

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 75/2022

Santiago, veintiocho de octubre de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 503-21

CONSULTANTE: FoodGroup SpA., Comercial e Industrial Fino Mornasco Ltda. y Macro Food S.A.

OBJETO: Determinar si 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 pueden infringir el Decreto Ley N° 211.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

a) Consultante:

- FoodGroup SpA., Comercial e Industrial Fino Mornasco Ltda. y Macro Food S.A. (las "Consultantes");

b) Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:

- Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas ("Junaeb");
- Federación Nacional de Productores de Lecha F.G. ("Fedeleche");
- Central de Abastecimiento del S.N.S.S ("Cenabast") y
- Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A folio 32, el 1° de diciembre de 2021, las Consultantes solicitaron a este Tribunal determinar si las Bases de Licitación ID 85-41-LR21 (en adelante, las "Bases"), elaboradas en el marco del llamado realizado por Junaeb con el objeto de contratar los servicios de suministro de raciones para el Programa de Alimentación Escolar ("PAE") y el Programa de Alimentación de Párvulos ("PAP"),

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pueden infringir el Decreto Ley N° 211 ("D.L. N° 211") al excluir a la leche en polvo y los postres en polvo, estableciendo los términos y condiciones de competencia que deberá cumplir dicha licitación pública, y las futuras licitaciones públicas sobre la materia, o las medidas que este Tribunal estime pertinentes.

2. Las Consultantes señalan tener un interés legítimo para realizar esta consulta, por tratarse de tres empresas que fabricarían y comercializarían leche en polvo y productos elaborados a partir de esta, como postres en polvo. Añaden que actualmente serían proveedoras de varias empresas que han ganado licitaciones anteriores de Junaeb para la alimentación de establecimientos de educación escolar y parvularia y que las tres empresas participaron en el proceso de licitación pública ID 85-41-LR21, realizando consultas en el foro de preguntas y respuestas.

3. Sostienen que el objeto de esta consulta "no sería reprimir conductas contrarias a la libre competencia, ni la imposición de sanciones a la Junaeb, sino que buscarían que este Tribunal imponga condiciones óptimas y necesarias para el desempeño de las actividades que a continuación se analizarán y un desarrollo acorde con la normativa que se protege (...)" en esta sede, enmarcándose en la órbita de las facultades que le concede el D.L. N° 211 a esta judicatura.

4. A juicio de las Consultantes, las Bases 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 económico.

5. Exponen que, conforme a la normativa sanitaria, la leche en polvo en cualquiera de sus formas estaría perfectamente permitida, considerada y regulada. En ese orden de cosas, no existiría ningún tipo de restricción para su venta o comercialización, de manera que para dejarla afuera de un proceso de licitación pública y teniendo presente que en opinión las Consultantes ha sido la base de los sistemas de alimentación de muchos procesos de licitación por parte de organismos del Estado, debiesen existir poderosas razones técnicas y económicas que lo justifiquen. Las Consultantes indican que estas no existirían, siendo así arbitraria la decisión de exclusión.

6. Indican que la Junaeb no habría respondido a las inquietudes levantadas en el foro de preguntas y respuestas de la licitación que tenían por objeto conocer las razones que justificaban la exclusión de la leche en polvo y de los postres en polvo, lo que evidenciaría que habría sido una decisión arbitraria.

7. Luego exponen que, si bien el Estado tiene la facultad de establecer los requisitos técnicos de los productos o servicios que va a licitar, ello igualmente debe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ser debidamente motivado y justificado en la licitación, no solo para proteger la libre competencia, sino también para garantizar la igualdad de los oferentes y la probidad y transparencia de sus procesos.

8. Las Consultantes afirman que, al excluir del mercado a todos los productores de leche y postres en polvo, se estaría beneficiando a los productores de leche líquida sometida al proceso de exposición a temperaturas ultra altas (UHT o *Ultra High Temperature*), los que normalmente serían empresas de mayor tamaño que las productoras de leche en polvo. Agregan que la exclusión que hace Junaeb en las Bases pondría en riesgo la viabilidad y existencia de muchas empresas productoras de leche en polvo, pues su mercado se reduciría a un mínimo insostenible.

9. A continuación, las Consultantes definen qué se entiende por leche en polvo y leche líquida, especificando las características de cada uno de los procesos que se requieren para obtener ambos tipos de leches. Sostienen que existiría innumerable literatura científica que concluye que no existen diferencias respecto del valor nutricional ni de la aceptabilidad entre ellas.

10. Indican, además, que el Estado seguiría entregando leche en polvo en sus consultorios como apoyo nutricional a los infantes y recién nacidos, lo que en opinión de las Consultantes significaría que Junaeb se aleja del camino optado por otras instituciones estatales.

11. Continuando con su exposición, hacen referencia en detalle a la diferencia de precio entre los productos en comento, el cual sería otro argumento por el cual las Consultantes estiman que es necesario regular y establecer condiciones para evitar conductas antimonopólicas en los llamados a licitación de Junaeb.

12. Al respecto, afirman que la leche en polvo tiene menores costos que la leche líquida, traduciéndose la exigencia de Junaeb de excluir tanto la leche en polvo como los postres en polvo, en un mayor gasto para el Estado, sin que exista ningún argumento que permita sustentar estos mayores costos.

13. En el mismo orden de ideas, consideran que la urgencia de regular o intervenir estos procedimientos de licitación, se vincularía con la figura o *test* del “competidor eficiente” que significaría que una *“conducta sería contraria a la competencia si es capaz, en los hechos, de excluir del mercado a un competidor igual o más eficiente; por el contrario, si a quien se excluye es a un competidor menos eficiente, a pesar de que la práctica impugnada pueda presentar ribetes exclusorios, su conducta sería económicamente eficiente y pro-competitiva”*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14. Las Consultantes indican que, de seguirse lo dispuesto en las actuales Bases, la demanda de leche líquida UHT que significaría reemplazar completamente a la leche en polvo en el procedimiento licitatorio en cuestión, supondría aumentar, a contar del año 2022, de forma permanente la producción de leches líquidas UHT en un 18% por sobre la producción actual, cuestión respecto de la cual no existe estudio ni antecedente alguno que permita asegurar ese resultado.
15. Dicho aumento, en opinión de las Consultantes, requeriría de una fuerte inversión privada, traduciéndose en un aumento en los precios de los productos en el mediano y largo plazo, al excluir a la leche en polvo de estas licitaciones.
16. Asimismo, las Consultantes indican que la FNE recomendaría fomentar la competencia de los oferentes en las licitaciones públicas, evitar la arbitrariedad y la creación de barreras artificiales. Sin embargo, Junaeb no habría tomado ninguna de estas recomendaciones, resultando necesario que este Tribunal utilice sus potestades para establecer con un carácter obligatorio las condiciones que se deben cumplir para que no exista atentado a la libre competencia en las licitaciones de suministros de raciones alimenticias vinculadas a beneficiarios de los Programas PAE y PAP.
17. Finalizan solicitando que este Tribunal se pronuncie acerca de si las Bases se ajustan o no al D.L N° 211, al excluir a la leche en polvo y a los postres en polvo, estableciendo los términos y condiciones de competencia que deberá cumplir dicha licitación pública, y las futuras licitaciones públicas sobre la materia, o las medidas que este Tribunal estime pertinentes.
18. En la misma presentación, en el primer otrosí ofrecen diversos documentos que se relacionan con los antecedentes aportados mediante su solicitud.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

19. A folio 34, el 14 de diciembre de 2021, se dio inicio al proceso de consulta de autos con el objeto de determinar si las Bases se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso de que corresponda, fijar las condiciones que deberán cumplir de manera que no infrinjan sus disposiciones. Dicha resolución fue complementada a folio 81.
20. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la FNE; al Ministerio de Salud; a Cenabast; a Junaeb; a la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda ("Dipres"); y al Ministerio de Educación a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial, de conformidad con el número 1 del artículo 31 del D.L. N° 211.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

21. A folio 83, el 11 de febrero de 2022, Junaeb aportó antecedentes adelantando su conclusión al señalar que: (i) Junaeb no está licitando un monopolio, y (ii) no se habría acusado un problema para la libre competencia en el mercado de los bienes licitados.

22. Indica que, velando por la eficiente y eficaz asignación de los recursos públicos, llamó al proceso de licitación pública ID 85-41-LR21 para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios de los Programas PAE y PAP, desde 2022 hasta diciembre de 2025, aprobada mediante la Resolución Afecta N° 22, de 14 de septiembre de 2021, que aprobó las bases administrativas, técnicas-operativas y anexos. Las Bases fueron sujetas al trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República el 7 de octubre de 2021.

23. Afirma que las Bases buscan asegurar *“la entrega diaria de productos alimenticios correspondientes a desayunos, colaciones, onces, almuerzos, cenas, tercer servicio, entre otros, en (...) los lugares que Junaeb determine y en las condiciones que conforme el Contrato disponga”*.

24. Expone que el objeto de las Bases no sería un asunto de libre competencia. Al respecto, afirma que, en ejercicio de sus atribuciones, es la propia Junaeb quien puede determinar en las Bases los servicios que requiere y que la decisión de exigir leche líquida en las preparaciones de las raciones alimenticias fue adoptada dentro de la competencia legal otorgada por la Ley N° 15.720 que creó Junaeb y que ordena a dicha institución el cumplimiento de estándares en materia de composición nutricional y de calidad de los alimentos.

25. Asimismo, indica que tal decisión es de política pública y que el fin de la licitación es garantizar la aceptabilidad de la leche para los beneficiarios de los Programas PAP y PAE y su mejor calidad. Concluye que la exigencia de leche líquida no tiene la aptitud causal, actual ni potencial, de impedir o dificultar en modo alguno la entrada a ningún potencial proponente en la Licitación, pues todos ellos pueden adquirir sin traba alguna, en condiciones de mercado, leche líquida para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elaborar sus razones, no existiendo un problema de libre competencia que este Tribunal pudiera analizar.

26. En el mismo orden de ideas, reitera que este Tribunal no tiene competencia para determinar el objeto de la Licitación, sino que debe estarse al análisis del diseño de las bases de litación, velando que este sea lo más competitivo posible, sin abocarse a decidir cuáles son los componentes que debe tener el objeto o la cosa licitada, tema que correspondería a las políticas públicas, siendo en definitiva el órgano que convocó la licitación el único llamado a saber lo que los beneficiarios necesitan.

27. Agrega que aceptar la teoría de las Consultantes implicaría que Junaeb no tendría la facultad para definir lo que requiere entregar a sus beneficiarios, por cuanto al efectuar cualquier exigencia de calidad respecto de los insumos a incorporar en los bienes licitados estaría discriminando arbitraria y anticompetitivamente, lo que a su juicio sería insólito.

28. Esgrime que mientras más claros sean los requisitos de los bienes a licitar, mayor será la competencia en la licitación, por cuanto aseguraría que los oferentes puedan competir en igualdad de condiciones. A modo ejemplar, refiere la siguiente situación: *"si (..) las Bases de Licitación no establecieran qué tipo de leche debe utilizarse para producir las raciones alimenticias, y alguien las ofrece con leche líquida, no podría competir en igualdad de condiciones con lo que las ofrecen con leche en polvo, porque es sabido que esta última es de menor precio. En ese caso, la propuesta del primero podría ser mejor que la del segundo, y sin embargo, no podría ganar la licitación, porque a pesar de ofrecer un producto de mejor calidad, podría perder la licitación por el mayor precio ofrecido"*.

29. Sostiene que, en el caso de autos, no se está licitando un monopolio, ni existen problemas de diseño de bases de licitación, así como tampoco se estaría alegando una afectación a la libre competencia en el mercado de los bienes licitados, enfatizando que no sería por tanto un problema de libre competencia.

30. Luego, expone que en estos autos no se busca consultar si un acto se encuentra conforme a la libre competencia, sino que se pretende imputar una conducta anticompetitiva a Junaeb. Argumenta en los siguientes párrafos la razón por la cual esta Consulta sería de naturaleza contenciosa y por qué Junaeb no contaría en estos autos con todas las garantías de un proceso contradictorio para defenderse de tal imputación.

31. Arguye que, en atención a los antecedentes presentados por las Consultantes, si se accediera a su petición, quedaría determinado el objeto a licitar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de peor manera y en los hechos terminaría excluyendo la leche líquida como insumo para las raciones alimenticias, obligando a que estas se produzcan con leche en polvo y que los niños en situación de vulnerabilidad no puedan acceder a raciones alimenticias de la mejor calidad.

32. Agrega que, si el precio de la leche líquida es mayor, y la adjudicación se efectúa al que tiene una mejor oferta económica, sería evidente que para ganar la licitación habría que utilizar los insumos más baratos y de peor calidad. Por ello, sería requisito de toda licitación bien diseñada, para que la competencia sea mayor, que en las bases de la licitación se establezca lo mejor posible los requisitos de calidad de los bienes licitados, a fin de que, si ello ocurre, se pueda competir correctamente por precio, y el ente licitante pueda comparar adecuadamente las distintas ofertas, pues todas ellas ofrecen lo mismo.

33. A continuación, analiza por qué las Bases no afectan la libre competencia y, en síntesis, señala lo siguiente:

- a) La condición de exigir leche líquida como insumo para los Programas de Alimentación de la Junaeb no podría configurarse como una barrera a la entrada en el mercado de la provisión de las raciones alimenticias, por cuanto si los oferentes no la producen, no existiría ningún impedimento en que la adquieran de cualquier proveedor para poder ofrecerla.
- b) Las Bases no serían discriminatorias, por cuanto habría una igualdad de trato a todos los oferentes de raciones alimenticias; habiéndose fijado condiciones objetivas, en especial aquella que tiene que ver con la exigencia de leche líquida para la preparación de las raciones alimenticias, así como los requerimientos de estandarización de su preparación y su justificación se encuentran respaldados y, por último, todas las condiciones serían transparentes, pues estarían establecidas en las Bases.
- c) Junaeb no sería capaz de negociar e imponer condiciones distintas de las que existirían en una situación de competencia, y, por otro lado, la razón para eliminar la leche en polvo se basaría en sólidas razones de eficiencia, de estandarización de la leche entregada y tendría como objetivo la mejora en la calidad del producto final.

34. Luego, indica que el mercado relevante de autos sería el de las raciones alimenticias, al ser el servicio licitado, aseverando que no sería el de la leche.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agregan que dichas raciones utilizan leche para su producción, entre otros ingredientes.

35. Exponen que la relevancia de la correcta definición del mercado relevante, entre otras cosas, radicaría en que solo en el caso que el licitante tuviese poder de compra, tendría la aptitud para realizar un determinado hecho, acto o convención que afecte la libre competencia que amerite la intervención de este Tribunal.

36. Continuando con su relato, indica que estima que se necesitarán alrededor de 14.669.352 litros de leche líquida para los programas de alimentación a los que se refiere la licitación y, que, de acuerdo con el boletín de la leche publicado por la Odepa, de fecha mayo de 2021, la elaboración de leche fluida durante 2020 fue de 466.602.737 litros. Por lo tanto, la cantidad requerida por Junaeb correspondería al 3,14% de la producción anual de leche líquida de acuerdo a los datos de 2020, debajo del 16% señalado por las consultantes.

37. Agrega que sería imposible que la licitación afecte la libre competencia en el mercado de las raciones alimenticias, ya que las Bases no excluirían ni podrían excluir a potenciales competidores como las Consultantes, las que no son proveedoras de raciones alimenticias, sino que actúan en el mercado aguas abajo de la leche. Esto sería relevante por cuanto las empresas proveedoras de raciones alimenticias de distintas licitaciones serían un demandante más de leche, dentro de un mercado nacional, en el que la mayoría de los chilenos serían también demandantes de leche.

38. Expone que Junaeb no tendría poder de mercado en el mercado de prestación de raciones alimenticias y tampoco en el de la leche señalado por las Consultantes. Al respecto, indica que no puede tener poder de mercado ya que habría varios demandantes de raciones alimenticias en nuestro país y, en cuanto al mercado definido por las Consultantes, argumenta que este sería altamente desafiante, y que Junaeb no sería demandante en dicho mercado, sino más bien los proveedores de raciones alimenticias, por lo que no podría tener posición dominante en el mercado de la leche.

39. A continuación, relata los fundamentos para exigir leche líquida como insumo para las raciones alimenticias:

- a) Como primer punto asevera que la leche es un insumo esencial en la vida del ser humano, por lo cual Junaeb debe asegurar que sus programas de alimentación la incluyan y que, además, sea efectivamente ingerida por los beneficiarios de sus programas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- b) Luego afirma que sería imposible estandarizar la entrega de la leche en polvo, por cuanto requiere de uniformidad en su manipulación y de determinadas condiciones para su preparación, de modo que sea aceptable por los beneficiarios de los programas y que al mismo tiempo no sea una fuente de contagio de enfermedades por mala manipulación.
- c) Al mismo tiempo, tras la implementación de la Ley N° 20.606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, la fórmula de la leche en polvo se habría modificado, reemplazando el azúcar por endulzantes no calóricos. Ello habría cambiado la composición del producto final y su sabor, bajando el nivel de aceptabilidad de los beneficiarios. Acompaña a su aporte de antecedentes un informe que contiene el detalle de las observaciones y demostraciones por la cual la leche en polvo no cumpliría con los estándares de tener un color, olor, sabor e incluso textura agradable para los niños, ya que lo anterior es clave a la hora de asegurar su ingesta.
- d) Además, sería de vital importancia que la primera aproximación de los niños en situación de vulnerabilidad a un alimento importante como la leche sea la mejor posible, para que en un futuro no tengan rechazo a esta.
- e) Concluye que, con esta exclusión, lo que pretende Junaeb sería solucionar el problema de aceptabilidad de la leche mediante la inclusión de la leche líquida, por cuanto su calidad final ya no depende de la preparación de la misma en cada establecimiento.

40. Afirma que lo anterior no dificultaría la participación de oferentes en la licitación, por cuanto es un criterio objetivo, transparente y no discriminatorio, que todos los participantes deben cumplir por igual. En ese sentido, si a todos los proveedores de raciones alimenticias se les exige exactamente lo mismo, no existiría diferenciación arbitraria ni anticompetitiva que dificultara la participación de algunos en favor de otros, siendo esta exigencia solo una más de las tantas que deben cumplir para poder participar.

41. Sostiene que la decisión de incluir solamente la leche líquida como insumo para las raciones alimenticias no habría producido como efecto la disminución de los competidores, estando por sobre el promedio las garantías de seriedad de la oferta aportadas al proceso consultado, considerando las últimas cinco licitaciones, como se demuestra en la tabla que se reproduce a continuación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N°1 “Garantías de Seriedad Históricas”

AÑO	ID DE LA LICITACIÓN	GARANTÍAS DE SERIEDAD DE LA OFERTA RECIBIDAS
2015	85-37-LP15	30
2016	85-50-LR16	30
2017	85-15-LR17	36
2018	85-27-LR18	24
2020	85-18-LR20	38
2021	85-41-LR21	32
	Promedio	31,6

Fuente: Aporta antecedentes Junaeb (folio 83, p. 34)

42. Junaeb indica que los productores de leche no son competidores en la licitación y que las Consultantes ni siquiera serían potenciales oferentes, por cuanto estas solo ofrecen leche o postres en polvo, y lo que necesita Junaeb es la compra de raciones alimenticias, que incluyen un conjunto de alimentos que deben ser preparados y entregados a los beneficiarios.

43. Por otra parte, afirma que la leche en polvo es un producto distinto de la leche líquida envasada, y que el hecho que pudiesen incluso tener las mismas propiedades nutricionales no implica que sean lo mismo. Por ello, serían insumos con un precio distinto, en vista a lo que el consumidor está dispuesto a pagar por cada una.

44. Finalmente, afirma que los potenciales compradores de la leche y postres en polvo son muchos, no solamente aquellas empresas que estaban participando en la licitación para las raciones alimenticias. Por lo tanto, indicar que se acabaría la industria de la leche en polvo, porque uno de los compradores tomó la decisión de no incorporar en el producto final dicho insumo, estaría alejado de la realidad. En su opinión, ello implicaría afirmar que Junaeb tendría el monopolio de compra de leche y postres en polvo.

45. En la misma presentación de folio 83, en el primer otrosí, Junaeb acompaña el documento singularizado como “*Informe de Incorporación de Leche Líquida al Programa de Alimentación Escolar*”, realizado por Junaeb en 2021.

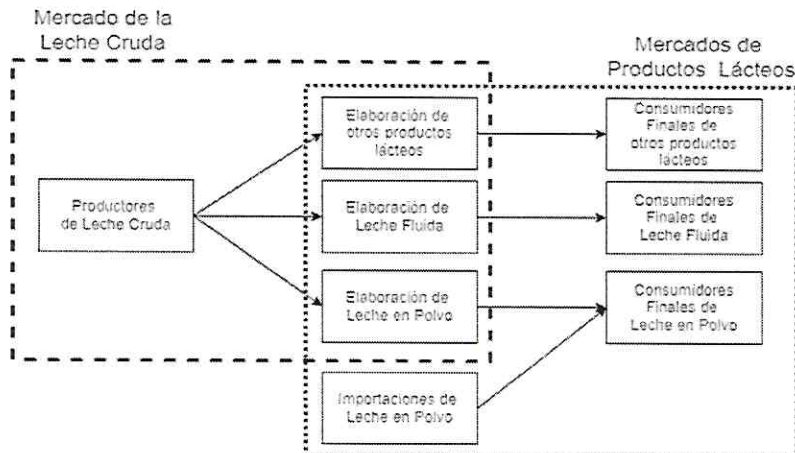
46. Al folio 91, Fedeleche aportó antecedentes, indicando que tiene un legítimo interés en participar en este proceso de consulta, toda vez que representa a productores de leche que son parte de la cadena de producción de la leche y, atendido a que ha sido interpelada directamente la leche fluida como un sustituto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

perfecto de la leche en polvo, y esta última como un insumo más eficiente que la leche fluida, según lo señalado por las Consultantes.

47. Fedeleche se refiere al mercado de la leche cruda y de los diversos productos lácteos, sintetizándolo en la figura que a continuación se inserta:

Figura [1]: Diagrama del Mercado de la Leche



Fuente: Aporta antecedentes Fedeleche (folio 91, p. 19)

48. A continuación, se refiere al contenido de la Consulta, concluyendo que sería ininteligible. Sostiene que las Consultantes habrían definido erróneamente el mercado relevante, pues al revisar las Bases quedaría de manifiesto que Junaeb no estaría licitando la compra de leche, sino que la adquisición de una cantidad *“estimada y referencial de 1.810.551 productos alimenticios diarios, compuesta por los servicios de desayuno, desayuno de media mañana, almuerzo, once, cena y terceros servicios, con determinadas características”*. Por ello, el mercado relevante sería el de las raciones alimenticias.

49. Indican que, si bien, en la Consulta se reconoce que el mercado relevante es aquel en que inciden los bienes o servicios licitados, concluirían erróneamente que, dado que uno de los insumos de las raciones alimenticias es la leche, entonces el mercado relevante que podría ser afectado es el de la leche. Ello, en opinión de Fedeleche, sería como pretender que cada uno de los insumos de las raciones alimenticias sea el mercado relevante del producto objeto de la licitación.

50. Expone que la Consulta no se refiere a una materia de libre competencia. En ese sentido, según Fedeleche, lo que verdaderamente estarían solicitando las Consultantes es que este Tribunal modifique uno de los productos que integran las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

raciones alimenticias, que es el objeto licitado, en circunstancia que debieran pedir que se revise si las Bases permiten competir a las empresas que participan en el mercado de raciones alimenticias.

51. Además, afirma que, en caso de que el Tribunal estimara que el mercado relevante en que incide la licitación es el mercado de la leche y que es un asunto de libre competencia, de igual manera se debería rechazar en su opinión la Consulta, por cuanto la configuración de las Bases no produce, ni puede producir, efectos anticompetitivos. Lo anterior por cuanto, las empresas que producen leche en polvo serían, en su mayoría, las mismas que producen leche fluida. Agrega que en el mercado de la leche en polvo, aproximadamente el 60% de la producción nacional se realiza por una única empresa. En cambio, en el mercado de la leche fluida existiría un proceso más competitivo en comparación a la leche en polvo.

52. Finalmente, expone que por el lado de los consumidores estos se encontrarían altamente atomizados y que, por otra parte, de producirse efectos en el mercado de la leche, estos serían positivos al aumentar la demanda interna de leche fluida, y teniendo en consideración la inexistente importación de leche fluida, ello generaría que aumentara la demanda de leche cruda en el mercado nacional, lo que favorecería a los pequeños productores de leche, permitiéndoles aumentar su producción.

53. A folio 92, Cenabast indicó que no tiene antecedentes que aporten que digan relación con la materia de autos ni que puedan ayudar a resolver la Consulta.

54. A folio 113, la FNE aportó antecedentes haciendo referencia al contexto en que se enmarca la licitación objeto de este proceso, indicando que esta fue adjudicada en enero de 2022, mediante la Resolución Afecta N° 2, a diez de los oferentes que participaron en ella.

55. Señala que los servicios adjudicados consisten en la entrega diaria de productos alimenticios, correspondientes a desayunos, colaciones, onces, almuerzo y cenas, entre otros servicios, a los beneficiarios del PAE y PAP, desde marzo de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2025.

56. Indica que, en licitaciones anteriores, el "*Manual de Fichas Técnicas de Materias Primas o Productos*" de Junaeb (hoy denominado "Manual de Productos Relevantes y Particulares de Materias Primas", contenido en la Resolución Exenta N° 2674 de 2021), establecía los requerimientos nutricionales específicos de la fórmula láctea que requerían el PAE y el PAP, elaborada a partir de leche en polvo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

57. Lo anterior, dio lugar a productores especializados, como las Consultantes, quienes comercializan sus productos en el canal institucional productos elaborados conforme a la fórmula especial de la Junaeb.

58. Agrega que, en el caso de la leche líquida, en cambio, las especificaciones requeridas por la Junaeb serían menores, por lo que los requisitos de calidad asociados a este producto se identifican con aquellos contenidos en el Reglamento Sanitario de los Alimentos y, por ende, es un producto equivalente al que se comercializa a través del *retail* y de canales mayoristas.

59. Luego, expone que 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 cuestionado. En el caso en 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 ciertas unidades territoriales, por un periodo de casi cuatro años.

60. Indica que, en el caso particular de esta consulta, se podrían distinguir diversos mercados conexos. Por una parte, se encontraría 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 esta. Ellos, a su vez, demandan en el mercado todos los insumos necesarios para cumplir con su objetivo, entre ellos la leche. Constituiría así la demanda de leche una demanda derivada por parte de los prestadores de servicio, necesaria para que estos puedan cumplir con los contratos suscritos con Junaeb.

61. La Fiscalía sostiene que la decisión de Junaeb en orden a exigir el uso de leche líquida en la Licitación incide directamente en el mercado de la leche, así como indirectamente en otros mercados conexos aguas arriba. Estos mercados corresponderían a la provisión de insumos lácteos para servicios de alimentación, esto es, los mercados de leche cruda o fresca, leche líquida envasada y leche en polvo. En ese orden de ideas, indican que 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.

62. Indica que, la “fórmula láctea” es una preparación específica que no es idéntica en su composición y características organolépticas –aquellas percibidas por los sentidos– a la leche en polvo comercializada en otros canales de distribución, ni tiene una demanda relevante de otros consumidores.

63. Expone que el tipo de competencia que se presenta entre prestadores de servicios de Junaeb sería por la cancha, que competirían por el derecho de proveer,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al precio ofertado, la cantidad de productos alimenticios de forma exclusiva en los establecimientos educacionales comprendidos en las unidades territoriales adjudicadas por el periodo de duración del contrato.

64. Así, de las diligencias efectuadas por la FNE, señalan que se pudo determinar que los oferentes en estas licitaciones serían empresas dedicadas casi con exclusividad a la prestación de servicios a Junaeb. Esto se debe a las características propias de este servicio y sus necesidades logísticas. Ello, sin embargo, no disminuiría el interés de numerosas empresas por participar de las licitaciones, en atención a la escala y los montos involucrados.

65. Por otro lado, la leche líquida representaría aproximadamente un 5,7% del total del gasto presupuestado de Junaeb para el año 2022, por lo que no tendría un impacto decisivo en la confección de ofertas para la licitación. Con todo, la exigencia de leche líquida en lugar de la fórmula láctea en polvo implicaría un incremento de costos del orden de 13,8 millones de dólares al año, aproximadamente.

66. Luego, la FNE se refiere al mercado de la leche fresca líquida, para lo cual presenta la siguiente información:

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

Fuente: Aporta antecedentes FNE (folio 113, p. 21)

67. Sostiene que 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 corresponderían a leches saborizadas. Es decir, la licitación incrementaría la demanda de este producto en casi un 10% respecto a su producción de 2021.

68. Sin embargo, a partir de la información desagregada proporcionada por esta misma institución, la FNE concluye que dicha demanda estaría subestimada, y un cálculo más preciso indica que se alcanzaría a aproximadamente 16,1 millones de litros/año y que, la recepción total de leche fresca durante 2021 había alcanzado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aproximadamente 1.594 millones de litros, por lo que la demanda adicional de Junaeb representaría tan solo el 1%.

69. Agrega que, en el caso de que solo se considerara la producción total de leche líquida para el 2021, que fue de 476,7 millones de litros, la demanda adicional de Junaeb representaría un 3,4% del volumen anual, 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.

70. Debido a lo anterior, en opinión de la FNE, la provisión de leche fresca no sería un impedimento para cubrir la demanda adicional, incluso tomando en cuenta que la demanda de la Junaeb presenta una estacionalidad inversa a la de la producción de leche fresca.

71. Por otra parte, la FNE indica que, respecto a la capacidad de procesamiento de leche líquida, la evidencia encontrada en otras investigaciones relacionadas con la industria mostraría que las plantas de procesamiento contarían con capacidad ociosa. El único inconveniente que se identificó en el procesamiento de leche sería 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 productos.

72. Asimismo, sostiene que existirían factores que podrían influir en la capacidad de las empresas procesadoras de cubrir este incremento en la demanda, pues el aumento en la producción estaría limitado, al menos en el corto plazo, por restricciones en la capacidad de envasado. De acuerdo con lo indicado por las propias empresas productoras, este sería una limitante al menos para el primer semestre de 2022.

73. Concluye, en relación con el mercado de la leche líquida, que este presenta una alta concentración, sin la posibilidad de enfrentar presión competitiva por parte de eventuales importaciones y en el que se podrían observar algunas restricciones para abastecer un incremento de demanda como el que generaría la decisión de Junaeb, específicamente respecto de procesos de envasado y disponibilidad de ciertos insumos importados.

74. A continuación, se refiere al mercado de la leche en polvo señalando que 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) y que su principal insumo es la leche en polvo que supone

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

un 71% de su composición, a la que se le adicionan nutrientes, saborizantes y otros componentes, según la definición establecida por Junaeb.

75. Señala que 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, para luego comercializarla a los proveedores de raciones que prestan servicios a dicha entidad.

76. Sostiene que, 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, esta sería restringida en el corto plazo, pues requiere de inversión relevante en líneas de producción y envasado específicas para leche líquida.

77. En su opinión, 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 y que estima que el cambio en las exigencias respecto del insumo lácteo en las raciones alimenticias aplicado en la licitación 85-41-LR21, no generó efectos negativos significativos en la intensidad competitiva observada en dicho proceso.

78. Indica que 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%, porque la leche en polvo presentaría problemas de aceptabilidad por quienes la consumen desde 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 frutilla).

79. Por otra parte, sostiene que los oferentes habrían sido capaces de asegurarse el aprovisionamiento de leche líquida para participar en la licitación, a pesar de que la Junaeb exploró la capacidad de la industria para absorber su demanda de leche líquida recién a mediados de noviembre de 2021, esto es, después de haber adoptado la decisión de sustituir la leche en polvo.

80. Agrega que, en la licitación cuyas bases se cuestionan por las Consultantes, participaron 32 oferentes, de los cuales 24 pasaron a la etapa de evaluación económica de sus ofertas y que, en licitaciones anteriores de la Junaeb para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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: Aporte antecedentes FNE (folio 113, p. 31)

81. Adicionalmente, indica que la sustitución de un insumo por otro de mayor precio condujo a ofertas económicas 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.

82. Así, la FNE 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 condiciones equivalentes de exigencias en la calidad de los insumos para todos los oferentes.

83. Continuando con su exposición, esgrime que, sin perjuicio de que el reemplazo de la leche en polvo por leche líquida no merecería reproche desde el punto de vista de la libre competencia respecto de sus efectos en la licitación, considera pertinente evaluar los posibles efectos que la decisión de Junaeb tendría en los mercados conexos, en particular en el de leche líquida, atendida la magnitud del cambio y las características de tal mercado.

84. Concluye que la exigencia de leche líquida podría tener efectos en la competencia de mercados conexos, en particular en 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. Lo anterior podría traer aparejado el riesgo de experimentar eventos de desabastecimiento que presionarían al alza los precios de la leche líquida, particularmente la envasada en los mismos formatos requeridos por la licitación, incluso en canales distintos a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que abastecen los proveedores del servicio de entrega de raciones alimenticias de la Junaeb.

85. Asimismo, señala que podría existir riesgo de quiebre de *stock* lo que frustraría 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.

86. Por ello, sugiere que sería adecuado que las modificaciones a la demanda de insumos requeridos por la Junaeb 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.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

87. A folio 147, consta la citación a la audiencia pública para el 8 de julio de 2022, a las 9:30 horas. El 4 de junio de 2022, se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta a folio 150, mientras que la publicación en el sitio *web* del Tribunal se realizó el 16 de mayo del mismo año.

88. En la audiencia pública, la que se realizó mediante videoconferencia, atendida la emergencia sanitaria imperante en el país, intervinieron los apoderados de la Consultante y, de los siguientes aportantes de antecedentes: Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas; Federación Nacional de Productores de Leche F.G; y, la Fiscalía Nacional Económica, según consta en el certificado de folio 162.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA. ESTRUCTURA DE LA RESOLUCIÓN

1. La Consulta tiene por objeto pronunciarse respecto a si las Bases de la Licitación ID 85-41-LR21, llamada por Junaeb y relativa a la contratación de servicios de suministro de raciones para el Programa de Alimentación Escolar (PAE) y el Programa de Alimentación de Párvulos (PAP), se ajustan a las normas de defensa de la competencia contenidas en el D.L. N° 211, al excluir a la leche en polvo y los postres en polvo de los insumos utilizables en la elaboración de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alimentos. Más allá de esa restricción, las Consultantes no realizan cuestionamientos a las cláusulas de las Bases que regulan la adjudicación o a las condiciones del contrato a ser suscrito.

2. Por lo tanto, el análisis se centrará en las consecuencias que podría tener la decisión de excluir la leche en polvo y los postres en polvo en la competencia, en consideración a la posición que tiene Junaeb en los mercados relevantes que se verían afectados por la licitación.

3. Se ha dictaminado que, dentro de los actos de los órganos de la Administración del Estado que son susceptibles de ser juzgados en esta sede –sea a través de un procedimiento contencioso como uno no contencioso–, se incluyen las cuestiones relativas a bases de licitación pública, toda vez que las licitaciones *“son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos”* (Sentencia N° 118/2012, c. 6°; y Resolución N° 61/2020, párrafo 5).

4. De conformidad a la jurisprudencia de este Tribunal, en los casos en que un organismo público licitante actúa como demandante de bienes o servicios, la existencia de una eventual infracción a la normativa de libre competencia supone (i) determinar si existe poder de compra en el mercado relevante del producto; (ii) que el licitante actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de ese poder de compra o incurriendo en prácticas que alteren o tiendan a alterar el proceso competitivo del mercado en el cual se enmarca la licitación; y, (iii) que las exigencias que incorpore la licitación no tengan una justificación objetiva ni razonable (v.gr., Resolución N° 73/2022, párrafo 5).

5. Con todo, en el proceso de autos, el cuestionamiento de las Consultantes se refiere a la decisión del organismo público sobre las características del bien que pretende adquirir por su medio. En otras palabras, lo cuestionado es el objeto de la licitación o, más precisamente, las características del bien licitado, en lugar de otras condiciones de la licitación (v.gr., criterios de adjudicación), a diferencia de casos anteriormente conocidos en esta sede.

6. En este contexto, el análisis para resolver la presente Consulta requiere que, ante todo, se circunscriba la conducta específica cuestionada por las Consultantes para determinar si es susceptible de revisión en esta sede.

**B. PODER DE COMPRA DE JUNAEB EN LOS MERCADOS RELEVANTES EN
QUE INCIDE LA LICITACIÓN OBJETO DE LA CONDUCTA**

7. En atención al estándar de revisión establecido por la jurisprudencia de este Tribunal, es necesario señalar qué se entiende por poder de compra, con miras a determinar si la exclusión de la leche en polvo y los postres en polvo de la licitación corresponde a un ejercicio de ese poder por parte de Junaeb.

8. La noción de poder de compra ha sido revisada en varias ocasiones en sede de competencia al analizar licitaciones públicas. Así, la reciente Resolución N° 73/2022 señaló que, para evaluar si el órgano licitante puede afectar la libre competencia en el mercado, es necesario determinar si éste tiene poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, si cuenta *“con la capacidad de fijar precios, volúmenes o condiciones de compra bajo las cuales adquiere sus productos o servicios, distintos a los que se esperan en una situación de competencia”* (párrafo 24). Además, se afirmó que para determinar si un agente económico -o un conjunto de ellos- tiene poder de compra, *“se requiere del análisis de tres condiciones, a saber: (i) una participación significativa de la parte compradora, respecto de todo el mercado o en comparación con el resto de compradores que lo componen; (ii) barreras al ingreso de otros compradores o a la expansión o reingreso de los ya existentes; y (iii) una baja capacidad de los proveedores de sustituir la producción destinada a esa parte compradora por otras alternativas, que usualmente se vislumbra con una oferta inelástica”* (ídem, párrafo 26). La suficiencia de estos requisitos dependerá de la presión competitiva que se ejerza sobre ese agente económico, esto es, de su capacidad para restringir la independencia comercial de sus proveedores, de manera que el ejercicio de este poder de compra no les permita desenvolverse competitivamente en el mercado relevante (véanse, entre otros, OECD (2022), “Purchasing Power and Buyer’s Cartels”, *Competition Policy Roundtable Background Note*, pp. 9-13; y, Chen (2008), “Defining buyer power”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 53, N° 2).

9. El poder de compra difiere en caso de que sea ejercido sin un contrapeso por el lado de la oferta, donde corresponde a la posibilidad de reducir el precio o el volumen de las compras (poder monopsónico), de si se funda en la amenaza de llevar a cabo lo anterior, que se relaciona con el poder de negociación. Al negociar, el eventual poder de mercado de un comprador puede actuar como contrapeso al de su proveedor. Así, en la compra de un insumo en particular, un monopsonio puede enfrentarse a muchos proveedores y, en el extremo, a un solo vendedor o proveedor de dicho insumo. En este último caso, el efecto adverso del monopsonio pudiera estar limitado por el poder de mercado que ejerce el monopolista que le

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vende el insumo, pudiendo llegar a eliminarse completamente (véase, por ejemplo, Campbell (2007), “Bilateral Monopoly in Mergers”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, N° 3).

10. Las Consultantes plantean que Junaeb habría distorsionado arbitrariamente el mercado de los oferentes de leche en el proceso de licitación de los servicios de suministro de raciones alimenticias, sin entregar un sustento técnico y económico que lo justifique (folio 32, p. 15). Esta supuesta distorsión se generaría porque, al excluir a los productores de leche y postres en polvo de las licitaciones para los programas PAE y PAP, el mercado para ciertos productores de leche en polvo se vería reducido a un mínimo, con el consiguiente riesgo para su viabilidad, y existiría un impacto al alza en los precios de la leche líquida UHT, por cuanto el crecimiento promedio anual de la producción nacional de ese producto no sería suficiente para cubrir el aumento en la demanda derivado de la decisión de Junaeb. Esta situación redundaría en un beneficio para los productores de leche líquida UHT, los que normalmente serían empresas de mayor tamaño que las productoras de leche en polvo.

11. A este respecto, cabe puntualizar que Junaeb no es directamente una demandante de leche, sea líquida UHT o en polvo, sino que actúa como demandante de servicios de alimentación en el mercado de provisión de raciones alimenticias para niños, niñas y adolescentes de sus centros, mediante las licitaciones para los programas PAE y PAP. Así, ese sería el mercado relevante del producto objeto de esta consulta. Son los proveedores de esas raciones – adjudicatarios de las licitaciones– quienes demandan los insumos necesarios para satisfacer los requerimientos alimenticios exigidos por Junaeb, entre los cuales se encuentra la leche. Sin perjuicio de lo anterior, lo consultado podría afectar los mercados conexos de leche líquida UHT y en polvo que este Tribunal identifica más adelante. De acuerdo con la FNE, en el marco de la licitación objeto de la Consulta, el costo de la leche líquida representa alrededor de un 5,7% del total del presupuesto asignado en la resolución de adjudicación para el año 2022 (folio 113, p. 19). Así, la demanda de leche por parte de los proveedores de raciones alimenticias es una demanda derivada de las necesidades de Junaeb.

12. Como recién se señaló, el hecho de que se trate de una demanda derivada no excluye que la conducta de Junaeb pueda ser sometida a escrutinio en esta sede, toda vez que, considerando el tamaño de la demanda por raciones alimenticias, los niveles de competencia existentes en los distintos mercados de insumos, o las características de la licitación, sus decisiones podrían tener incidencia en uno o más mercados conexos, lo que corresponde analizar a continuación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13. La Fiscalía identifica los siguientes mercados conexos relevantes en los que la actuación de Junaeb podría tener efectos indirectos: el mercado de la leche cruda o fresca, el mercado de la leche en polvo, que a su vez incluiría el mercado de la fórmula láctea, y el mercado de la leche líquida envasada o leche UHT (folio 113, p. 14).

14. De conformidad a los antecedentes aportados en autos, en el mercado de la leche cruda no debería existir un efecto relevante en la demanda total nacional. En efecto, Junaeb optó por sustituir la leche en polvo por leche líquida en las raciones alimenticias licitadas, y tanto la leche líquida como la leche en polvo, así como otros derivados lácteos como el queso y yogurt, utilizan como principal insumo la leche cruda. Por lo mismo, a lo más debiera producirse una redistribución desde la producción de leche en polvo hacia la leche líquida, para así satisfacer la mayor demanda que por este último producto generará la decisión adoptada por Junaeb.

15. En relación con el mercado de la leche en polvo, las Consultantes plantean que la decisión adoptada por Junaeb *“pone en riesgo la viabilidad y existencia de muchas empresas productoras de leche en polvo, pues su mercado se reduce a un mínimo insostenible”* (folio 32, p. 14). Esta aseveración no se condice con los antecedentes aportados en estos autos, como se analizará a continuación.

16. La FNE señala que el mercado de la leche en polvo es un mercado concentrado, aunque la exposición al comercio internacional, así como las mayores facilidades en el almacenamiento, traslado y duración de este producto hacen que este mercado enfrente una mayor presión competitiva que el mercado de la leche líquida, con seis empresas productoras locales e importaciones que representaron un 19% de la oferta en el mercado nacional en 2021 (folio 113, p. 25). Con todo, como indica la Fiscalía, las raciones alimenticias licitadas por Junaeb con anterioridad a la licitación objeto de la Consulta, no requerían simplemente leche en polvo, sino “fórmula láctea”, un producto elaborado principalmente con ese insumo (en un 71%), que se combina con nutrientes, saborizantes y otros componentes exigidos por Junaeb. La “fórmula láctea”, agrega, corresponde a una preparación específica que no es idéntica a la leche en polvo comercializada en otros canales de distribución y no tiene una demanda relevante de consumidores distintos a Junaeb. Entre 2017 y 2021, los servicios alimenticios contratados por Junaeb representaron una demanda de 2.243 toneladas de esa “fórmula láctea”, cuyos principales productores son las Consultantes (f. 113, pp. 25 y 26).

17. Por otro lado, el informe económico a folio 125 estima que si Junaeb hubiese permitido la utilización de leche en polvo en las raciones alimenticias que requiere

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la licitación, el volumen anual de leche en polvo demandado ascendería a 2.164 toneladas (véase columna “B” de la Tabla 1, folio 125, p. 12). Con todo, considerando que la oferta total de leche en polvo en 2021 superó las 89.800 toneladas (folio 113, p. 25), y asumiendo como correctas las cifras indicadas por el informe económico, la demanda de Junaeb representa un porcentaje menor de la oferta total anual –incluyendo importaciones–, en torno al 2,4%, por lo que difícilmente puede afirmarse, sobre la base de los antecedentes disponibles, que el mercado de la leche en polvo se reduciría de forma significativa.

18. Finalmente, en el mercado de la leche líquida, la decisión de Junaeb tiene relevancia en cuanto supone un incremento de la demanda por este producto. La FNE señala que la licitación supondría una demanda por alrededor de 16,1 millones de litros/año de leche UHT, superior a los 14,6 millones de litros/año de leche UHT, estimados por Junaeb (folio 113, p. 21). El incremento de la demanda estimado por la FNE representaría un 3,4% del volumen anual de producción de leche líquida al año 2021, aunque para el subproducto leche líquida saborizada llegaría a cerca de un 10% de la producción anual. Considerando que la licitación objeto de la Consulta corresponde a las raciones para un 36% del total nacional de beneficiarios de los programas PAE y PAP, el informe económico de folio 125 concluye que, en régimen, esto es, una vez que se haya licitado bajo las nuevas condiciones la totalidad de las raciones de esos programas, la demanda agregada de los productores de raciones alimenticias licitadas por Junaeb alcanzaría entre 45,9 y 51,4 millones de litros de leche líquida adicionales al año, que equivalen a alrededor de un 10% de la producción nacional de leche líquida del año 2021 (Informe de folio 125, p. 19).

19. El mismo informe económico sostiene que una demanda de ese volumen podría generar un impacto al alza en los precios por cuanto el crecimiento promedio anual de la producción nacional de leche líquida en el período 2014-2021 fue sólo de un 1,7% (Informe de folio 125, pp. 19 y 21). En un sentido similar se pronuncia la Fiscalía, sobre la base del incremento de costos que conlleva la producción de leche líquida saborizada, restricciones, al menos en el corto plazo, en la capacidad de envasado y al hecho que se trate de un mercado altamente concentrado, que no enfrenta presión competitiva de importaciones, y en ausencia de planes de inversión para aumentar la capacidad productiva (folio 113, p. 24).

20. El informe de folio 125 señala que, una vez que el cambio de insumo esté en régimen, la demanda derivada de Junaeb sería equivalente a la de otros grandes compradores de leche líquida, como las cadenas de supermercados, lo que supondría que Junaeb goza de un poder de compra significativo (Informe de folio 125, p. 20).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21. Las Consultantes y la FNE también coinciden en que el costo de utilización de leche líquida en las raciones alimenticias es superior al de la leche en polvo, tanto por razones de precio del insumo, como por cuestiones logísticas, de transporte y almacenamiento. La Fiscalía señala que la exigencia de utilización de leche líquida en las raciones alimenticias supone un incremento de costo para Junaeb de alrededor de 13,8 millones de USD al año para la licitación objeto de la Consulta (folio 113, p. 19), monto que el informe de folio 125 extrapola a 36,7 millones de USD al año, cuando las nuevas exigencias estén en régimen (Informe de folio 125, p. 12).

22. En consecuencia, tanto el informe económico como la FNE, plantean que la decisión de Junaeb de reemplazar la leche en polvo por leche líquida supone un incremento del gasto fiscal y podría generar presiones al alza en el precio de la leche líquida para los consumidores finales debido al incremento en la demanda por dicho bien.

23. Con todo, la misma Fiscalía reconoce 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”* (folio 113, p. 27).

24. En efecto, el objetivo que persigue el derecho de la libre competencia es proteger el proceso competitivo y no a los competidores de un mercado en particular (véase Sentencia N° 138/2014, c. 19°, y Resolución N° 61/2020, párrafo 43), por lo que el solo hecho que Junaeb adopte una decisión que perjudique a uno o más agentes económicos, en este caso a los productores de “fórmula láctea”, o tenga un determinado efecto en los mercados, no es algo que, por sí solo, pueda ser catalogado como anticompetitivo, como parecen plantear las Consultantes (*supra*, párrafo 10).

25. Por una parte, como se señaló más arriba, en el marco de análisis de competencia en materia de licitaciones es determinante la existencia de poder de compra por parte del organismo público. Sin embargo, ese solo elemento no es suficiente para catalogar un cierto comportamiento como contrario a la competencia, sino solo para someter a escrutinio ese comportamiento. Por otra, el mérito de las decisiones de política pública que un organismo adopte en función del ejercicio de sus propias competencias no es objeto del análisis de competencia, salvo que se cumplan las condiciones antes señaladas (*supra*, párrafo 4).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

26. En la consulta sometida a decisión de este Tribunal no se cumplen las condiciones necesarias para cuestionar la opción adoptada por Junaeb de reemplazar la leche en polvo por leche líquida. Junaeb ha argumentado que el uso de leche líquida lo ha implementado porque aumentará la aceptación de los usuarios, lo que ha apoyado en un informe de su propia elaboración de 2021 que consta a folio 82, todo lo cual es indicativo que se estaría optando por un insumo de mejor calidad o percibido como tal por los consumidores. En definitiva, según da cuenta Junaeb en autos (folio 83, pp. 26 - 34), el reemplazo de la leche en polvo por leche líquida en las raciones alimenticias constituye una justificación objetiva y razonable toda vez que, según lo dispuesto en la ley 15.720 artículo 1°, parte del objeto de Junaeb, es propugnar el bien común en el ámbito de la alimentación para la asistencia socioeconómica de niños, niñas y adolescentes.

27. Esta decisión de política pública, consistente en el reemplazo de un insumo por otro que se percibe como de mejor calidad, previa evaluación efectuada de acuerdo a sus competencias, y sobre la base de un objetivo que ha transparentado, como es el incrementar la aceptabilidad de la leche en los niños, niñas y adolescente beneficiarios de los programas PAE y PAP, no es cuestionable en sede de competencia. El hecho que esa sustitución pueda representar un mayor gasto fiscal no es tampoco un problema propio del derecho de la competencia.

28. En efecto, la demanda derivada de leche líquida total a partir de la licitación objeto de la Consulta representaría un 3,4% de la producción anual, pero debe considerarse que los contratos derivados de ella se ejecutarán en cuatro años (entre 2022 y 2025), por lo que el eventual poder de compra se ve diluido. Si bien, en un escenario en que la totalidad de las raciones alimenticias de Junaeb utilicen leche líquida, la demanda derivada podría llegar a casi un 11% de la producción anual actual, atendido que los contratos que correspondan a las siguientes licitaciones comenzarán a ejecutarse en 2024 y 2025, no se dispone de antecedentes que permitan establecer la existencia de poder de compra por parte de Junaeb. A ello se agrega que esa demanda derivada no se ejerce por un único agente, sino a través de un número de empresas elaboradoras de raciones alimenticias, cuyo eventual poder de compra considerado individualmente sería aún menor.

29. Esta conclusión es consistente con el aporte de antecedentes de la Fiscalía, en cuanto señala que *“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”* (folio 113, p. 26).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

30. Finalmente, aun en el evento en que se cumplieran las condiciones indicadas en el párrafo 8 anterior, es decir, de estimarse que Junaeb cuenta con poder de compra en el mercado de la leche líquida, como postula el informe de folio 125, la decisión de reemplazar la leche en polvo por leche líquida en las raciones alimenticias no es consistente ni atribuible al ejercicio de ese poder. En efecto, tal como señalan las Consultantes, como consecuencia de la decisión que adoptó, Junaeb tendrá que enfrentar un aumento en sus costos y pagar más –y no menos– por las raciones alimenticias que entrega a los niños en los programas PAE y PAP, lo que es contradictorio con un actuar abusivo por parte de un comprador, como podría ser, por ejemplo, la imposición de cobros no pactados, el incumplimiento en los plazos de pago, entre otras conductas (Sentencia N° 65/2008, c. 28°). Además, no se observa cómo Junaeb podría tener la capacidad de fijar precios, volúmenes o condiciones de compra para la adquisición de la leche líquida utilizada en las raciones alimenticias, distintos a los que se esperan en una situación de competencia, toda vez que pretende adquirir un producto que actualmente no demanda (o que demanda en una proporción menor). En otras palabras, Junaeb no se encuentra en una posición en la cual pueda realizar exigencias abusivas a los productores de leche líquida, debido a que necesita asegurar el acceso a este producto –o bien, que sus proveedores de raciones alimenticias puedan acceder a este producto– para así lograr cumplir con el objetivo de política pública que señaló a folio 83.

31. A mayor abundamiento, de acuerdo a los antecedentes aportados en autos, el cambio en las exigencias de la licitación no generó efectos negativos en la intensidad competitiva durante el desarrollo de la misma. La Fiscalía informó a este respecto que en la licitación objeto de la Consulta hubo un nivel de participación similar al de licitaciones anteriores de Junaeb, al punto que el número de oferentes fue ligeramente superior al promedio de los años 2015 a 2021 (32 respecto de 31,6) y si bien el costo de las raciones alimenticias subió, ello es atribuible al uso de un insumo percibido como de mayor calidad, y de mayor precio, como es la leche líquida.

32. En vista de lo anterior, no se observa como la decisión adoptada por Junaeb, consistente en excluir de los insumos utilizables en la elaboración de las raciones alimenticias que entrega a la leche en polvo y los postres en polvo, sustituyendo a estos últimos por leche líquida, podría infringir las disposiciones establecidas en el D.L. N° 211, por lo que la petición de las Consultantes no será acogida.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 18 y 31 del D.L. N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que la exclusión de la leche en polvo y los postres en polvo como insumos utilizables en la elaboración de las raciones alimenticias que entrega la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas en las Bases de la Licitación Pública ID 85-41-LR21, para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios de Programas de Alimentación Escolar y Programas de Alimentación Párvulos, desde el año 2022 hasta diciembre del año 2025, no es contraria al Decreto Ley N° 211.

Notifíquese personalmente o por cédula a las Consultantes y a los aportantes de antecedentes.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que las Consultantes y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 503-21.

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



DB66C1FC-37CF-47B3-87FE-DA64A5717CF0

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.