necesarias de una posición dominante y de barreras a la entrada, ya que faltando alguno de estos requisitos no hay predación, y solicita tener por evacuado el traslado. La recurrente durante el transcurso del proceso acompañó diversos antecedentes y documentos para ser considerados por la Comisión.

10°.- A fs. 226 esta Comisión estimó que no habían hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos y por lo tanto ordenó traer lo autos en relación.

11°.- Con fecha 2 de enero de 2002 tuvo lugar la vista de la causa, alegando los abogados de las partes y quedando la causa en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

EN CUANTO A LA OBJECION DE DOCUMENTOS:

PRIMERO: Que a fs. 65 Kemifar objeta el documento acompañado por Roche denominado "*Kemifar v. Roche: Análisis económico de la acusación de precios predatorios*", del

**REPUBLICA DE CHILE  
COMISION RESOLUTIVA**

profesor Claudio Sapelli, por falta de imparcialidad y por no reunir los requisitos de un informe de un tercero que opina en forma independiente de la parte que lo encarga, toda vez que éste reproduce textualmente las argumentaciones vertidas en la contestación de Roche;

SEGUNDO: Que a fs. 211 Kemifar objeta los documentos acompañados por Roche en las letras a) y b) del primer otrosí de la presentación de fs. 169, por carecer de relevancia y de valor probatorio;

TERCERO: Que a fs. 215 Roche objeta los documentos acompañados por Kemifar en su escrito de fs. 208 por consistir en documentos obtenidos mediante Internet y no constar su autenticidad;

CUARTO: Que analizadas las argumentaciones anteriores esta Comisión no dará lugar a las objeciones planteadas, habida consideración a lo dispuesto en el artículo 18, letra K, del Decreto Ley N° 211, que faculta a este Tribunal para apreciar la prueba en conciencia, en particular, en cuanto se refieren a antecedentes y documentos que aparecen pertinentes para resolver la materia;

EN CUANTO A LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE RECLAMACION:

QUINTO: Que en lo principal de su presentación de fs. 65, Kemifar sostiene que debiera declararse inadmisibile de plano el recurso de reclamación interpuesto por Roche por no haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto Ley N° 211, al no remitirse el recurso informado y con los antecedentes que se hayan allegado, y además por no haber hecho un análisis de las fundamentos del Dictamen recurrido;

SEXTO: Que esta Comisión no dará lugar a la petición solicitada por parte de Kemifar, en atención a que el artículo 9° del Decreto Ley N° 211, al referirse al recurso de reclamación y al señalar “*que lo remitirá, informado, con los antecedentes que se hayan allegado*”, se refiere a la Comisión Preventiva Regional o Central, según corresponda, ante el cual se hubiese interpuesto el recurso de que se trata, y no se refiere a la parte recurrente que lo hubiese interpuesto. El informe y su posterior envío con los antecedentes de que se trata, constituye una carga para la respectiva Comisión, quien sí debe cumplir con dichos requisitos, lo que ha ocurrido en la especie;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**COMISION RESOLUTIVA**

EN CUANTO AL FONDO:

SEPTIMO: Que se le ha imputado a la denunciada el hecho de que en tres de las cuatro fórmulas adjudicadas por Agrícola Ariztía ofreció precios por debajo de los costos económicos, es decir, precios que no reportarían ninguna utilidad y por lo tanto, de acuerdo con la expuesto en el Dictamen recurrido, se da por acreditado que habría ofrecido precios predatorios;

OCTAVO: Que además se le atribuye en el Dictamen el hecho de que producto de esta licitación pasó de tener una posición preponderante en el mercado de las premezclas a poseer una posición dominante en el mismo, con un aumento de su participación en el mercado de 31% a 36%;

NOVENO: Que se ha dado por acreditado por la Comisión Preventiva Central que no se han incorporado al mercado nuevas empresas de premezclas y que todo nuevo competidor para poder ingresar a éste requeriría de una asociación estratégica con un productor de vitaminas mundial, lo que constituiría para esa Comisión una barrera a la entrada a este mercado;

DECIMO: Que esta Comisión Resolutiva no comparte los criterios sostenidos tanto en el informe de la Fiscalía Nacional Económica como por la Comisión Preventiva Central en su Dictamen ya que si bien es cierto la denunciada habría ofrecido un precio bajo el costo, dado que su utilidad contable es cero, no incluyendo por cierto el costo del capital, esta condición es necesaria pero no suficiente para probar una conducta predatoria por vía de precios;

UNDECIMO: Que para que se configure una conducta predatoria es necesario además que exista una intención de expulsar a los competidores del mercado, lo que en este caso no se ha acreditado puesto que Kemifar se adjudicó algunas de las premezclas. Adicionalmente, es necesario que no puedan entrar nuevos competidores, por las barreras a la entrada que puedan existir en el mercado, lo que tampoco ocurre en este caso;

DUODECIMO: Que cabe señalar, además, que el o los contratos que se celebraron en virtud de la licitación a que se refiere la denunciante, surtieron efecto durante un año, plazo que por cierto se encuentra vencido, por lo que el supuesto daño que podría habersele ocasionado a los competidores en términos de ganancias extranormales no es suficiente como para catalogar esta conducta como atentatoria a la libre competencia;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**COMISION RESOLUTIVA**

DECIMO TERCERO: Que el concepto de posición dominante no debe ser confundido con una postura de líder en el mercado, que es lo que ha adquirido Roche con posterioridad a la licitación;

DECIMO CUARTO: Que cabe considerar que se ha establecido reiteradamente por la ciencia económica que para que existan precios predatorios deben darse los requisitos copulativos de haber ofertado la empresa un precio bajo el costo, que dicha empresa detente una posición dominante y la ejerza con miras a expulsar a otros competidores del mercado o para impedir la entrada de nuevos competidores;

DECIMO QUINTO: Que así las cosas, esta Comisión estima que los requisitos señalados en el considerando anterior no se encuentran establecidos en estos autos, por lo que corresponde desechar la denuncia interpuesta.

Y conforme a lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 6º del Decreto Ley Nº 211, esta Comisión **RESUELVE**:

1º.- Desechar las objeciones de documentos alegadas por las partes, como asimismo rechazar la defensa previa de inadmisibilidad del recurso interpuesto, alegada por Kemifar S.A., y

2º.- Acoger el recurso de reclamación de Productos Roche Ltda. en contra del Dictamen Nº 1140, de 3 de noviembre de 2000, de la Comisión Preventiva Central, el que se deja sin efecto, y en su lugar se declara que la conducta desplegada por Productos Roche Ltda. no constituye una infracción al Decreto Ley Nº 211.

Se previene que el integrante Sr. Undurraga fue de parecer de exigir, adicionalmente, en el considerando decimocuarto, que para la configuración de una conducta predatoria, en el mercado relevante en cuestión, existan o se presenten barreras de entrada que impidan el ingreso de nuevos competidores cuando al predador hace uso de su posición dominante.

Acordada la decisión segunda de esta Resolución con el voto en contra del Ministro Sr. Pérez quien fue de opinión de confirmar el Dictamen reclamado y en consecuencia aplicar una multa a la empresa denunciada y adoptar las demás medidas que correspondan, teniendo en consideración lo siguiente:

A) Que en tres de las cuatro fórmulas adjudicadas por Agrícola Ariztía, la empresa denunciada ofreció precios por debajo de los costos, lo que no representó margen de utilidad alguno por lo que no cabe duda que ofreció precios predatorios con motivo de la licitación, lo que le permitió la adjudicación de ésta desplazando a sus demás competidores.

**REPUBLICA DE CHILE  
COMISION RESOLUTIVA**

B) Que si bien se adjudicaron cuatro de las doce premezclas, éstas representan un 71,8% del volumen total en toneladas y un 65,2% del valor total en dólares, lo que le ha permitido a Roche aumentar su participación de mercado de un 31,3% a un 36,2%, convirtiéndose entonces en dominante en ese mercado de vitaminas.

C) Que de acuerdo al documento que hiciera llegar Agrícola Ariztía a Roche, en el cual se le invita a participar en la licitación de las premezclas, esta empresa sabía que la primera podía adjudicar el todo o parte de las mismas, y conociendo esto, optó por rebajar sus precios en aquellas que le reportarían una mayor participación de mercado, desplazando así a sus competidores.

D) Que además, en 1994, con motivo de una denuncia que se interpusiera por Veterquímica Ltda. en contra de la misma denunciada, atribuyéndole la aplicación de una política de precios predatorios en la venta de premezclas de vitaminas y minerales para alimentos de uso animal, la Comisión Preventiva Central acordó el Dictamen N° 902/326, de 2 de mayo de 1994, el que fuera objeto de un recurso de reclamación, que si bien fue declarado extemporáneo, al conocer de la materia esta Comisión, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 17 del Decreto Ley N° 211, previno a *“la Sociedad Productos Roche Ltda. que no puede volver a incurrir en conductas como la denunciada por Veterquímica y comprobada por la Fiscalía Nacional Económica e incluso reconocida en el Dictamen N° 902, de la Comisión Preventiva Central pues ella, a juicio de esta Comisión, constituye a lo menos un entorpecimiento de la competencia, aún cuando se haya mantenido por un lapso de sólo tres meses.”*.

E) Que así entonces Productos Roche Ltda., habiendo sido advertida que no podía reiterar la conducta antes descrita, ha incurrido nuevamente en ella lo que ameritaría, a juicio de este disidente, la aplicación de una multa en su contra y de las medidas que correspondieren.

Comuníquese al Sr. Fiscal Nacional Económico y al Sr. Presidente de la Comisión Preventiva Central.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

N° 619-00.

Pronunciada por los señores, José Luis Pérez Zañartu, Ministro de la Excma. Corte Suprema, Presidente de la Comisión; Alberto Undurraga Vicuña, Director del Servicio Nacional del Consumidor; Cristián Palma Arancibia, Director del Servicio Nacional de Aduanas; y Antonio Bascuñán Valdés, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa.