

**ANT.:** Denuncia contra Sociedad  
Desarrollos Alimenticios S.A. Rol  
N° 2216-13 FNE.

**MAT.:** Minuta de archivo.

**Santiago, 29 JUL 2013**

**A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**  
**DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES**

Por medio de la presente, informo al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

#### **I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 23 de abril de 2013, se presentó ante la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") una denuncia en contra de Sociedad Desarrollos Alimenticios S.A. ("Dafood"), empresa dedicada a la fabricación de soluciones alimenticias en polvos. En concepto del denunciante, Dafood habría ejecutado conductas que infringirían el Decreto Ley N° 211 de 1973 ("DL 211"), consistentes en actos de difamación y ejercicio abusivo de acciones penales en su contra.
2. Según el denunciante, con fecha [1], Dafood interpuso [2]. Lo anterior, agrega, habría sido realizado con el objeto de excluirlo del mercado en que ambos participan.
3. En virtud lo anterior, el denunciante solicitó a la FNE que investigue los atentados a la libre competencia que se habrían producido en este mercado y que ésta adopte las medidas necesarias para enmendar los eventuales abusos denunciados.

## II. ANÁLISIS DEL MERCADO

4. Para determinar si las conductas imputadas a Dafood constituyen o no una infracción a la normativa de libre competencia, corresponde identificar el mercado en el cual éstas incidirían<sup>1</sup>.
5. A partir de los antecedentes recopilados, es posible concluir preliminarmente que las empresas involucradas participan en la industria de fabricación de soluciones alimenticias en polvo para su posterior venta en el mercado institucional. Dentro de este mercado, los principales productos fabricados y comercializados serían: leches, postres de leche, sopas, cremas, jaleas, productos fortificados y lácteos en general.
6. En este caso en particular es posible establecer un mercado relevante más acotado, toda vez que el referido producto presenta diferencias relevantes con respecto a aquellos que se comercializan en *retail* o tiendas mayoristas<sup>2</sup>. En primer lugar, se trata de productos en polvo para el consumo masivo, cuyo envasado y preparación está diseñado para esa finalidad. Y en segundo lugar, estos productos son fabricados bajo estándares nutricionales fijados por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (“**JUNAEB**”), por lo que no necesariamente se ajustan a un determinado tipo de cliente que pueda adquirirlos en el mercado minorista.
7. La demanda por estos productos proviene de aquellos clientes que forman parte del denominado mercado institucional, el cual estaría principalmente conformado por los siguientes actores:
  - a. Concesionarios de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (“**JUNAEB**”). Según la información disponible, actualmente existen 38

---

<sup>1</sup> La FNE entiende por mercado relevante el de “[u]n producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”. Vid., Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales, Octubre, 2012. Disponible en la página de la FNE.

<sup>2</sup> Asimismo, en declaraciones efectuadas a esta Fiscalía, empresas del rubro indicaron que también se dedican a la producción de líneas de alimentos para venta directa al consumidor final, principalmente a través del canal *retail*. Sin embargo éste sería un negocio minoritario dentro de sus ventas, y no se relaciona con el objeto de la denuncia. En consecuencia, se considerará como mercado relevante las soluciones alimenticias elaboradas para el mercado institucional.

empresas que tienen la concesión de casinos de los establecimientos educacionales de la red JUNAEB. Cabe destacar que estas concesiones se asignan vía licitaciones, normalmente de 3 años de duración, y por zona geográfica<sup>3</sup>.

b. Cadenas de casinos. Se trata de empresas que administran casinos de diversas instituciones, públicas o privadas, dentro de las cuales destacan, entre otras: Sodexo Chile S.A., Casino A Punto Limitada<sup>4</sup> y Casino Express Limitada<sup>5</sup>.

c. Casinos particulares. Se trata de casinos administrados y/u operados directamente por empresas, universidades u otras organizaciones.

8. En este mercado, la demanda sería satisfecha principalmente a través de compras en el momento (*spot*), esto es, sin contratos de suministro previos<sup>6</sup>. De este modo, los demandantes podrían abastecerse de estos productos con diversos oferentes, cambiando periódicamente de proveedor, según la conveniencia de las ofertas. Normalmente, las compras realizadas permitirían abastecer un mes de consumo.
9. Según la información recopilada por esta División, los principales actores de este mercado serían Macro Food S.A. (**Macro Food**), Food Group (que vendería únicamente a concesionarios de la JUNAEB a través de su marca TKF), Mornasco, Conservas Osiris y Dafood.
10. En cuanto a las participaciones de mercado, Macro Food sería el actor más relevante, con aproximadamente un **[3]** % de éste<sup>7</sup>. Por su parte, el porcentaje restante se repartiría de manera relativamente similar entre las demás compañías.

---

<sup>3</sup> Información proporcionada por denunciante. en toma de declaración ante esta Fiscalía.

<sup>4</sup> Para más detalle vid. <<http://www.casinosapunto.cl/>> [última visita: 23 de julio de 2013].

<sup>5</sup> Para más detalle vid. <<http://www.casinoexpress.cl/empresa.html>> [última visita: 23 de julio 2013].

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> En declaraciones efectuadas a esta Fiscalía, actores del mercado indicaron que las participaciones de mercado eran estimadas como la proporción de las compras mensuales realizadas por cada concesionario o cadena de casinos.

11. En la actualidad, Macro Food abastece a [4] concesionarios JUNAEB y a [5] cadenas de casinos, con un volumen de producción mensual de [6] toneladas de alimentos. Por su parte, la denunciada Dafood tendría ventas mensuales totales de \$[7] millones, de los cuales \$[8] millones corresponderían a ventas realizadas a [9] concesionarios de la JUNAEB. El resto serían ventas efectuadas mediante el portal Mercado Público. Así, alcanzaría una participación que bordearía el [10] % de mercado, la que resulta comparativamente sustancialmente menor a la del líder de mercado, que es Macro Food.
12. En cuanto a las condiciones de entrada a este mercado, cabe destacar que, para comercializar alimentos, se requiere la obtención de algunos registros y certificaciones por parte de la autoridad sanitaria, los que se encuentran vinculados a objetivos de protección de la salud pública. Así, en primer término, se debe cumplir con lo establecido en el Reglamento Sanitario de los Alimentos, el cual fija *“las condiciones sanitarias a que deberá ceñirse la producción, importación, elaboración, envase, almacenamiento, distribución y venta de alimentos para uso humano con el objeto de proteger la salud y nutrición de la población y garantizar el suministro de alimentos sanos e inocuos”*<sup>8</sup> (“**Reglamento**”). Para lo anterior, el Reglamento en su artículo tercero, establece la necesidad de obtener la autorización sanitaria del Servicio de Salud correspondiente<sup>9</sup>. Esta División no dispone de información acerca del costo asociado a la obtención del registro sanitario previsto en dicho cuerpo normativo, aunque se considera que éste no debiera constituir una barrera de entrada infranqueable para potenciales entrantes.
13. En segundo término, una vez obtenida la autorización sanitaria, se requiere cumplir con los requerimientos nutricionales exigidos por la JUNAEB para comercializar alimentos a aquellos concesionarios que administran y operan

---

<sup>8</sup> Artículo 1° del Reglamento Sanitario de los Alimentos, que consta en el Decreto N° 977/96 del Ministerio de Salud, de 13 de mayo de 1997. Según el inciso 2° de la misma disposición, este Reglamento se aplica a *“todas las personas naturales o jurídicas, que se relacionen o intervengan en los procesos aludidos anteriormente, así como a los establecimientos, medios de transporte y distribución destinado a dichos fines”*.

<sup>9</sup> El artículo noveno del referido Reglamento agrega que *“[L]a autorización sólo podrá emitirse previa inspección del establecimiento y la solicitud de autorización deberá ser resuelta por el Servicio de Salud correspondiente dentro del plazo de treinta días hábiles contados desde que el requirente complete los antecedentes exigidos para ello”*.

los casinos pertenecientes a esa red. Tales requisitos se encuentran establecidos en el “Manual de Fichas Técnicas de Materias Primas o Productos”<sup>10</sup>. Según declaraciones efectuadas a esta Fiscalía, dado el perfil de los destinatarios del servicio de alimentación, los requisitos de la JUNAEB son más estrictos que aquellos exigidos para comercializar alimentos en otros establecimientos o casinos, con lo cual se trataría de una restricción importante para poder ofrecer los productos en una porción relevante de este mercado<sup>11</sup>.

### III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

14. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si la presente denuncia daría cuenta de hechos, actos o convenciones que podrían restringir o vulnerar la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del DL 211.
15. Según el denunciante, Dafood habría realizado una campaña dirigida a los concesionarios de la JUNAEB y a otros clientes, con el objeto de denostar la calidad de las fórmulas lácteas de los demás actores de la industria. Lo anterior, con el objeto de eliminar a sus competidores del mercado de soluciones alimenticias en polvo, del cual dichas fórmulas corresponden a una de las categorías más relevantes.
16. En este punto cabe tener presente que, de conformidad con el mandato conferido en los artículos 2 y 39, entre otros, del DL 211, la FNE tiene por objeto velar por el resguardo de la libre competencia en los mercados, e investigar cualquier hecho, acto o convención que pretenda alterar dicho bien jurídico. Es decir, sólo en la medida que una conducta, como la denunciada,

---

<sup>10</sup> Programa de Alimentación Escolar, JUNAEB. Revisión 06, de fecha 11 de febrero de 2013.

<sup>11</sup> En particular, en el Manual se establecen las siguientes especificaciones para cada alimento: “(i) Características generales de la materia prima (Nombre genérico, descripción de las materias primas, origen, tipos de materias primas permitidas para la elaboración); (ii) Producto Final/Terminado (operaciones preliminares, operaciones definitivas, proceso de envasado y envase primario, rotulación, y producto terminado); (iii) Conservación y vida útil; (iv) Calidad sensorial (características organolépticas, evaluación sensorial); y, (v) Calidad nutricional (requisitos nutricionales, requisitos físico-químicos, requisitos microbiológicos)”.

sea asimismo apta para restringir o entorpecer la libre competencia, existiría espacio para la intervención de los organismos antimonopolios y la consiguiente solicitud de imposición de medidas preventivas, correctivas o sancionatorias respecto de tales conductas. Esto es por lo demás consistente con la jurisprudencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”)<sup>12</sup>.

17. Por el contrario, las situaciones descritas por el denunciante -campañas de desprestigio de competidores y supuesto incumplimiento de los estándares nutricionales exigidos para fórmulas lácteas- aparecen más bien como posibles conflictos entre particulares; es decir, esas conductas de denigración de competidores, de ser efectivas, debieran analizarse en el marco de otros estatutos legales diversos de aquel de protección de la libre competencia, cuyo cumplimiento se encuentra encomendado a los Tribunales Ordinarios de Justicia y, en consecuencia, resulta ajeno al bien jurídico protegido por el DL 211.
  
18. Justamente, determinar si la conducta descrita de Dafood tuvo por objeto eliminar a los competidores del mercado, se enmarcaría más bien en el contexto de la Ley N° 20.169 del 2007 que regula y sanciona los actos de competencia desleal, específicamente su artículo cuarto, letra c) que reconoce como competencia desleal “[T]odas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado...”. Asimismo lo denunciado podría examinarse como una eventual hipótesis de denuncia calumniosa, según lo previsto en el artículo 211 del Código Penal. Sin perjuicio de lo anterior, se analizará si las conductas denunciadas pudieran constituir al mismo tiempo una infracción al DL 211.
  
19. Como se ha señalado, en este caso concreto lo imputado a la denunciada podría caer dentro de la esfera de las denominadas conductas de competencia desleal, concretamente de denigración de competidores. En

---

<sup>12</sup> Vid. modo de ejemplo, sentencias N°80/2009 y N° 108/2010 del TDLC.

este contexto, el artículo 3° letra c) del DL 211, establece que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o afectan la libre competencia, o que tienden a producir esos efectos: “[L]as prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

20. Sobre la materia, el TDLC ha establecido en numerosas oportunidades que la interferencia ilegítima de un actor en la relación de otro competidor con sus clientes, podría constituir un acto de competencia desleal, de aquellos sancionados por el DL 211<sup>13</sup>. Precisamente, en su Sentencia N° 80, señaló que: “[l]a inducción a confusión de los clientes en relación a la legitimidad de los productos comercializados por su competidora RCH [Reebok Chile S.A.] es constitutiva de competencia desleal”<sup>14</sup>.
21. Atendido lo anterior, y siguiendo el criterio reiteradamente asentado por el TDLC, para determinar si las conductas denunciadas son contrarias a la libre competencia, se requiere acreditar: (i) la existencia de actos de competencia desleal, esto es de aquellos que contravienen la buena fe mercantil, entendida ésta como los usos y costumbres propios del tráfico comercial; y, (ii) que los mismos hayan sido ejecutados por quien tiene una posición dominante, o que en virtud de tales actos puede alcanzar dicha posición<sup>15</sup>.
22. Tal como se señaló *supra*, Dafood posee una participación menor del mercado, que bordea el **[11]** %. De este modo, al carecer la denunciada de una posición dominante de la cual abusar, no se cumpliría con uno de los requisitos exigidos copulativamente por el DL 211 para sancionar conductas como las de la especie<sup>16</sup>. En virtud de lo anterior, resulta innecesario proceder al análisis acerca del mérito de la conducta denunciada.

---

<sup>13</sup> A modo de ejemplo vid. Considerando Quincuagésimo Primero de la Sentencia N°130/13 TDLC.

<sup>14</sup> Considerando Trigésimo de la Sentencia N° 80 del TDLC, de fecha 8 de enero de 2009.

<sup>15</sup> En este sentido, Sentencias N°12/2004, 17/2005, 59/2007 y 60/2007, considerando cuarto, quinto, noveno y vigésimo quinto, respectivamente.

<sup>16</sup> Recientemente, el TDLC señaló que: “[D]e acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° letra c) del D.L. N°211, los actos de competencia desleal son reprochable en esta sede sólo en la medida que tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Considerando Quinto de la Sentencia N°130/2013.

#### IV. CONCLUSIONES

23. Dados los antecedentes tenidos a la vista, en opinión de esta División las conductas descritas no ameritarían el inicio de una investigación por parte de esta Fiscalía, al no constituir éstas hechos, actos o convenciones contrarios al DL 211 que sean susceptibles de corregirse o sancionarse en sede de libre competencia. Lo anterior, sin perjuicio de que las mismas conductas denunciadas pudieran ser objeto de análisis en una sede jurisdiccional diversa.

Por lo anterior, salvo su mejor parecer, esta División sugiere no iniciar una investigación en relación con los hechos específicos descritos en la denuncia.

Saluda atentamente a usted,



**RONALDO BRUNA VILLENA**  
**JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES**



MCC