

EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos bajo confidencialidad; **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña versión pública de documentos, con citación; **TERCER OTROSÍ:** Acompaña documentos, con citación; **CUARTO OTROSÍ:** Solicita habilitación de *drive*; **QUINTO OTROSÍ:** Personería.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (S), abogada, por la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, en autos caratulados "Consulta de FoodGroup SpA y otros sobre la exclusión de la leche en polvo y postres elaborados a partir de esta, de los procesos de licitación pública de JUNAEB", **RoI NC-503-2021**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 4 y 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211, de 1973 (en adelante, "**DL 211**"), venimos en aportar los siguientes antecedentes a este H. Tribunal, en los términos que se expondrán a continuación:

1. Con fecha 01 de diciembre de 2021, FoodGroup SpA, Comercial, Industrial Fino Mornasco Limitada y Macro Food S.A. (las "**Consultantes**") presentaron ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**TDLC**") una consulta con el objeto de que éste se pronuncie acerca de si la exclusión de la leche en polvo y postres elaborados a partir de esta, de los procesos de licitación pública de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas ("**JUNAEB**") se ajustan o no al DL 211.
2. Con fecha 14 de diciembre de 2021, este H. Tribunal dictó la resolución de inicio del procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL 211 respecto de

la consulta formulada. Asimismo, ofició a diversos organismos públicos y privados, entre ellos esta Fiscalía, a fin de que aportaren antecedentes¹.

3. Con fecha 1 de febrero de 2022, este H. TDLC corrigió de oficio la resolución de fecha 14 de diciembre de 2021 que dio inicio al procedimiento de consulta, en el sentido de precisar “*que el procedimiento se refiere a la consulta relativa a la exclusión de la leche en polvo y postres elaborados a partir de esta en el proceso de licitación pública que se rige por las bases de licitación ID N° 85-41-LR21*”².
4. En dicho contexto, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación el día 21 de diciembre de 2021, bajo el Rol FNE N° 2685-21, con el objeto de ejercer las facultades establecidas en el artículo 39 del DL N° 211 para recabar los antecedentes necesarios para elaborar el presente informe. De acuerdo con ello, esta presentación se estructura de la siguiente manera:

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES	3
I.1 Otros antecedentes relevantes	6
I.2. La consulta de Foodgroup SpA, Comercial e Industrial Fino Mornasco Ltda. y Macro Food S.A.....	7
II. MARCO JURÍDICO APLICABLE	8
II.1. Regulación de compras públicas	8
II.2. Principios de la contratación administrativa	9
III. MERCADOS RELACIONADOS CON LA MATERIA SOMETIDA A CONSULTA ..	12
III.1. Mercado de prestadores de servicio a JUNAEB	15
III.2. Mercado de la leche fresca	19
III.3. Mercado de la leche líquida	20
III.4. Mercado de la leche en polvo	24

¹ Copia fiel de esta resolución fue ingresada a la FNE con fecha 23 de diciembre de 2021, a través del Ord. N° 271, del H. Tribunal, de 23 de diciembre de 2021.

El extracto de la resolución de fecha 14 de diciembre de 2021 fue publicado en el Diario Oficial el día 23 de diciembre de 2021, por lo que el plazo de 20 días hábiles para aportar antecedentes vencía preliminarmente el día 18 de enero de 2022. Con fecha 27 de enero, el H. Tribunal extendió de oficio el plazo para aportar antecedentes a todos los interesados hasta el día 5 de marzo de 2022.

² Resolución del H. Tribunal, de fecha 1 de febrero de 2022, recaída en la presente consulta.

IV. ANÁLISIS DE LA EXIGENCIA CONTENIDA EN LAS BASES DE LICITACIÓN RESPECTO DEL USO DE LECHE LÍQUIDA	26
IV.1. Criterios para el análisis de exigencias en la contratación pública.....	26
IV.2. Justificación del cambio en las bases de licitación por parte de junaeb.....	28
IV.3. Efectos de la exigencia de leche líquida en las bases de licitación id 85-41-lr21.....	30
IV.4. Efectos de la exigencia de junaeb en el mercado conexo de producción y comercialización de leche líquida.	33
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	35

I. ANTECEDENTES

5. Con fecha 08 de octubre de 2021 JUNAEB publicó la Licitación Pública: ID 85-41-LR21 ("**la Licitación**"), cuyo objeto es la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar ("**PAE**") y del Programa de Alimentación de Párvulos ("**PAP**") de las Unidades Territoriales de Arica, Tarapacá, Antofagasta, Maule, Los Lagos, Los Ríos ("**Línea 1**") y de la Región Metropolitana de Santiago ("**Línea 2**")³.

6. Con todo, cabe señalar que dicha licitación ya fue adjudicada el 20 de enero de 2022⁴, mediante la Resolución Afecta N°2, a 10 de los oferentes que participaron de la licitación. En concreto, la resolución señala que cuatro oferentes se adjudicaron la provisión de 1.134.707 raciones de alimentos de la Línea 1 y seis oferentes se adjudicaron la provisión de 195.505 raciones para la Línea 2. El monto total adjudicado para ambas líneas alcanza \$778 mil millones, equivalentes a USD\$972,5 millones⁵, los que deberán ejecutarse durante los años 2022, 2023, 2024 y hasta diciembre de 2025⁶.

³ La licitación y sus documentos se encuentran en el portal de ChileCompra, para más información ver, <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=mTrcfbC1J1IT9AWibi3RIA==> [última visita 02 de febrero de 2022].

⁴ La toma de razón por parte de la contraloría se efectuó el 28 de enero de 2022.

⁵ El tipo de cambio de referencia es 800 CLP/\$US.

⁶ Para más detalles de la adjudicación de la licitación ver, <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=mTrcfbC1J1IT9AWibi3RIA==> [última visita 02 de febrero de 2022].

7. Los servicios adjudicados comprenden la entrega diaria de productos alimenticios, correspondientes a desayunos, colaciones, onces, almuerzos y cenas, entre otros servicios, a los beneficiarios del PAE y el PAP⁷, en las Unidades Territoriales mencionadas, desde el 01 de marzo de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2025⁸.
8. JUNAEB, con fecha 14 de septiembre de 2021, aprobó las bases administrativas, técnicas y operativas para la licitación, mediante la Resolución Afecta N° 22⁹. En el punto 5.2 de dichas bases se establece que, dentro de los antecedentes mínimos a considerar para presentar ofertas, se encuentran ciertos anexos adjuntos a las bases de licitación.
9. Dentro de tales anexos se encuentra el documento titulado “*Consideraciones para las estructuras alimentarias para la licitación ID 85-41-LR21*”. Este documento fue aprobado en una primera oportunidad mediante la Resolución Exenta N° 2663 del 12 de octubre de 2021. Luego, con fecha 15 de noviembre de 2021, mediante Resolución Exenta N° 2972 se dejó sin efecto, aprobando un nuevo documento técnico. Finalmente, el 10 de diciembre de 2021, JUNAEB dictó la Resolución Exenta N° 3195, que reemplazó a la anterior resolución, aprobando las estructuras alimentarias definitivas del programa de alimentación para la licitación ID: 85-41-LR21¹⁰.
10. Este documento técnico tiene por finalidad “entregar los requerimientos que debe cumplir el prestador de servicios en el marco de las obligaciones de las estructuras alimentarias y aspectos gastronómicos que se deben tener en cuenta a la hora de programar las minutas, que van desde consideraciones de los servicios, sobre las estacionalidades de las estructuras, de los productos,

⁷ Los beneficiarios del PAE y el PAP comprenden a los niños, niñas y adolescentes de JUNAEB, JUNJI, INTEGRAL, SENAME y otros establecimientos relacionados.

⁸ Bases de la licitación ID 85-41-LR21 y anexos, p. 10 y 11. Programas de alimentación escolar y programa de alimentación párvulos (PAE 2022), p. 10

⁹ Tomada de razón por la Contraloría General de la República con fecha 7 de octubre de 2021.

¹⁰ Las bases definen lo que debe entenderse por estructura alimentaria de la siguiente manera: “*Especificación del tipo de alimento para cada nivel educacional, indicando el gramaje requerido, frecuencia de entrega, entre otros elementos establecidos por Resolución Exenta de JUNAEB, que será publicada en la página web de dicha institución previo al inicio del concurso público*”.

materias primas y preparaciones, **consideraciones particulares sobre productos y materias primas**; las consideraciones para tener en cuenta para la entrega de las canastas y el uso de la estructura alimentaria según zona geográfica¹¹.

11. En el punto 1.1 del documento, se detallan las características que deben cumplir los productos utilizados en el programa de alimentación de JUNAEB. En tales especificaciones se encuentran las exigencias relativas a la leche para las raciones alimenticias, remitiendo en gran parte a las definiciones del DS N° 977 de 1997 del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento Sanitario de los Alimentos (“**RSA**”).
12. En efecto, el documento técnico de JUNAEB señala -desde su primera versión- que: “*la leche definida para todos los servicios del PAE debe ser leche líquida/fluida*”, especificando que la leche a utilizar debe ser natural, de acuerdo con la definición establecida en el artículo 204 del RSA. Asimismo, dispone que la leche saborizada que se utilice en el programa deberá dar cumplimiento a la definición establecida en el artículo 213 de tal disposición reglamentaria¹², y debe ser elaborada con leche natural.
13. Dicha modificación, según indicó JUNAEB, sólo afecta a los productos alimenticios del Programa de Alimentación Escolar de JUNAEB. La estructura alimentaria del PAP sería elaborada por las Instituciones a cargo de dicho programa (Junta Nacional de Jardines Infantiles, JUNJI; y Fundación Integra)¹³.
14. A juicio de las consultantes, las exigencias de JUNAEB contenidas en el documento técnico sobre consideraciones para las estructuras alimentarias

¹¹ Consideraciones para las estructuras alimentarias para la licitación ID 85-41-LR21, p. 1.

¹² El Art. 204 del RSA señala que la leche natural es aquella que solamente ha sido sometida a enfriamiento y estandarización de su contenido de materia grasa antes del proceso de pasteurización o tratamiento a ultra alta temperatura (UHT) o esterilización. Por su parte, el artículo 213 del RSA dispone que la leche saborizada es el producto obtenido a partir de la leche entera, parte parcialmente descremada o descremada pasteurizada, sometida a tratamiento UHT o esterilizada, a la que se ha adicionado saborizantes, aromatizantes, edulcorantes y estabilizantes autorizados en el presente reglamento con el objeto de obtener un producto con caracteres organolépticos diferentes.

¹³ Respuesta de JUNAEB de fecha 2 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 38.

concernientes a la leche, habrían excluido a la leche en polvo de las licitaciones de JUNAEB, lo que estiman debe ser revisado por este H. Tribunal, para determinar si dicha decisión es conforme o no con la libre competencia.

I.1. Otros antecedentes relevantes

15. Cabe señalar que, en licitaciones anteriores, el “*Manual de Fichas Técnicas de Materias Primas o Productos*” (hoy denominado “Manual de Productos Relevantes y Particulares de Materias Primas”) de JUNAEB establecía los requerimientos nutricionales específicos de la fórmula láctea que requería para el PAE y el PAP¹⁴, elaborada a partir de leche en polvo.
16. Lo anterior dio lugar a productores especializados, precisamente como las consultantes, que comercializan en el canal institucional productos elaborados conforme a la fórmula especial de JUNAEB. La demanda total de dicha fórmula JUNAEB alcanzó las 414 toneladas durante el año 2020 y 332 toneladas en el año 2021.
17. En el caso de la leche líquida, en cambio, las especificaciones requeridas por JUNAEB son menores, por lo que los requisitos de calidad asociados a este producto se identifican con aquellos contenidos en el RSA, y por ende, es un producto equivalente al que se comercializa a través del retail y de canales mayoristas¹⁵.
18. Por último, resulta necesario destacar que las licitaciones anteriores de JUNAEB, como las ID 85-15-LR17 y 85-18-LR20, cuyos contratos de suministro están actualmente en ejecución y con duración hasta diciembre de 2023 y de 2024, respectivamente, contienen cláusulas que permiten a JUNAEB modificar las exigencias contenidas en las estructuras alimentarias o

¹⁴ Al respecto, véase la Resolución Exenta N° 2674 de 2021 que contiene el “*Manual de Productos Relevantes y Particulares de Materias Primas*”.

¹⁵ En efecto, la leche en polvo es un producto que cuenta con ficha técnica JUNAEB, a diferencia de la leche líquida que no cuenta con ella y, por ende, corresponde, en gran medida, al mismo producto que se comercializa en supermercados y otros canales minoristas.

en las fichas técnicas, dada la facultad que tiene para adecuar unilateralmente la operación del PAE y el PAP¹⁶.

I.2. La Consulta de FoodGroup SpA, Comercial e Industrial Fino Mornasco Limitada y Macro Food S.A.

19. Con fecha 1 de diciembre de 2021, las sociedades FoodGroup SpA, Comercial e Industrial Fino Mornasco y Macro Food S.A. presentaron la consulta ante este H. Tribunal, solicitando un pronunciamiento acerca de *“si la exclusión de la leche en polvo y de los postres en polvo de los procesos de licitación pública que tramita la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (“JUNAEB”) para los servicios de alimentación de su cargo, se ajustan o no al DL 211”*¹⁷.
20. En la consulta se sostiene que las bases de licitación ponen en riesgo la libre competencia en el mercado del aprovisionamiento de los servicios de suministro de raciones alimenticias para el PAE y el PAP, al incluir exigencias que no son razonables ni pueden explicarse desde un punto de vista técnico y económico¹⁸, refiriéndose a la sustitución de la leche en polvo por leche líquida y a la prohibición del uso de postres de leche en polvo, contenidas en el documento técnico denominado *“Consideraciones para las estructuras alimentarias para la licitación 85-41-LR21”*.
21. Lo anterior habría roto *“una antigua tradición sobre el uso de leches en polvo en los programas de alimentación en Chile”*¹⁹, excluyendo a los postres elaborados a partir de leche en polvo y dejando sólo a la leche líquida como objeto de la licitación.
22. Dicha modificación, sostienen las consultantes, dificultaría la participación de oferentes; reduciría la concurrencia e intensidad competitiva en el proceso

¹⁶ Al respecto, véase la cláusula sobre *“atribuciones”* de JUNAEB, en los contratos tipos con los proveedores del servicio.

¹⁷ Consulta de FoodGroup SpA y otros sobre la exclusión de la leche en polvo y postres elaborados a partir de esta, de los procesos de licitación pública de JUNAEB, p. 2.

¹⁸ Consulta de FoodGroup SpA y otros sobre la exclusión de la leche en polvo y postres elaborados a partir de esta, de los procesos de licitación pública de JUNAEB, p. 9

¹⁹ Ídem.

licitatorio; excluiría a un grupo de competidores que pueden entregar el mismo producto, pero a mejores precios y en mejores condiciones. Además, que reduce el mercado a un mínimo que pone en duda la supervivencia de muchas de las empresas productoras de leche y postres en polvo²⁰.

23. Conforme con ello, las consultantes solicitan al H. Tribunal hacer uso de sus facultades para que se pronuncie acerca de si las bases de la licitación ID 85-41-LR21, al excluir a la leche en polvo y postres de leche en polvo, se ajustan o no al DL 211 y, en su caso, ordene establecer las condiciones que deben ser incorporadas o modificadas en las actuales bases de licitación o en futuras bases de licitación de JUNAEB, para los servicios de alimentación a su cargo²¹.

II. MARCO JURÍDICO APLICABLE

II.1. Regulación de Compras Públicas

24. En nuestro ordenamiento jurídico, la Administración del Estado se procura bienes y servicios a través de contratos administrativos de suministro y prestación de servicio, los cuales se encuentran sujetos a la Ley N° 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios ("**Ley de Compras Públicas**" o "**LCP**"), y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda²² ("**el Reglamento**").
25. Uno de los mecanismos típicos para seleccionar a los proveedores y celebrar contratos administrativos de suministro y prestación de servicios corresponde a la licitación pública, definida en el artículo 2 N°21 del Reglamento como el "procedimiento administrativo de carácter concursal, mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente".

²⁰ Ibid., p. 24.

²¹ Ibid., p. 2.

²² Cabe indicar que este cuerpo normativo se encuentra modificado por el Decreto Supremo N° 1410 de 2015, y el Decreto Supremo N° 1763 de 2015, ambos del Ministerio de Hacienda.

26. Este procedimiento se encuentra reglado entre los artículos 19 a 43 del Reglamento. En términos generales, posee una primera etapa opcional, de consultas al mercado²³, sin embargo, en lo que se refiere a etapas obligatorias, por regla general²⁴ primero se abre la convocatoria pública a participar, luego un período de consultas y aclaraciones a través de la plataforma electrónica; sigue la recepción y apertura de ofertas, la evaluación de estas, para finalmente adjudicar el contrato o declarar desierta la licitación.

II.2. Principios de la contratación administrativa

27. La contratación pública -como actividad de la Administración- está sujeta a determinados principios, que han sido delineados por la ley, la jurisprudencia, la doctrina, y reconocidos por la propia institucionalidad pública²⁵. Éstos corresponden a los principios de libre concurrencia, igualdad de los oferentes, estricta sujeción a las bases, no formalización, transparencia y publicidad, y economía y eficiencia²⁶.
28. El principio de libre concurrencia imprime a la licitación pública su espíritu competitivo²⁷, se deriva de lo establecido en el artículo 7° inciso 3° LCP, de acuerdo con el cual *“En las licitaciones públicas cualquier persona podrá*

²³ De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del reglamento, estas consultas consisten en: “procesos formales de consultas o reuniones con proveedores, mediante llamados públicos y abiertos, convocados a través del Sistema de Información, con el objeto de obtener información acerca de los bienes o servicios requeridos, tiempos de preparación de las ofertas, o cualquier otra que requieran para la confección de las bases”.

²⁴ Excepcionalmente, en las licitaciones en que las ofertas sean de gran complejidad, o sean superior a 5.000 UTM, antes de elaborar las bases de licitación, los servicios públicos deberán analizar información acerca de las características de los bienes o servicios requeridos, sus precios, costos asociados, y en general cualquier otra característica que se requiera para confeccionar las bases, pudiendo efectuar consultas al mercado u otro mecanismo (artículo 13 ter del reglamento).

²⁵ Es el caso del Consejo de Auditoría General de Gobierno que, a través del Boletín Electrónico N°34 de diciembre de 2016, expone los puntos clave de la normativa vigente sobre Compras Públicas, indicando en el Punto I los “Principios Generales de la Contratación Pública”. Dicho boletín puede encontrarse en <http://www.auditoriainternadegobierno.gob.cl/wp-content/uploads/2016/12/Boletin-Electronico-N%C2%B0-34-Compras-Publicas.pdf>. Asimismo, la DCCP en su “Decálogo de Probidad en las Compras Públicas para Funcionarios del Estado” ha recogido dichos principios. Más información en: <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/05/Probidad.pdf>.

²⁶ Considerado que la actividad de contratación pública es muy amplia, la cual incluye no sólo contratos de suministro y prestación de servicios, sino también de concesiones de obra pública y ejecución de obra pública, la doctrina ha indicado otros principios, tales como la mutabilidad del contrato, preeminencia de la Administración, y equilibrio económico. Moraga, Claudio. Contratación Administrativa (Segunda Edición). Thomson Reuters, 2019. Sin embargo, por su contenido estos principios son más bien aplicables a construcción y concesiones de obra pública, que a suministro y prestación de servicios.

²⁷ Valdivia, José Miguel. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Tirant Lo Blanch, 2018, p. 304.

presentar ofertas”, pero no se agota en una posibilidad formal de participar, sino que implica que los requisitos y criterios de evaluación fijados por la entidad licitante deben ajustarse a la finalidad del contrato, sin establecer exigencias exorbitantes a éstas²⁸.

29. Desde la óptica del DL 211, la protección de la libre concurrencia de los oferentes es deseable en miras a obtener un proceso con alta intensidad competitiva, que permita a la Administración lograr mejores precios de compra, lo cual implica que la entidad licitante no establezca requisitos arbitrarios²⁹ que constituyan barreras injustificadas a la participación en el proceso.
30. Por otro lado, el principio de igualdad de los oferentes deriva de lo expresamente señalado por el artículo 6° de la LCP y el artículo 20 del Reglamento. Consiste en que los oferentes se encuentran en pie de igualdad frente a la administración, al tenor de las reglas del juego que presiden el certamen³⁰, por lo que se debe garantizar un trato igualitario y no discriminatorio a los participantes de una licitación, quedando sujetos a lo que dispongan las bases³¹.
31. En materia de libre competencia, este principio es una forma adicional que permite proteger el proceso competitivo³², ya que las arbitrariedades pueden dejar fuera a competidores eficientes, e incluso, una entidad licitante con

²⁸ En este sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República en los Dictámenes N° 7505 de 2019 sobre exigencia de marcas específicas, N° 3260 de 2019 sobre requisitos de admisibilidad, y N° 26675 de 2018 sobre modificaciones arbitrarias en la tramitación de la licitación.

²⁹ Así lo ha señalado esta Fiscalía, indicando “[q]ue en la determinación de las variables del proceso de contratación y en el diseño específico de las bases de licitación se evite toda circunstancia o requisito que constituya una barrera u obstáculo que limite, retarde o impida la participación en el proceso de alguna empresa interesada en hacerlo”. FNE. *Compras públicas y libre competencia*, abril de 2011. Por su parte el TDLC ha establecido que puede analizar las Bases de Licitación “para determinar si las mismas aseguran la libre concurrencia de oferentes bajo condiciones objetivas y uniformes, de manera tal de emular una situación de mercado competitiva”. Resolución N°13 TDLC de fecha 27 de junio de 2006, considerando tercero.

³⁰ Valdivia, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2018, p. 304.

³¹ Dictamen N° 19.257 de 2018, Contraloría General de la República.

³² El TDLC al pronunciarse sobre la consulta de la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. sobre las Bases de Licitación Tipo de CENABAST, indicó que las licitaciones son competitivas cuando reúnen las características de ser no discriminatorias, objetivas y transparentes. Resolución N° 50 TDLC de fecha 6 de marzo de 2017, punto 56.

comportamientos discriminatorios puede desincentivar *ex ante* la participación de empresas³³ en procesos de compras públicas futuros.

32. Los principios de economía y eficiencia derivan de lo dispuesto en el inciso final del artículo 6° LCP, conforme al cual la Administración debe propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en las compras públicas, lo que para la doctrina implica el reconocimiento de un deber de cautela del patrimonio público³⁴. Esto es sin perjuicio de lo que dispone el inciso primero del artículo precitado, en virtud de cual se debe alcanzar la combinación más ventajosa entre los beneficios del producto, y todos sus costos asociados, es decir, un equilibrio entre la obtención de un estándar técnico y un precio competitivo, atendido el interés público comprometido.
33. En consonancia con este principio, esta Fiscalía ha sostenido en su *Guía de Compras Públicas y Libre Competencia* que, mediante los procesos de compras, el licitante busca maximizar su beneficio, y recomienda, entre otros, que al establecer los criterios de adjudicación se privilegie siempre la variable precio, evitando los *concursos de belleza*, es decir, licitaciones que se definen principalmente por las características técnicas de la oferta, y no por el menor precio ofrecido al comprador³⁵.
34. Lo anteriormente señalado es, por supuesto, sin perjuicio de otras políticas públicas ajenas al ámbito de la competencia, como sucede con criterios de sustentabilidad ambiental, buenas prácticas laborales e inclusión social, introducidos por las leyes N° 20.238, 20.787, 20.940 y 21.056 y el DS N° 1.410 de 2015 de Ministerio de Hacienda³⁶, los que pueden ser empleados por la

³³ De acuerdo con el H. TDLC, “la inclusión de cláusulas que otorguen discrecionalidad al accionar de la autoridad, tanto en el procedimiento de licitación como durante la explotación de la concesión misma, tiene efectos anticompetitivos, toda vez que al aumentar la incertidumbre del negocio se reducen los incentivos a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuye la competencia *ex ante*”. Resolución N°13 TDLC de 27 de junio de 2006, considerando décimo quinto.

³⁴ Barra, Nancy. Celis, Gabriel. *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras* (Quinta Edición). Thomson Reuters, 2018, p. 99.

³⁵ FNE. *Compras públicas y libre competencia*. 2011.

³⁶ De acuerdo con el artículo 23° n°3 del reglamento las bases pueden contener “*Criterios y ponderaciones que se asignen a los Oferentes, derivados de materias de alto impacto social.*

Para estos efectos, se entenderá por materias de alto impacto social, entre otras, aquellas relacionadas con el cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, con la contratación de personas en situación de

entidad licitante para evaluar las ofertas, pero que deben ser aplicados en armonía con los principios de ahorro y eficiencia en las contrataciones públicas.

35. En cuanto a los principios de estricta sujeción a las bases, transparencia y publicidad, la regulación de compras públicas los recoge expresamente en la Ley N° 19.886, siendo también relevantes desde la perspectiva de la libre competencia, ya que permiten que el proceso de licitación sea no discriminatorio, objetivo y transparente, y, por ende, económicamente competitivo³⁷.
36. Finalmente, la contratación administrativa también se rige por lo dispuesto en el DL 211, puesto que *“las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción.”*³⁸.

III. MERCADOS RELACIONADOS CON LA MATERIA SOMETIDA A CONSULTA

37. Para evaluar si un acto de autoridad impide, restringe o entorpece la libre competencia o tiende a producir dichos efectos, es necesario determinar el o los mercados en que incide el acto cuestionado³⁹.
38. Conforme con la jurisprudencia del H. Tribunal, en el contexto de una licitación pública se debe determinar si, en su calidad de organismo de la administración

discapacidad o de vulnerabilidad social y con otras materias relacionadas con el desarrollo inclusivo; así como con el impulso a las empresas de menor tamaño y con la descentralización y el desarrollo local. Estos puntajes o ponderaciones no podrán, en caso alguno, ser los únicos que se consideren para determinar la adjudicación de la oferta más conveniente”.

³⁷ Barra, Nancy. Celis, Gabriel., op. cit. p. 14.

³⁸ Resolución N° 61/2019 del TDLC, considerando 4°. En el mismo sentido, Sentencia de la Excm. Corte Suprema, rol N° 6100/2010, que acoge reclamación en contra de Sentencia del TDLC N° 100/2010.

³⁹ Sin perjuicio de que en casos como el presente el H. TDLC ha señalado que no se requiere definir de manera precisa y concreta el mercado relevante. Al respecto, véase la Sentencia N° 138/2014, considerando décimo, y Sentencia N° 177/2021, considerando trigésimo, ambas del TDLC.

del Estado, JUNAEB actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o bien, como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia en el mercado por competencia por el mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo⁴⁰

39. En el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados (considerandos 27 y siguientes, Sentencia N° 114/2011); mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación (considerando 10, Sentencia N° 138/2014)⁴¹.
40. En el caso concreto, la licitación tuvo por objeto la asignación del servicio de entrega de raciones alimenticias a los beneficiarios del PAE y del PAP en los establecimientos educacionales de las distintas unidades territoriales, por un periodo de casi cuatro años.
41. A mayor abundamiento, los programas PAE y PAP⁴² tienen como finalidad la entrega de servicios de alimentación a alumnos en condiciones de vulnerabilidad en establecimientos educacionales municipales y particulares subvencionados durante el año lectivo⁴³. Estos programas entregan una ración diaria de alimentación por estudiante, complementaria y diferenciada, compuesta por: desayuno u onces, y almuerzo. La misma cubre alrededor de un tercio de las necesidades nutricionales del día de los escolares de enseñanza básica y media y entre un 45 y un 50 % de los requerimientos de los preescolares.
42. Con el objeto de cumplir con esta obligación, JUNAEB delega en entes privados ("**Prestadores de Servicio**") la provisión de este servicio⁴⁴. En este

⁴⁰ Sentencia N° 169/2019 del H. TDLC, considerando tercero.

⁴¹ Ídem.

⁴² Estos programas también incluyen la alimentación para el servicio nacional de menores y el servicio de alimentación de la fundación para el desarrollo integral del Menor (Integra). Ver Bases de licitación ID: 85-41-LR21, Cap. 1 Introducción, Pág. 3

⁴³ Descripción disponible en <https://www.JUNAEB.cl/programa-de-alimentacion-escolar> [última visita 25 de febrero de 2022].

⁴⁴ Véase: <https://www.JUNAEB.cl/quienes-somos> [última visita 25 de febrero de 2022].

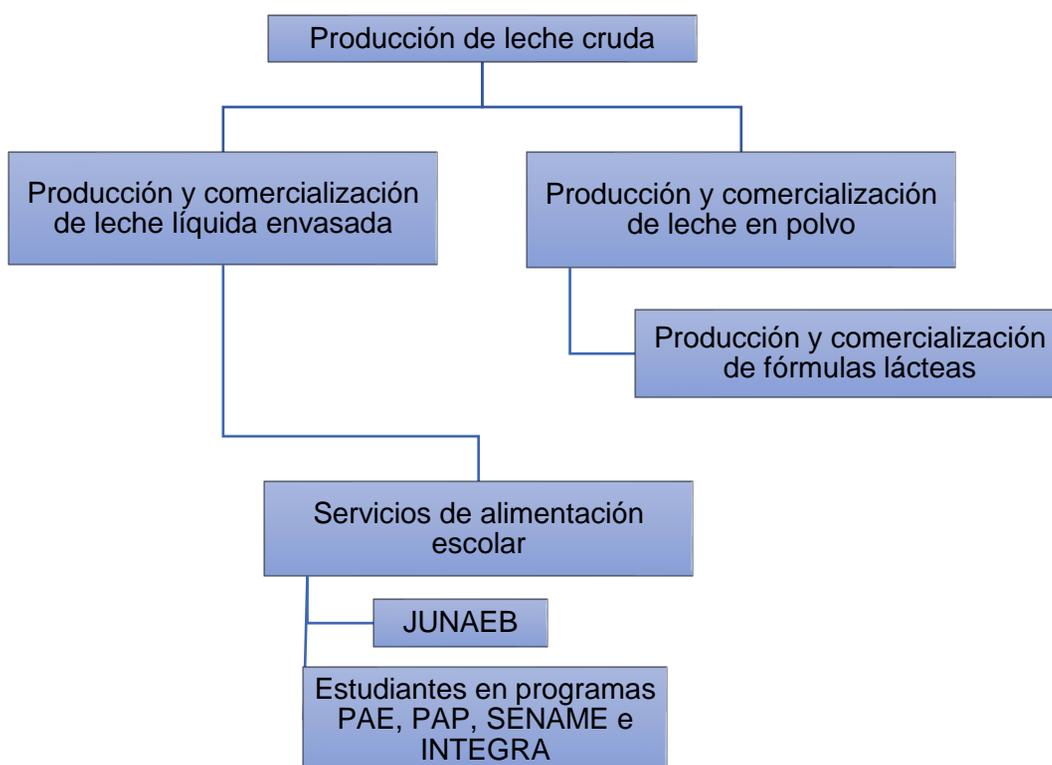
contexto, a los prestadores del servicio les corresponde gestionar y administrar la entrega de estos alimentos, haciéndose cargo desde las compras de insumos hasta la elaboración de las raciones y su entrega a cada beneficiario.

43. Por su parte, JUNAEB se enfoca los mecanismos de adjudicación de los prestadores, la regulación de estos servicios definiendo el estándar de calidad de las raciones a repartir, las minutas de alimentación en base a las cuales deben prepararse los alimentos, además de supervisar su correcto desarrollo y aplicar sanciones en caso de incumplimiento⁴⁵.
44. De esta forma, en el caso particular de esta consulta se pueden distinguir diversos mercados conexos. Por una parte, se encuentra el mercado de los Prestadores de Servicios para JUNAEB, quienes participan en las licitaciones para proveer los servicios de entrega de raciones alimenticias requeridos por JUNAEB. Estos prestadores, a su vez, demandan en el mercado todos los insumos necesarios para cumplir con su objetivo, entre ellos -y en lo relevante para este proceso- la leche. Es así como la demanda de leche por parte de los Prestadores de Servicio constituye una demanda derivada para cumplir con los contratos suscritos con JUNAEB.
45. Por ello, se puede identificar un mercado en el que incide directamente la decisión de JUNAEB, en orden a exigir el uso de leche líquida, que corresponde precisamente a la licitación en que ha sido aplicada⁴⁶, y otros mercados conexos aguas arriba en los que esta decisión podría tener efectos materiales indirectos, en la provisión de insumos lácteos para servicios de alimentación, y que corresponden a los mercados de leche cruda o fresca, leche líquida envasada y leche en polvo. Las consultantes, a su vez, participan en un subsegmento de este último, correspondiente a la producción y comercialización de fórmulas lácteas -blancas y saborizadas- en base a leche en polvo.

⁴⁵ Bases de licitación ID: 85-41-LR21., p. 4

⁴⁶ Por lo tanto, no compartimos del todo la definición de mercado relevante propuesta por JUNAEB en su aporte de antecedentes.

Figura 1: Mercados relacionados a la decisión de JUNAEB



Fuente: Elaboración propia en base a información pública.

46. A continuación, se describen estos mercados y, en la sección siguiente, se analizará el impacto que podría tener el cambio regulatorio sujeto a consulta en las respectivas condiciones de competencia de los mercados involucrados.

III.1. Mercado de Prestadores de Servicio a JUNAEB

47. Los servicios de alimentación escolar requeridos por JUNAEB presentan características específicas que permite diferenciarlos de otros servicios de alimentación institucional pública -como la destinada a hospitales o el sistema penitenciario- y privada -casinos de empresas y establecimientos educacionales privados-. En efecto, la cantidad y diversidad de establecimientos educacionales en los que se presta el servicio, la regulación impuesta por JUNAEB en cuanto a los requerimientos nutricionales, minutas alimentarias, estándar de servicio y la cantidad de raciones entregadas diariamente, hacen que este servicio sea distinto al ofrecido a otros demandantes.

48. Desde 1997, JUNAEB utiliza una licitación del tipo combinatorial para la adjudicación de los Prestadores de Servicios⁴⁷. En cada licitación se definen las Líneas de Producto⁴⁸ y las Unidades Territoriales⁴⁹ agrupadas geográficamente en distintas zonas del país. La unidad de la licitación se denomina Producto Alimenticio, que consiste en la ración alimenticia que forma parte de los distintos servicios de alimentación que entrega JUNAEB, JUNJI e Integra⁵⁰. En el caso de la licitación sujeta a consulta, JUNAEB adquirió una cantidad estimada de 1.333.000 raciones diarias⁵¹ correspondientes a un total de 666.852 beneficiarios, que representa un 36% del total nacional⁵².
49. La licitación comprende dos líneas de producto, la línea N° 1 y la línea N° 2, que se diferencian en que la segunda se encuentra orientada a empresas de menor o mediano tamaño⁵³. En relación con la dimensión geográfica, tal como se describió en los antecedentes, cada línea de producto comprende distintas Unidades Territoriales, dentro las cuales se definen los establecimientos educacionales en los que se prestarán los servicios de entrega de raciones alimenticias.
50. La primera línea comprende Unidades Territoriales de las regiones de Arica, Tarapacá, Antofagasta, Maule, Los Lagos, Los Ríos y Metropolitana. Mientras

⁴⁷ En estos tipos de subasta tiene distintas etapas en las cuales en primera instancia se eliminan ofertas que no cumplan criterios de calidad o financieros. Finalmente, cada oferente tiene la opción de enviar múltiples combinaciones de unidades territoriales y precios asociados a las raciones. Cada combinación es considerada una oferta y como tal entra en un modelo de optimización que entrega como resultado el conjunto de ofertas y oferentes que menor costo implique condicional en que se cubra toda la demanda. Para más detalles véase Epstein, R., Henríquez, L., Catalán, J., Weintraub, G.Y., Martínez, C. and Espejo, F. (2004), A combinatorial auction improves school meals in Chile: a case of OR in developing countries. *International Transactions in Operational Research*, 11: 593-612. <https://doi.org/10.1111/j.1475-3995.2004.00480.x>

⁴⁸ La línea de producto es una agrupación de Unidades Territoriales conforme a la cantidad máxima de productos alimenticios a entregar o conforme con las especiales características de acceso y provisión de servicios de alimentación. Bases de licitación ID: 85-41-LR21., p. 6

⁴⁹ Las Unidades Territoriales se definen como una agrupación de establecimientos educacionales u otros establecimientos designados por JUNAEB para recibir alimentación. Ver sección 3 Definiciones Básicas Bases de licitación. Bases de licitación ID: 85-41-LR21., p. 8

⁵⁰ Cada uno de estos productos está compuesto por las distintas preparaciones y/o componentes que se deben entregar por el prestador diariamente durante cada año lectivo y vacaciones, en los establecimientos, horarios y condiciones que establecen las bases de licitación y sus Anexos.

⁵¹ Respuesta de JUNAEB de fecha 2 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 38.

⁵² Ídem.

⁵³ En esta línea de producto los adjudicatarios solo pueden entregar hasta un máximo de 34.000 productos alimenticios diarios y no pueden participar empresas que en su propiedad tengan más de un 15% de un adjudicatario de la línea 1. Bases de licitación ID: 85-41-LR21., p.10.

que la segunda, contiene a un conjunto de Unidades Territoriales de la Región Metropolitana.

51. Así, el tipo de competencia que se presenta entre Prestadores de Servicios de JUNAEB es por la cancha, compitiendo por el derecho de proveer, al precio ofertado, la cantidad de productos alimenticios de forma exclusiva en los establecimientos educacionales comprendidos en las Unidades Territoriales adjudicadas por el período de duración del contrato que, en este caso, es de casi cuatro años.
52. De las diligencias efectuadas por esta Fiscalía, se pudo determinar que, en general, los oferentes a estas licitaciones son empresas dedicadas casi con exclusividad a la prestación de servicios a JUNAEB⁵⁴. Esto se debe a las características propias de este servicio y sus necesidades logísticas, que como se indicó, lo diferencian de la administración de casinos o de otro tipo de servicio de entrega de comida⁵⁵. Eso, sin embargo, no disminuye el interés de numerosas empresas por participar de las licitaciones, en atención a la escala y los montos involucrados⁵⁶.
53. En la licitación se presentaron 32 oferentes, de los cuales 11 ofertaron en la Línea 1 de producto y 21 en la Línea 2⁵⁷. Del total, dos ofertas fueron declaradas inadmisibles antes de la evaluación técnica, por lo que 30 empresas pasaron a la siguiente etapa del proceso, donde 26 empresas superaron el puntaje mínimo y pasaron a la evaluación financiera. En esta etapa, dos empresas no cumplieron los requisitos, por lo que finalmente 24 empresas pasaron a la evaluación económica.

⁵⁴ Respuesta de Sociedad de Servicios de Alimentación S.A de fecha 11 de febrero de 2022 a Oficio Circ. FNE N° 19, de fecha 04 de febrero de 2022., p. 2. Respuesta de Distribuidora de Alimentos S.A de fecha 11 de febrero de 2022 a Oficio Circ. FNE N° 19, de fecha 04 de febrero de 2022., p. 3. Respuesta de Servicios Alimenticios HENDAYA de fecha 11 de febrero de 2022 a Oficio Circ. FNE N° 19, de fecha 04 de febrero de 2022., p. 2. Además de las declaraciones prestadas por empresas prestadoras de servicios a JUNAEB a esta Fiscalía en fecha 13 de enero de 2022 y 20 de enero de 2022.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Como se observó *supra*, el monto total de esta licitación por los primeros tres años de contrato alcanza casi los U\$1.000 millones.

⁵⁷ Resolución Afecta N° 2 de 20 de enero de 2020 donde se adjudica la licitación ID: 85-41-LR21., p. 2.

54. En la etapa de evaluación económica se eliminó una empresa, por lo que 23 ofertas fueron evaluadas con el modelo de optimización combinatorial para obtener el conjunto de ofertas más ventajosas para cada Línea⁵⁸.
55. Como resultado del proceso, se adjudicaron la licitación cuatro empresas para la Línea N° 1 y seis empresas para la Línea N° 2, de acuerdo con el siguiente detalle:

Tabla 1: Empresas adjudicadas en la licitación.

OFERENTE RAZÓN SOCIAL	LINEA	PRODUCTOS ALIMENTICIOS	MONTO TOTAL CONTRATO
UTP Casinos Nutrisalud: Fedir Chile SPA/ Alimentaciones Internacionales S.A.	1	611.470	\$358.017.847.276
Saludable SPA	1	429.607	\$234.464.404.574
Servicios Alimenticios Hendaya SAC	1	73.040	\$53.424.581.689
Sociedad de Servicios de Alimentación S.A.	1	20.590	\$15.748.984.622
Sociedad de Servicios y Alimentos lfood SPA.	2	32.758	\$20.716.842.013
JMC Alimentos LTDA.	2	32.785	\$20.131.345.216
Distribuidora de Alimentos S.A.	2	31.957	\$19.376.587.525
Comercializadora Ecoimport LTDA.	2	32.398	\$19.284.014.086
Sociedad Alimenticia Departamental LTDA.	2	33.752	\$19.055.436.633
Luis Fernando Concha Benavides Elab. Y Dist. De Alimentos EIRL.	2	31.854	\$17.825.236.919

Fuente: Resolución Afecta N° 2 de 20 de enero de 2020, que adjudica la licitación ID: 85-41-LR21.

56. Como se observa en la Tabla N° 1, dos empresas se adjudicaron algo más de un millón de productos alimenticios, siendo estas empresas los principales demandantes de insumos para la provisión de este servicio.

⁵⁸ Ibid., p.11

57. Por otro lado, la leche líquida representaría aproximadamente un 5,7% del total del gasto presupuestado para el año 2022⁵⁹, por lo que no tendría un impacto decisivo en la confección de ofertas para la licitación, aun cuando la exigencia de leche líquida en lugar de fórmula láctea implica un incremento de costos del orden de 13,8 millones de dólares al año⁶⁰, aproximadamente.

III.2. Mercado de la leche fresca

58. Los otros mercados conexos que podrían verse afectados por la licitación sujeta a consulta son el mercado de la leche fresca y los de sus derivados. Respecto al mercado de la leche cruda o fresca, en Chile es posible distinguir un mercado de aprovisionamiento en el que participan un gran número de productores lecheros que se encuentran altamente atomizados⁶¹, que entregan su producción a las plantas procesadoras.

59. Durante el 2021, los productores entregaron un 85% de la leche cruda a 4 empresas⁶², quedando el restante 15% para el auto consumo y la provisión a pequeñas procesadoras de leche, como queserías. La oferta doméstica de leche fresca tiende a ser relativamente inelástica en el corto plazo y con estacionalidad, puesto que es mayor en el periodo primavera-verano que en los meses de invierno⁶³.

60. Las plantas procesadoras compran la leche fresca a los productores y se encargan de transformarla en productos lácteos o derivados. Entre los

⁵⁹ Este porcentaje, conservador, se calculó a partir de la demanda proyectada de JUNAEB que alcanza a los 14,6 millones de litros de leche año tomando como referencia un valor de 1.000 \$/Lts (superior a todas las cotizaciones presentadas por distintos proveedores del servicio) y del presupuesto asignado en la resolución de adjudicación. Se hace presente que el cambio solo afecta al PAE ya que las instituciones a cargo de del PAP (JUNJU e Integra) definen su propia estructura alimentaria. Respuesta de JUNAEB de fecha 2 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.

⁶⁰ Forma de cómputo del cambio en el costo, respecto a la leche en polvo. Se usó como referencia los costos promedio declarados por las actuales adjudicatarias de JUNAEB, acompañados en respuesta a oficios de esta Fiscalía.

⁶¹ Para el 2018 existían casi 5.000 predios lecheros con más de 10 vacas para ordeña ubicados principalmente en la zona sur del país, entre las regiones de La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos. Para más detalles ver, ODEPA 2019, "Descripción de la Cadena Láctea en Chile" pg 4. Disponible en, <https://www.odepa.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/DescripcionCadenaLacteaChile.pdf> [última visita 03 de marzo de 2022].

⁶² En este tipo de organización se encuentran empresas compradoras tales como: Fonterra (controladora neozelandesa de Soprole y Prolesur), Grupo Watt's y Nestlé, mientras que Colun mantiene un modelo de cooperativa verticalmente integrada.

⁶³ Informe de archivo Investigación Rol N°1966-11 FNE y N° 2415-16 acumulada, de 18 de enero de 2018. p.3

principales productos lácteos se encuentran los quesos, leche líquida blanca y saborizadas, leches en polvo, yogurt, mantequilla, entre otros. Desde un punto de vista de la teoría económica, este segmento de la industria estaría caracterizado por un oligopolio multiproducto, donde las decisiones de producción dependen del retorno esperado de los distintos productos que usan como insumo la leche fresca⁶⁴.

61. En relación con este mercado, la decisión de exigir leche líquida como insumo es del todo relevante, puesto que, dada la magnitud del cambio, la modificación introducida por JUNAEB tiene la aptitud de producir un shock de demanda en el mercado de leche líquida, cuyos posibles efectos se deben analizar.
62. Para un correcto análisis, se presentan las principales características del mercado de la leche líquida para luego contrastarlo con el mercado de la leche en polvo.

III.3. Mercado de la leche líquida

63. Respecto a la disponibilidad para el mercado interno de leche líquida, como se muestra en la Tabla N° 2, para el año 2021 la totalidad de la leche líquida producida en territorio nacional proviene de las cuatro empresas procesadoras de leche, siendo Colun y Soprole las que mantienen mayor participación de mercado del 36% y del 29% respectivamente, seguidas de Surlat con un 22% y Watt's S.A. con el 13%. Respecto a las importaciones de este tipo de producto, estas son marginales y hasta el momento no representan una real alternativa de abastecimiento en el mercado⁶⁵.

⁶⁴ En respuesta de una procesadora de leche a un Oficio de esta Fiscalía.

⁶⁵ ODEPA 2019, "Descripción de la Cadena Láctea en Chile", p. 4. Entre otros, un motivo que limita las importaciones de este tipo de producto se relaciona con el costo de transporte que significaría movilizar estos volúmenes. Esto fue ratificado en declaraciones prestadas por empresas procesadoras de leche a esta Fiscalía en fechas 25 de enero de 2022 y 28 de enero de 2022.

Tabla 2: Producción Nacional de leches líquidas 2021 (En Litros)

Planta	Leche esterilizada con sabor	Leche esterilizada blanca	Leche pasteurizada	Total Leche líquida
COLUN	49.192.618	123.950.813		173.143.431
SOPROLE	44.090.560	75.566.730	20.799.310	140.456.600
SURLAT	12.275.522	86.159.730	4.656.099	103.091.351
WATT'S S.A.	20.618.059	39.411.332		60.029.391
Total	126.176.759	325.088.605	25.455.409	476.720.773

Fuente: Boletín anual de leche 2021 ODEPA

64. De acuerdo con las estimaciones de JUNAEB, la licitación generaría una demanda por leche líquida de aproximadamente 14,6 millones de litros al año, de los cuales aproximadamente 12 millones corresponden a leches saborizadas. Es decir, la licitación incrementaría la demanda de este producto en casi un 10% respecto a su producción de 2021.
65. Sin embargo, a partir de la información desagregada proporcionada por la misma JUNAEB, es posible indicar que esa demanda estaría subestimada, y un cálculo más preciso indica que se alcanzaría a aproximadamente 16,1 millones de litros/año⁶⁶.
66. Si analizamos la producción de leche con sabor, principal insumo demandado en la licitación objeto de la consulta, se puede observar que el Índice de Herfindhal Hirschman (IHH) en este caso alcanza un valor de 3103 para 2019, cifra considerada por esta Fiscalía como indicativa de un mercado altamente concentrado⁶⁷. Además, como se muestra en la Tabla N° 3, este segmento es aún más concentrado que el de la producción total de leche líquida⁶⁸.

⁶⁶ Ver archivo "Estimación_Requerimientos_de_leche.xlsx" adjunto al presente informe.

⁶⁷ FNE, "Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales", p. 13. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> última visita [última visita: 25 de febrero de 2022]

⁶⁸ Este problema puede ser aún más crítico ya que el principal productor de leche con sabor, utiliza insumos que no cumplen con las exigencias de JUNAEB y otro producto tampoco cumpliría los requisitos de saborizantes naturales. En Respuesta de JUNAEB de fecha 2 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.

Tabla 3: Índices de Concentración Producción Nacional Leche Líquidas 2021

Tipo de leche	IHH
Leche líquida con sabor	3.103
Producción total de leche líquida	2.813

Fuente: Elaboración propia a partir de la información disponible en el Boletín anual de leche 2021 ODEPA

67. Por otra parte, es relevante analizar la capacidad de las empresas procesadoras de absorber esta nueva demanda y adecuar sus procesos productivos de manera adecuada y oportuna. Como se dijo *supra*, estas firmas son multiproducto, por tanto, asignan los volúmenes de leche fresca entre las distintas líneas de producción según el mayor valor que le reporte a la empresa cada producto final, sujetas a posibles restricciones de capacidad de procesamiento y de envasado.
68. Si observamos la recepción total de leche fresca recibida durante 2021, esta alcanzó aproximadamente 1.594⁶⁹ millones de litros, por lo que la demanda adicional de JUNAEB representa tan solo el 1%.
69. En el caso de que solo se considerara la producción total de leche líquida para el 2021, que fue de 476,7 millones de litros⁷⁰, la demanda adicional de JUNAEB representaría un 3,4% del volumen anual⁷¹, que debería ser cubierta ya sea con incrementos en la producción de leche fresca o redestinando parte del volumen que actualmente es usado para otros productos finales.

⁶⁹ Según datos de ODEPA, Boletín anual de la leche 2021 disponible en, <https://www.odepa.gob.cl/contenidos-rubro/boletines-del-rubro/boletin-anual-de-la-leche> [última visita: 25 de febrero de 2022].

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Esto fue ratificado en declaraciones prestadas por empresas procesadoras de leche a esta Fiscalía en fechas 25 de enero de 2022 y 28 de enero de 2022.

70. De esta forma, la provisión de leche fresca no sería un impedimento para cubrir la demanda adicional incluso tomando en cuenta que la demanda de JUNAEB presenta una estacionalidad inversa a la de la producción de leche fresca⁷².
71. Respecto a la capacidad de procesamiento de leche líquida, la evidencia encontrada en otras investigaciones a la industria efectuadas por esta Fiscalía muestra que las plantas de procesamiento contarían con capacidad ociosa⁷³. El único inconveniente que se identificó en el procesamiento de leche es el incremento en costos que conlleva la producción de leches de distintos sabores ya que, en estos casos, en cada cambio de sabor se debe detener la producción para lavar las máquinas, aspecto que haría menos atractivo elaborar este tipo de productos⁷⁴.
72. Si bien la provisión de leche o la capacidad de procesamiento pareciera no ser un problema, existen factores que pueden influir en la capacidad de las empresas procesadoras de cubrir este incremento en la demanda. De acuerdo con las diligencias realizadas por esta Fiscalía, se pudo identificar que el aumento en la producción estaría limitado, al menos en el corto plazo, por restricciones en la capacidad de envasado⁷⁵. De acuerdo con lo indicado por las propias empresas productoras este sería una limitante al menos para el primer semestre de 2022.
73. En cuanto a la posible entrada de nuevas empresas procesadoras de leche líquida en el mercado, esta Fiscalía ha verificado escasa movilidad de los productores entre plantas procesadoras. Lo anterior implica que un nuevo entrante tendría dificultades para la obtención inmediata de leche fresca, a menos que decida elevar considerablemente sus precios de compra en

⁷² Mientras que la producción de leche cruda es más abundante en los meses de primavera y verano y menos abundante en los meses de invierno. La demanda de JUNAEB se concentra en el año electivo (marzo a diciembre) con una disminución en el mes de julio por las vacaciones de invierno.

⁷³ Informe de archivo Investigación Rol N°1966-11 FNE y N° 2415-16 acumulada de 18 de enero de 2018. Esto además fue ratificado por las empresas procesadoras de leche en respuesta de fecha 17 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 239 de fecha 7 de febrero de 2022., p. 7 y respuesta de fecha de fecha 17 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 240 de fecha 7 de febrero de 2022., p. 4

⁷⁴ Información proporcionada en toma de declaración ante esta Fiscalía de fecha 28 de enero de 2022.

⁷⁵ Respuesta de UTP Casinos Nutrisalud de fecha 11 de febrero de 2022 a Oficio Circ. FNE N° 19, de fecha 04 de febrero de 2022., p. 4.

detrimento de su competitividad en el mercado de productos lácteos⁷⁶. Adicionalmente, como se indicó *supra*, las actuales empresas procesadoras cuentan con capacidad disponible, aspecto que inhibe una posible entrada oportuna.

74. Por último, no se vislumbra en el mediano plazo, inversiones que tengan como objetivo el incremento en la capacidad de procesamiento de leche o de envasado⁷⁷.
75. Del análisis descrito se puede concluir que el mercado de la leche líquida presenta alta concentración, con cuatro empresas relevantes, sin la posibilidad de enfrentar presión competitiva por parte de eventuales importaciones y en el que se pueden observar algunas restricciones para abastecer un incremento de demanda como el que genera la decisión de JUNAEB, específicamente respecto de procesos de envasado y disponibilidad de ciertos insumos importados. Estas tres características implican que un incremento pequeño pero permanente de la demanda podría generar una reducción en la intensidad competitiva que, a su vez, se podría traducir en precios más altos en el corto plazo.

III.4. Mercado de la leche en polvo

76. Como se señaló, en licitaciones anteriores JUNAEB establecía dentro de los Manuales de Fichas Técnicas de Materias Primas o Productos⁷⁸, una formulación específica o ficha técnica del insumo lácteo en polvo que debían utilizar sus proveedores de servicios de alimentación. En ese documento, JUNAEB definía los requerimientos nutricionales especiales para la institución, indicando específicamente los requisitos de calidad de los productos. Así, por ejemplo, se definía la materia prima, el envase a utilizar, las características físicas y organolépticas, requisitos sensoriales, nutricionales, físico químicos y microbiológicos.

⁷⁶ Informe de archivo Investigación Rol N°1966-11 FNE y N° 2415-16 acumulada, de 18 de enero de 2018. p.15.

⁷⁷ Tal como lo establecieron distintas empresas de procesamiento en declaraciones prestadas a esta Fiscalía. Esto además fue ratificado por las empresas procesadoras de leche en respuestas a Oficios de esta Fiscalía.

⁷⁸ Al respecto, véase: <https://www.junaeb.cl/wp-content/uploads/2020/10/REX.-2516-2020.-MANUAL-PRODUCTOS-RELEVANTES-Y-PARTICULARES-PAE-PAP.pdf>

77. Respecto a la oferta de leche en polvo, podemos observar en la tabla siguiente que este es también un mercado concentrado, con solo 6 empresas productoras locales, donde una sola tiene una participación del 50% de la oferta.

Tabla 4: Oferta de leche en polvo 2021

Empresa	Kilos	Participación
Producción Nacional		
NESTLE	44.497.739	50%
WATT'S S.A.	10.869.259	12%
PROLESUR	8.290.675	9%
COLUN	6.782.025	8%
GRUPO LACTALIS	1.467.170	2%
SURLAT	685.615	1%
Importación		
IMPORTADORES	17.213.414	19%
Total	89.805.897	100%

Fuente: Boletín anual de leche 2021 y base de datos de comercio exterior, ODEPA

78. Por otro lado, las importaciones representan el 19% de la oferta de leche en polvo en el mercado nacional, lo que muestra un mercado abierto al comercio internacional. Así, para 2021, el 19% del total de los kilos consumidos en territorio nacional correspondería a importaciones, dejando el 81% a la producción nacional. La exposición al comercio internacional y las mayores facilidades en el traslado, almacenamiento y duración de este producto hace que este mercado enfrente una presión competitiva mayor⁷⁹.

79. Por otra parte, los servicios de alimentación contratados por JUNAEB representaron, para los años 2017 a 2021, una demanda de 2.243 Toneladas de “formula láctea” -tanto saborizada como blanca- que, como se señaló, su principal insumo (71% de su composición) es la leche en polvo, a la que se le adicionan nutrientes, saborizantes y otros componentes, según la definición establecida por dicho Servicio.

⁷⁹ Esta característica también fue identificada en ODEPA 2019, “Descripción de la Cadena Láctea en Chile”, p. 17.

80. Los principales productores de “fórmula láctea” son las tres empresas consultantes, quienes adquieren leche en polvo de diversos productores, nacionales o extranjeros, la combinan y envasan según las definiciones de JUNAEB sobre estructuras alimentarias y sus respectivas fichas técnicas, para luego comercializarla a los proveedores de raciones que prestan servicios a dicha entidad.
81. Como se señaló, la “fórmula láctea” es una preparación específica que no es idéntica en su composición y características organolépticas a la leche en polvo comercializada en otros canales de distribución, ni tiene una demanda relevante de otros consumidores.
82. En este caso, dado que es JUNAEB la que define el tipo de leche que requiere para su política alimentaria, no es pertinente realizar un análisis de sustituibilidad entre leche líquida y leche en polvo desde el lado de la demanda. Respecto de la sustitución por el lado de la oferta, como se señaló, esta es restringida en el corto plazo, pues requiere de inversión relevante en líneas de producción y envasado específicas para leche líquida.

IV. ANÁLISIS DE LA EXIGENCIA CONTENIDA EN LAS BASES DE LICITACIÓN RESPECTO DEL USO DE LECHE LÍQUIDA

IV.1. Criterios para el análisis de exigencias en la contratación pública

83. Previo a presentar el análisis respecto de la materia bajo consulta, conviene destacar los criterios que este H. TDLC ha delineado en su reiterada jurisprudencia y que esta Fiscalía ha seguido en sus informes y diversas actuaciones, relativos al análisis de exigencias y condiciones establecidas en procesos licitatorios públicos.
84. Lo anterior, por cuanto la interrogante que envuelve esta consulta se refiere a si un acto de autoridad, como el materializado en el documento que integra las bases de licitación denominado “consideraciones para las estructuras

alimentarias de JUNAEB”, alteró o no el proceso competitivo de la licitación o de los mercados conexos a ella.

85. En ese sentido, para evaluar la exigencia de leche líquida cuestionada por las consultantes, debe considerarse lo señalado por este H. Tribunal, en cuanto a que *“es necesario ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación, y la adecuada protección de la libre competencia, a fin de determinar si la autoridad ha infringido la normativa contenida en el DL 211⁸⁰”*.
86. Para ello, el análisis debe dilucidar si la decisión de JUNAEB mantiene condiciones mínimas de rivalidad en el proceso competitivo, lo que en términos generales se traduce en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases⁸¹
87. En dicho contexto, esta Fiscalía considera que no hay antecedentes que den indicios de que la exigencia de leche líquida en las raciones alimenticias tenga la aptitud de facilitar la colusión de otros agentes económicos o que conlleve el establecimiento de condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación.
88. Adicionalmente, gran parte de los riesgos planteados por las consultantes tendrían relación con la tercera hipótesis planteada, razón por la cual el análisis que se efectuará tendrá por objeto determinar si, ponderados los intereses de política pública que JUNAEB tuvo en consideración, el cambio de la leche en polvo a la leche líquida limitó injustificadamente la competencia en la licitación o en alguno de los mercados conexos.

⁸⁰ Sentencia N° 138/2014; Resolución N° 61/2020, Sentencia N° 171/2021.

⁸¹ Ídem.

89. A tal efecto, a continuación se presentarán los principales argumentos que JUNAEB ha expresado para justificar el reemplazo de la leche en polvo por leche líquida, para luego analizar si tal decisión tiene la aptitud para limitar la competencia en la licitación o en alguno de los mercados conexos descritos.

IV.2. Justificación del cambio en las bases de licitación por parte de JUNAEB

90. Las bases de licitación declaran que “se incorporan y aumentan las exigencias y obligaciones enfocadas en los componentes sensoriales y gastronómicos, con lo que se busca fomentar la presencia de los estudiantes en los comedores, aumentando los grados de aceptabilidad de las preparaciones que se entregan, cautelando no sólo las materias primas, sino también la correcta ejecución de técnicas culinarias y la aplicación de tecnologías⁸²”.
91. Lo anterior permitiría materializar uno de los objetivos declarados en las bases de licitación, a saber, “que la calidad del servicio entregado a los beneficiarios permita mejorar la aceptabilidad de las preparaciones y propender a incrementar su consumo⁸³”.
92. En el mismo sentido, JUNAEB señaló a esta Fiscalía que la decisión de reemplazar la leche en polvo por leche líquida “busca aumentar el consumo de la porción líquida del servicio de desayuno por parte de la población beneficiaria, a través de la entrega de un producto estandarizado y listo para el consumo, eliminando de la operación el proceso de reconstitución⁸⁴”.
93. En efecto, dentro de los principales motivos para el cambio llevado a cabo por JUNAEB, está la baja aceptabilidad que habrían tenido las porciones preparadas con leche en polvo⁸⁵, blanca y saborizada, producto de la

⁸² Bases de licitación ID: 85-41-LR21., p. 3

⁸³ Ibid. p. 9.

⁸⁴ Respuesta de JUNAEB de fecha 2 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.

⁸⁵ En su respuesta, JUNAEB indica que no tiene tasas de aceptabilidad de leche líquida. Adicionalmente, indica que tanto la leche en polvo como la leche líquida no presentarían diferencias significativas en su composición o calidad nutricional, focalizando el problema en el proceso de reconstitución de la leche en polvo, que tornaría imposible la entrega de un producto estandarizado usando como un insumo la leche en polvo.

reformulación de la composición de sus insumos para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley N° 20.606 “Sobre Composición nutricional de los alimentos y su publicidad”, que implicó la disminución del nivel de azúcar de la leche y su intercambio por endulzantes no calóricos⁸⁶.

94. La expectativa de JUNAEB con la incorporación de la leche líquida es aumentar la aceptabilidad promedio de la leche desde un 74% a un 90%, dado que la leche en polvo presentaría problemas de aceptabilidad desde el año 2019, para lo cual programó la entrega de leche líquida en los tres sabores más elaborados -y, por ende, más consumidos- en el mercado: chocolate, vainilla y frutilla⁸⁷.
95. Al respecto, tal y como se observa en la siguiente tabla, los bajos niveles de aceptabilidad estarían asociados a leches saborizadas con té, manjar y vainilla, observándose niveles más altos de aceptabilidad en las leches en polvo sabor chocolate, plátano y frutilla.

Tabla 5: Encuestas de aceptabilidad de leche en polvo de proveedores de JUNAEB – Regiones de Arica y Parinacota y de Antofagasta

Fórmula Láctea Saborizada	Test de aceptabilidad (%)	Total de muestras	N° Encuestas
CHOCOLATE	88.01	241	7
PLATANO	82.90	20	1
FRUTILLA	81.29	431	11
MANJAR	72.17	400	3
VAINILLA	51.40	190	5
TÉ	50.83	173	3
Total	71.10	1455	30

Fuente: Elaboración propia en base a datos proporcionados por JUNAEB en respuesta a oficio ORD 038 de 7 de enero de 2022 recibido el 2 de febrero de 2022.

96. Estos resultados, según fue indicado por JUNAEB, se obtuvieron de no más de 30 encuestas realizadas sobre 1.455 raciones alimentarias y limitadas a dos regiones, sin tener claridad sobre las metodologías empleadas en cada

⁸⁶ Aporte de antecedentes de JUNAEB en esta consulta., p. 27.

⁸⁷ Respuesta de JUNAEB de fecha 23 de febrero de 2022 en respuesta a Oficio Ord. FNE N° 307, de fecha 18 de febrero de 2022.

encuesta, por lo que no es posible estimar la representatividad y robustez de los resultados presentados.

97. Adicionalmente, como es posible apreciar, la aceptabilidad promedio que JUNAEB arguye como uno de los motivos para el reemplazo de la leche en polvo por leche líquida, combina las aceptabilidades de fórmulas lácteas saborizadas que son evidentemente diferentes e, incluso, inusuales, con niveles de aceptabilidad superiores al 80% para tres sabores, y sólo uno con un nivel cercano al 50% (sin considerar el dato relacionado a leche con té).
98. Por otro lado, JUNAEB señala que, para esta modificación, se tuvo en cuenta la facilidad del manejo del producto, como consecuencia de la ausencia de manipulación de la leche líquida de manera previa a la entrega de los beneficiarios⁸⁸, ya que la leche líquida viene lista para su consumo y no requiere ser reconstituida en el establecimiento educacional, en la medida que se consume a temperatura ambiente. De lo contrario, igualmente requeriría de un proceso de manipulación para calentar y servir las porciones de leche.
99. Finalmente, lo señalado también redundaría, según la consideración de JUNAEB, en una mayor seguridad y certeza de la recepción de la adecuada porción nutricional de lácteos por parte de los beneficiarios, al no requerir preparaciones e intervención de ningún tipo de manera previa al consumo, generando la estandarización del producto entregado, tanto en términos nutricionales como sensoriales, lo que se torna particularmente importante en las personas más vulnerables que dependen de este beneficio para su nutrición⁸⁹.

IV.3. Efectos de la exigencia de leche líquida en las bases de licitación ID 85-41-LR21

100. Sin perjuicio de lo señalado respecto de las justificaciones expuestas por JUNAEB, especialmente lo referido a la aceptabilidad de las preparaciones

⁸⁸ Respuesta de JUNAEB de fecha 2 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.

⁸⁹ Ídem.

con leche en polvo, esta Fiscalía estima que el cambio en las exigencias respecto del insumo lácteo en las raciones alimenticias aplicado en la licitación 85-41-LR21, materia de esta consulta, no generó efectos negativos significativos en la intensidad competitiva observada en dicho proceso.

101. En efecto, los oferentes habrían sido capaces de asegurarse el aprovisionamiento de leche líquida para participar en la licitación, a pesar de que JUNAEB exploró la capacidad de la industria para absorber su demanda de leche líquida, recién a mediados de noviembre del año 2021, esto es, después de haber adoptado la decisión de sustituir la leche en polvo⁹⁰.
102. Como fue señalado *supra*, en la licitación participaron 32 oferentes, de los cuales 24 de ellos pasaron a la etapa de evaluación económica de sus ofertas. En licitaciones anteriores de JUNAEB para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios del PAE y del PAP, se observan niveles similares de participación, según se indica en la siguiente tabla:

Tabla 6: Número de oferentes por licitación JUNAEB.

ID LICITACIÓN	N° OFERENTES	N° OFERENTES EVALUACIÓN ECONÓMICA
85-41-LR21	32	24
85-18-LR20	38	27
85-27-LR18	24	6
85-15-LR17	36	33

Fuente: Elaboración propia en base a información de www.mercadopublico.cl

103. En efecto, en la licitación ID 85-18-LR20, donde se permitía el uso de leche en polvo, se presentaron 38 oferentes, de los cuales 27 pasaron a la etapa de evaluación económica. Asimismo, en la licitación ID 85-27-LR18 se presentaron 24 oferentes, de los cuales sólo 6 de ellos pasaron a la etapa de

⁹⁰ Respuesta de JUNAEB de fecha 2 de febrero de 2022 a Oficio Ord. FNE N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.

evaluación económica. Finalmente, en la licitación ID 85-15-LR17, de 36 oferentes, 33 de ellos alcanzaron la etapa de evaluación económica.

104. A mayor abundamiento, del total de oferentes que pasaron a la etapa de evaluación económica de la licitación, 10 lo hicieron en la Línea N°1 y 14 en la Línea N°2, lo que representa un número significativo de participantes que pudieron sortear la etapa de evaluación técnico-financiera del proceso⁹¹.
105. En el mismo sentido, JUNAEB destaca que en este proceso de licitación no se observó una disminución de oferentes, atendido que se recibieron 32 garantías de seriedad de la oferta, y que el promedio de garantías recibidas en el periodo comprendido entre los años 2015 a 2021, habría sido de 31,6 por licitación⁹².
106. Sin perjuicio de lo anterior, se pudo identificar que la modificación generaría mayores costos desde el punto de vista logístico, por el volumen y peso que implica trasladar y almacenar leche líquida en comparación con leche en polvo⁹³. Sin embargo, como se describió, estas dificultades, transversales a todos los oferentes, no tuvieron la aptitud de reducir la intensidad competitiva de la licitación.
107. Adicionalmente, la sustitución de un insumo por otro de mayor precio condujo a ofertas más altas y, en consecuencia, a un mayor gasto fiscal asociado a la provisión de estos servicios de alimentación, lo que tampoco afectó significativamente el número de participantes de la licitación.
108. Por lo anteriormente descrito, esta Fiscalía estima que la exigencia de leche líquida en las bases de licitación ID 85-41-LR21 no alteró el proceso competitivo de la licitación, dado que se mantuvo un número significativo de participantes y, por ende, de competidores en el proceso licitatorio, bajo

⁹¹ Al respecto, véase el Informe Final de la Comisión Evaluadora: Primera Apertura de Ofertas Evaluación Administrativa- Técnica- Financiera. Disponible en: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qm=TrcfbC1J1IT9AWibi3RIA==>

⁹² Aporte de antecedentes de JUNAEB, p. 34.

⁹³ Declaraciones prestadas por empresas prestadoras de servicios a JUNAEB a esta Fiscalía en fecha 13 de enero de 2022 y 20 de enero de 2022.

condiciones equivalentes de exigencias en la calidad de los insumos para todos los oferentes.

109. Con todo, no pueden obviarse las deficiencias metodológicas detectadas en las justificaciones que JUNAEB esgrimió para llevar a cabo la política pública que significó el reemplazo de la leche en polvo por leche líquida. Dada la magnitud de los cambios implementados, resulta crucial conocer la motivación de la Administración para ponderar esa decisión con su posible impacto en la libre competencia.

IV.4. Efectos de la exigencia de JUNAEB en el mercado conexo de producción y comercialización de leche líquida.

110. Sin perjuicio de que el reemplazo de la leche en polvo por leche líquida no merece reproche desde el punto de vista de la libre competencia respecto de sus efectos en la licitación, esta Fiscalía considera pertinente evaluar los posibles efectos que la decisión de JUNAEB tendría en los mercados conexos, en particular el de leche líquida, atendida la magnitud del cambio y las características de tal mercado.
111. En dicho sentido, esta Fiscalía recabó antecedentes para determinar si este cambio de demanda en el mercado de la leche líquida podía generar presiones al alza de los precios de la leche líquida que se comercializa en supermercados y, en general, en el comercio minorista, en atención a las restricciones de capacidad de corto plazo que enfrentan los procesadores de leche -descritas *supra*- y la ausencia de planes de inversión para aumentar su capacidad productiva, cuestión que podría llevar a eventos de incrementos de precio o desabastecimiento, ya sea del canal institucional o del retail.
112. Sin embargo, de los antecedentes recabados por esta Fiscalía, especialmente de los procesadores de la leche, fue posible concluir que el impacto en el

mercado conexo descrito sería más bien acotado, y por ende, podrían absorber gran parte de la demanda de JUNAEB⁹⁴.

113. En efecto, como se señaló *supra*, en la sección III.2, las restricciones a la capacidad de producción de los procesadores de leche estarían determinadas, al menos en el corto plazo, por la escasez de envases y/o de insumos específicos para leche saborizada, lo que impediría una expansión durante al menos el primer semestre de 2022.
114. Adicionalmente, esta Fiscalía estima que dicha situación puede llevar a que las empresas proveedoras del servicio de entrega de raciones alimenticias soliciten a JUNAEB que instruya modificaciones unilaterales al contrato para asegurar la continuidad del servicio⁹⁵, atendida la relevancia de la alimentación de los niños, niñas y adolescentes beneficiarios de JUNAEB.
115. Esta no es una situación hipotética. Al menos tres⁹⁶ de los adjudicatarios del servicio pretenden solicitar a JUNAEB autorización para utilizar un producto alternativo a la leche líquida, dada la probable imposibilidad por parte de las empresas procesadoras de leche para cubrir la demanda derivada de la licitación de JUNAEB, mientras que otros ya adquirieron leche en polvo ante la eventualidad de una escasez de leche líquida que impida cumplir con las obligaciones que el contrato les impone⁹⁷.
116. Tal situación, podría tener un efecto sobre futuras licitaciones para la provisión de servicios de alimentación, según la forma en que los futuros adjudicatarios

⁹⁴ Con todo, al menos uno de los proveedores de servicio de raciones alimenticias para los beneficiarios de JUNAEB manifestó que la leche de mayor consumo tiene precios muy altos debido a la explosiva demanda que se produjo por la decisión de JUNAEB.

⁹⁵ Conforme con las atribuciones de JUNAEB estipuladas en la cláusula 2 del contrato tipo con los prestadores del servicio, podría modificar el requerimiento de leche.

⁹⁶ En respuesta de JUNAEB de fecha 23 de febrero de 2022 a Oficio Ord. N° 303, de fecha 18 de febrero de 2022.

⁹⁷ Así fue señalado por uno de los proveedores del servicio de entrega de raciones alimenticias en respuesta a un Oficio de esta Fiscalía.

y JUNAEB resuelvan la coyuntura en el caso de que se produzca un quiebre de stock⁹⁸.

117. Finalmente, la modificación impuesta por JUNAEB representa un cambio en el mercado desde el cual los prestadores de servicios de JUNAEB se proveen de leche. Este cambio produce, independientemente de la calidad del producto, un incremento en los costos pagados por estos -y, en última instancia, por JUNAEB- para adquirir este insumo, dado el menor poder negociador que tendrán en el mercado de leche líquida en contraposición al mercado de fórmulas lácteas con leche en polvo, producto de la concentración del mercado.
118. En consecuencia, si bien no se observan efectos en la competencia de la licitación, dado que la exigencia de leche líquida no redujo la intensidad competitiva del proceso, es necesario considerar los efectos que dicha decisión puede generar en el mercado conexo de la leche líquida, puesto que podrían, incluso, frustrar el objetivo de política pública perseguido por JUNAEB mediante la incorporación de este insumo a las raciones alimenticias PAE.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

119. Atendido lo expuesto por esta Fiscalía en el presente Informe, es posible señalar que la exigencia de leche líquida para el PAE y el PAP, tuvo por finalidad aumentar la aceptabilidad de la leche contenida en las raciones alimenticias de los beneficiarios de JUNAEB.
120. Si bien la justificación de política pública desarrollada por JUNAEB presenta deficiencias metodológicas, se observó que, de todos modos, la modificación implementada no redujo la intensidad competitiva en el proceso licitatorio en cuestión, manteniendo condiciones mínimas de rivalidad.

⁹⁸ De acuerdo con la información recaba por esta Fiscalía, JUNAEB ya ha recibido tres solicitudes para cambiar de producto por parte de los proveedores de servicio. Para dar curso a tales solicitudes, JUNAEB requiere el envío de una propuesta para su aprobación. En respuesta de JUNAEB de fecha 23 de febrero de 2022 a Oficio Ord. N° 303, de fecha 18 de febrero de 2022.

121. Sin perjuicio de lo anterior, se observó que la incorporación de leche líquida en el PAE podría tener efectos en la competencia de mercados conexos, en particular el de producción y comercialización de leche líquida, donde los proveedores de servicio de JUNAEB deberán enfrentar un mercado más concentrado y con una menor intensidad competitiva, en el que existen restricciones de capacidad en el corto plazo, por la escasez de insumos que está enfrentando ese mercado.
122. Lo anterior podría traer aparejado el riesgo de experimentar eventos de desabastecimiento que presionarían al alza los precios del insumo leche líquida -particularmente la envasada en los mismos formatos requeridos por la licitación- incluso en canales distintos a los que abastecen los proveedores del servicio de entrega de raciones alimenticias de JUNAEB.
123. Incluso, el riesgo de quiebre de stock podría frustrar el objetivo de política pública impulsado por JUNAEB en orden a aumentar la aceptabilidad de los productos lácteos, ya que haría necesario volver a adquirir leche en polvo u otros sabores de leche líquida, para no afectar la continuidad del servicio de alimentación de los niños, niñas y adolescentes beneficiarios de la JUNAEB.
124. Por ello, resulta adecuado que modificaciones a la demanda de insumos requeridos por JUNAEB que sean de una cierta magnitud relevante respecto de la capacidad del mercado, cuenten con una adecuada justificación y se implementen de manera gradual, para morigerar y prever el impacto en las condiciones de competencia de los mercados conexos en los que podría incidir.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 18 N° 2, 31 y 32 del DL 211,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes en el procedimiento de consulta de autos.

PRIMER OTROSÍ: Por este acto, vengo en acompañar bajo confidencialidad los siguientes archivos, que contienen información utilizada por esta Fiscalía para elaborar el presente informe:

1. Archivo PDF denominado “OFICIO N115-2022 JUNAEB a FNE Caso leche FF”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 2 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.
2. Archivo PDF denominado “Acta reu [empresas 1 y 2]”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 2 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.
3. Archivo PDF denominado “Acta reunión_leche_[empresa 3]”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 2 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.
4. Archivo PDF denominado “Acta reunión_leche_[empresa 4]”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 2 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.
5. Archivo PDF denominado “Acta reunión_leche_[empresa 5]”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 2 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.
6. Archivo PDF denominado “Acta reunión_leche_[empresa 1]”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 2 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.
7. Archivo PDF denominado “Contesta Oficio Circ. Ord N° 19 de 4 febrero 2022_FNE_firmado”, enviado a esta Fiscalía por Sociedad de Servicios de Alimentación S.A. con fecha 11 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Circular Ord. N° 19, de fecha 4 de febrero de 2022.
8. Archivo PDF denominado “Responde oficio N° 019-22 Distal”, enviado a esta Fiscalía por Distribuidora de Alimentos S.A. con fecha 11 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Circular Ord. N° 19, de fecha 4 de febrero de 2022.
9. Archivo PDF denominado “Informe Fiscalía Nacional económica”, enviado a esta Fiscalía por JMC Alimentos Limitada con fecha 11 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Circular Ord. N° 19, de fecha 4 de febrero de 2022.
10. Archivo PDF denominado “OCO_019-22 Respuestas vf”, enviado a esta Fiscalía por Servicios Alimenticios Hendaya S.A.C. con fecha 11 de febrero

- de 2022, en respuesta al Oficio Circular Ord. N° 19, de fecha 4 de febrero de 2022.
11. Archivo PDF denominado “UTP Casinos Nutrisalud - Respuesta a Ord. 19 de 2022 FNE (408607.6) VF (1)”, enviado a esta Fiscalía por UTP Casinos Nutrisalud con fecha 11 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Circular Ord. N° 19, de fecha 4 de febrero de 2022.
 12. Archivo PDF denominado “CARTA WATTS LECHE LIQUIDA FEB 2022”, enviado a esta Fiscalía por UTP Casinos Nutrisalud con fecha 11 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Circular Ord. N° 19, de fecha 4 de febrero de 2022.
 13. Archivo PDF denominado “SURLAT”, enviado a esta Fiscalía por UTP Casinos Nutrisalud con fecha 11 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Circular Ord. N° 19, de fecha 4 de febrero de 2022.
 14. Archivo PDF denominado “Soprole S.A. - Confidencial - Resp. Of. Ord. N° 239 de 17 de febrero de 2...”, enviado a esta Fiscalía por Soprole S.A. con fecha 17 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 239, de fecha 7 de febrero de 2022.
 15. Archivo PDF denominado “Respuesta Oficio Ord. 240”, enviado a esta Fiscalía por Watt’s S.A. con fecha 17 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 240, de fecha 7 de febrero de 2022.
 16. Archivo PDF denominado "COTIZACIONES Y FICHAS TECNICAS WATTS”, enviado a esta Fiscalía por UTP Casinos Nutrisalud con fecha 21 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Circular Ord. N° 19, de fecha 4 de febrero de 2022.
 17. Archivo PDF denominado “Oficio N°162-2022 JUNAEB RESP_FNE_OFICIO307”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 23 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 307, de fecha 18 de febrero de 2022.
 18. Archivo PDF denominado “MINUTAS ABRIL 2022 lic 85-41-LR21” enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 23 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 307, de fecha 18 de febrero de 2022.

19. Archivo PDF denominado “RE Minutas 4121 Distal RM Marzo”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 23 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 307, de fecha 18 de febrero de 2022.
20. Archivo PDF denominado “RV Sobre stock de productos”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 23 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 307, de fecha 18 de febrero de 2022.
21. Archivo PDF denominado “Soprole S.A. - Resp. Of. Ord. N° 306 - Of. Ord. N° 239. – CONFIDENCIAL”, enviado a esta Fiscalía por Soprole S.A. con fecha 25 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 239, de fecha 7 de febrero de 2022.

Respecto a los documentos indicados en el presente otrosí, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 inciso noveno del DL 211 y el acuerdo segundo del Auto Acordado N° 16/2017, solicitamos al H. Tribunal mantener la confidencialidad decretada mediante Resolución Exenta FNE N° 117, de 4 de marzo de 2022, acompañada en el tercer otrosí de esta presentación, pues contienen información provista por terceros de carácter comercial sensible y estratégica para las personas de quienes emanan y por cuanto su conocimiento por personas ajenas a este H. Tribunal o a funcionarios de esta Fiscalía, puede perjudicar el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, que han aportado información a la investigación de esta Fiscalía.

POR TANTO, solicito al H. Tribunal tener por acompañados los documentos indicados, bajo confidencialidad.

SEGUNDO OTROSÍ: Asimismo, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16 del H. Tribunal, solicitamos se tengan por acompañados los siguientes documentos, con citación, como versiones públicas preliminares de aquellos acompañados como confidenciales en el primer otrosí:

1. Archivo PDF denominado “OFICIO N115-2022 JUNAEB a FNE Caso leche FF_VP”.
2. Archivo PDF denominado “Acta reu [empresas 1 y 2] _VP”.
3. Archivo PDF denominado “Acta reunión_leche_[empresa 3] _VP”.

4. Archivo PDF denominado "Acta reunión_leche_[empresa 4] _VP".
5. Archivo PDF denominado "Acta reunión_leche_[empresa 5] _VP".
6. Archivo PDF denominado "Acta reunión_leche_[empresa 1] _VP".
7. Archivo PDF denominado "Contesta Oficio Circ. Ord N° 19 de 4 febrero 2022_FNE_firmado_VP".
8. Archivo PDF denominado "Responde oficio N° 019-22 Distal_VP".
9. Archivo PDF denominado "Informe FISCALIA NACIONAL económica_VP".
10. Archivo PDF denominado "OCO_019-22 Respuestas vf_VP".
11. Archivo PDF denominado "UTP Casinos Nutrisalud - Respuesta a Ord. 19 de 2022 FNE (408607.6) VF (1)".
12. Archivo PDF denominado "CARTA WATTS LECHE LIQUIDA FEB 2022_VP".
13. Archivo PDF denominado "SURLAT_VP".
14. Archivo PDF denominado "Soprole S.A. - Confidencial - Resp. Of. Ord. N° 239 de 17 de febrero de 2022_VP".
15. Archivo PDF denominado "Respuesta Oficio Ord. 240_VP".
16. Archivo PDF denominado "COTIZACIONES Y FICHAS TECNICAS WATTS_VP".
17. Archivo PDF denominado "Oficio N°162-2022 JUNAEB RESP_FNE_OFICIO307_VP".
18. Archivo PDF denominado "MINUTAS ABRIL 2022 lic 85-41-LR21_VP".
19. Archivo PDF denominado "RE Minutas 4121 Distal RM Marzo_VP".
20. Archivo PDF denominado "RV Sobre stock de productos_VP".
21. Archivo PDF denominado "Soprole S.A. - Resp. Of. Ord. N° 306 - Of. Ord. N° 239. – CONFIDENCIAL_VP".

POR TANTO, solicito al H. Tribunal tener por acompañadas las versiones públicas de los documentos confidenciales indicados.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos de carácter público:

1. Resolución Exenta N° 117, de 4 de marzo de 2022, que declara confidenciales ciertas piezas del expediente FNE Rol N° 2685-21.

2. Archivo Excel denominado “2. ACEPTABILIDAD_FORMULA_LACTEA”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 2 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.
3. Archivo PDF denominado “1. PRUEBAS_LECHE_12%_18%_AÑO2019”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 2 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 38, de fecha 7 de enero de 2022.
4. Archivo PDF denominado “Informe Leche - Agosto 2021”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 23 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 307, de fecha 18 de febrero de 2022.
5. Archivo PDF denominado “INFORME_LECHE_DIC2021”, enviado a esta Fiscalía por JUNAEB con fecha 23 de febrero de 2022, en respuesta al Oficio Ord. N° 307, de fecha 18 de febrero de 2022.
6. Archivo Excel denominado “Estimación_Requerimientos_de_Leche_FNE”, elaborado por esta Fiscalía en base a información pública de JUNAEB.

POR TANTO, solicito al H. Tribunal tener por acompañados los documentos públicos indicados, con citación.

CUARTO OTROSÍ: De acuerdo al Protocolo de Funcionamiento por Ley N° 21.394, de fecha 10 de diciembre de 2021, solicito al H. Tribunal habilitar un *drive* para acompañar los documentos ofrecidos en el primer y segundo otrosíes de esta presentación, dado que corresponden a documentos confidenciales y sus respectivas versiones públicas, y se envíe la clave temporal al correo electrónico adomic@fne.gob.cl.

POR TANTO, solicito al H. Tribunal acceder a lo indicado.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal, tener presente que, sin perjuicio del patrocinio y poderes conferidos en autos, mi personería para representar a la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** corresponde por el solo ministerio de la ley, según lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley N° 18.834 que aprueba Estatuto Administrativo, de la Resolución Exenta N° 636, de 9 de septiembre de 2019, que establece orden de subrogancia en la Fiscalía Nacional Económica, y del certificado

que da cuenta de la ausencia del Subfiscal Nacional, documentos que se acompañan en copia simple junto con esta presentación.

POR TANTO, solicito al H. Tribunal tener presente lo indicado.