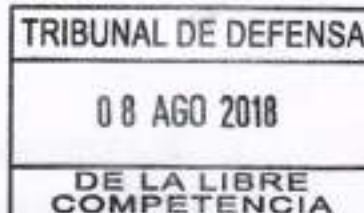


EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documento, con citación.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Se tenga presente.



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

MARIO YBAR ABAD, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, en autos caratulados "Consulta de Watt's sobre las condiciones de recepción y compra de leche fresca", Rol NC N° 445-18, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39, letra e) del DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973 (en adelante, "**DL 211**") y en cumplimiento de lo ordenado por resolución de 12 de junio de 2018 recaída en este procedimiento, vengo en informar a este H. Tribunal, respecto de la solicitud de autos, aportando antecedentes relevantes para resolver la referida consulta¹.

El mercado de recepción y compra de leche cruda –al que se refiere la solicitud de Watt's- y los efectos que en él genera la publicación de pautas de precios de algunos procesadores, en cumplimiento de la Sentencia N° 7/2004 de este Tribunal, fueron extensamente analizados por la FNE en las investigaciones Rol N° 1966-11 y 2415-16, acumuladas, cuyo informe de archivo de 22 de enero de este año (en adelante, "**Informe de Archivo 2018**") se acompaña en el primer otrosí de esta presentación.

Adicionalmente, a continuación se desarrollan algunos antecedentes relacionados específicamente con la consulta de autos, información actualizada del mercado (posterior a la contenida en el Informe de Archivo 2018) y las conclusiones a que ha arribado esta Fiscalía respecto de las materias objeto de la consulta.

¹ A fin de dar cumplimiento a lo anterior, esta Fiscalía instruyó investigación a fin de poder recabar antecedentes que permitiesen dar cumplimiento a lo requerido por el H. TDLC (Rol 2502-18 FNE).

CONTENIDO

I. ANTECEDENTES	3
a. La Consulta de Watt's.....	3
b. Sentencia N° 7-2004: condiciones que justificaron la obligación de publicar pautas de pago por parte de Nestlé, Soprole y Watt's.	6
c. Resumen de los procesos, fiscalizaciones y pronunciamientos en sede libre competencia relacionados al mercado lácteo.....	8
(i) El proceso Rol N° C-1-2004, del que originó la Sentencia N° 7 y los pronunciamientos que interpretaron los alcances de esa sentencia.....	8
(ii) Otros procesos seguidos ante el H. TDLC	9
(iii) Investigaciones llevadas a cabo por esta Fiscalía.....	10
d. Antecedentes sobre el tratamiento que se ha otorgado a Colún en los diversos pronunciamientos de las autoridades de libre competencia.....	12
II. ANÁLISIS DEL MERCADO DE COMPRA DE LECHE CRUDA	15
a. Descripción general de la industria.....	15
b. Mercado relevante	18
c. Participaciones de mercado.....	21
(i) Según volumen de recepción de leche cruda.....	22
(ii) Según capacidad instalada de procesamiento	25
d. Barreras a la entrada para procesadores y movilidad de productores.....	28
e. Las condiciones de mercado actuales han empeorado desde el 2004	36
III. RIESGOS Y EFECTOS DE LA PUBLICACIÓN DE PAUTAS DE PRECIOS.	40
a. Consideraciones generales sobre transparencia de precios	40
b. La publicación de las pautas de pago favorece la interdependencia entre procesadoras y reduce la intensidad competitiva.....	43
c. La publicación de las pautas de pago no ha evitado la discriminación de precios entre productores lecheros	46
IV. BENEFICIOS Y RIESGOS DE EXTENDER LA OBLIGACION DE PUBLICAR PAUTAS DE PAGO A TODAS LAS EMPRESAS PROCESADORAS	54
a. Situación de las cooperativas verticalmente integradas.....	55
b. Publicación de pautas de precios por procesadoras de menor tamaño y, en términos generales, para toda la industria.....	58
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	62

I. ANTECEDENTES

a. La Consulta de Watt's

1. Con fecha 4 de junio de 2018, Watt's S.A. solicitó al H. Tribunal que inicie una consulta para que este se pronuncie, en el mercado de recepción y compra de leche fresca a productores, respecto a "las condiciones que deben ser cumplidas en el mismo, en particular, respecto a la publicación de condiciones de compra, con el fin de asegurarse de que dichas condiciones estén acorde, cumplan y en definitiva no infrinjan las normas del DL 211"². Lo anterior en especial, en lo relativo a la "publicación de las pautas de precios de compra (en adelante, "pautas de pago" o "pautas de precios"), por parte de los actores procesadores de leche"³.
2. La condición relativa a "pautas de pago" se encuentra contenida en el numeral cuarto de la parte resolutive de la Sentencia N° 7 del H. Tribunal, dictada con fecha 5 de agosto de 2004, en adelante, "**Sentencia N° 7-2004**" o "**Sentencia N° 7**", dentro de los autos caratulados "Requerimiento del Fiscal Nacional Económico y recursos de reclamación de Soprole y Loncoleche, contra el Dictamen N° 1/96 de la Comisión Preventiva Regional IX" (C-1-2004). En la citada parte resolutive se indicó que:
 - 1.- *Las empresas procesadoras de leche deberán mantener un listado de precios de compra, el que deberá detallar los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados;*
 - 2.- *Las empresas procesadoras de leche deberán anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en las condiciones de compra de leche fresca;*
 - 3.- *Las plantas procesadoras de leche deberán fundar su negativa de compra a los agricultores que les hayan realizado ofertas por escrito;*
 - 4.- *Estas mismas plantas deberán llevar un registro de las ofertas que rechacen, e informar a la Fiscalía Nacional Económica,*

² Escrito Watt's, p. 1.

³ *Ibid.*, p. 21.

semestralmente, los cambios significativos de compra a clientes antiguos, así como la incorporación de nuevos;

5.- Las plantas deberán abstenerse de usar en la determinación del precio el cociente histórico entre entregas de invierno y entregas de verano;

6.- Las empresas procesadoras de leche deberán, dentro de un plazo de seis meses, diseñar un sistema de toma de muestras que dé garantías a todas las partes involucradas, el que deberá ser aprobado por la Fiscalía Nacional Económica. Si transcurrido ese plazo la industria no hubiese presentado una propuesta, la Fiscalía requerirá al Ministerio de Agricultura el diseño del sistema" [Destacados son añadidos].

3. Las empresas procesadoras actualmente obligadas a dar cumplimiento a las medidas dispuestas por la Sentencia N° 7 corresponden a las procesadoras Nestlé, Soprole⁴ y Watt's⁵.
4. En términos generales, la consultante, Watt's S.A., aduce la existencia de una serie de circunstancias que justificarían, particularmente, la revisión de la condición relativa a la obligatoriedad de publicar pautas de pago:
 - a. Existencia de una falta de claridad en el alcance de las condiciones impuestas a las empresas procesadoras de leche, en especial, respecto a los sujetos obligados a publicar las pautas de pago⁶.

⁴ Soprole Inversiones S.A. es controladora, por su parte, de la empresa Sociedad Procesadora de Leche Del Sur S.A. ("Prolesur"). A su vez, Soprole Inversiones S.A., es controlada por Inversiones Dairy Enterprises S.A., sociedad en la que Fonterra Co-operative Group Ltd. tiene el 100% de la propiedad. Al respecto, cabe indicar que en general, las obligaciones de la Sentencia N° 7 son aplicables a Prolesur en su calidad de filial de Soprole. Por lo tanto, en adelante, debe entenderse incluido a Prolesur cuando el presente informe se refiera a Soprole, salvo indicación en contrario.

⁵ Si bien en el proceso que dio origen a la Sentencia N° 7 existieron más empresas que tuvieron la calidad de partes en el mismo -Lechera del Sur S.A., Nestlé Chile S.A., Parmalat Chile S.A., Soprole S.A., Watt's Alimentos S.A., Dos Álamos S.A. y Cooperativa Agrícola y Lechera de La Unión Ltda. (en adelante, "Colún")-, sólo las cuatro mencionadas empresas aún están activas en el rubro. En efecto: (i) Lechera del Sur S.A., a lo largo del mismo proceso, fue adquirida por Nestlé, razón por la que se sancionó a esta última en su calidad de continuadora legal de la primera; (ii) Colún fue excluida del proceso; y, (iii) Parmalat S.A. terminó sus operaciones entre 2003 y 2004, sin perjuicio de que actualmente la marca en Chile pertenece al Grupo Lactalis; y, (iv) Dos Álamos S.A.C.I. fue adquirida por uno de los incumbentes (Soprole S.A.).

⁶ Escrito Watt's, p. 10.

375

- b. El hecho de que otros actores dentro del mercado, con alta participación a nivel nacional o regional, citando a modo ejemplar a Colún o Surlat, quienes, según el análisis de la consultante, no están obligadas a la publicación de las pautas (por el hecho formal de no haber sido partes del proceso en que se emitió la Sentencia N° 7), generaría riesgos anticompetitivos, "distorsionando y discriminando por razones ajenas al mercado"⁷.
- c. La caracterización del mercado como uno en que "no existe una transparencia total y que existe una discriminación no objetiva sobre determinados actores, al existir múltiples empresas y cooperativas procesadoras que o no publican sus condiciones y cambios en las mismas, o que no lo hacen de forma regular y vinculante". Lo anterior, sin perjuicio de que no se ha demostrado que el mercado sea uno "de barreras de entrada insalvables, lo que ha permitido desafiar la competitividad de la industria" y de los actores existentes⁸.
5. Finalmente, en especial consideración a prevenir el actuar estratégico de ciertos agentes no obligados a la publicación de pautas de precios dada la opacidad que surge en relación a los alcances de la Sentencia N° 7, la consultante solicita que: (i) las pautas de pago sean una exigencia para todos los actores, o en su defecto, que éstas (ii) sean obligatorias para todos los actores "que efectivamente tengan una participación relevante en la compra a nivel nacional y regional"; o, en caso contrario (iii) que si el H. Tribunal estima que la publicación de condiciones de compra es contraria a la libre competencia, se deben establecer condiciones de igualdad de manera tal que dicha publicación no sea exigible a algunos y sí otros⁹.

⁷ En efecto, la consultante establece el eventual riesgo de una conducta "en forma estratégica (por parte de las empresas procesadoras de leche que no están obligadas a la publicación de las pautas de pago) para obtener mayores cuotas de mercado o poder ofrecer mejores precios, sin que los obligados a publicar puedan reaccionar, lo cual afectaría la libre competencia". Dicha conducta que podría tomar la forma de: (i) "fijar precios de compra condicionales a los precios fijados por aquellos competidores obligados a publicar pautas"; o (ii) "aprovechar de hacer pagos superiores y discriminatorios a ciertos proveedores estratégicos". Escrito Watt's, p. 12-13.

⁸ Ibid., p. 20.

⁹ Ibid., p. 21.

b. Sentencia N° 7-2004: condiciones que justificaron la obligación de publicar pautas de pago por parte de Nestlé, Soprole y Watt's.

6. La Sentencia N° 7 fue dictada por el H. Tribunal en marco del proceso contencioso Rol N° C-1-2004, consistente en un requerimiento interpuesto por esta Fiscalía contra las empresas procesadoras de leche cruda Nestlé Chile S.A., Parmalat Chile S.A., Soprole S.A., Watt's Alimentos, Cooperativa Agrícola y Lechera de La Unión Ltda. (en adelante, "Colún") y Dos Álamos S.A.C.I, en virtud del cual imputó a estas empresas conductas relativas a reparto de cuotas de mercado, negativas de compra, disminución y discriminación arbitraria de precios de compra y opacidad en el proceso de toma de muestras y resultados, todas ellas en los mercados relevantes geográficos de las Regiones VIII, IX y X.
7. En la parte resolutive de la sentencia, el H. Tribunal resolvió rechazar parcialmente el requerimiento de la Fiscalía en contra las empresas procesadoras, exceptuando el caso de Nestlé en su calidad de continuadora de Lechera del Sur S.A., por discriminación arbitraria de precios¹⁰. Sin perjuicio de ello, el H. Tribunal resolvió dictar las condiciones, actualmente vigentes, que las requeridas debían cumplir en el mercado de la adquisición y procesamiento de leche bovina, debiendo considerarlas en los actos o contratos que se ejecuten o celebren en el mismo.
8. Para justificar la imposición de las condiciones, el H. Tribunal identificó las siguientes características del mercado de producción de leche cruda a la fecha de la sentencia, caracterizándolo como uno de tipo oligopsónico, poco transparente y con insuficiente información disponible¹¹, con las siguientes características estructurales:
 - a. Alta concentración del poder de compra de leche cruda por parte de las empresas procesadora de lácteos, principales adquirentes de leche

¹⁰ Sentencia N° 7, resuelvo 3°.

¹¹ *Ibid.*, considerando 32°.

- cruda, siendo Nestlé, Soprole, Loncoleche (actualmente Watt's) y Colún los principales actores¹².
- b. Inelasticidad casi absoluta de la oferta de leche cruda desde el punto de vista de los productores¹³.
 - c. Relaciones contractuales entre productores y empresas procesadoras basadas en el compromiso de estas últimas en adquirir la totalidad de la cantidad producida, pero con la determinación del precio libre por parte de cada procesadora, generando con ello falta de transparencia e incertidumbre respecto a los productores¹⁴.
9. De esta manera, el H. Tribunal constató que, dadas estas características, aumentaba considerablemente el riesgo de que las empresas procesadoras de leche "*celebren convenios expresos o tácitos para coordinar sus políticas de precio*"¹⁵, y/o de "*actitudes oportunistas de parte del comprador en orden a incentivar, con su pauta de precios, a invertir para mejorar la oferta de leche, para después reducir el precio cuando el productor ya no puede reaccionar frente a dicha reducción*".
10. Estas justificaciones fueron las que dieron lugar a la imposición de las condiciones respecto a la publicación y contenido de las pautas de pago, toda vez que obligarían a las empresas procesadoras de leche -que dada su posición de dominio gozaban de la aptitud objetiva para poder discriminar entre productores¹⁶- "*a establecer condiciones de compra clara y precisas, y que permitan, a su vez, al productor conocer detalladamente esas condiciones, para poder cambiar de empresa lechera o de rubro si conviene a sus intereses*"¹⁷.

¹² Ibid., cuadro N° 2.

¹³ Ibid., considerando 24°.

¹⁴ Ibid., considerando 25°.

¹⁵ Ibid., considerando 46°.

¹⁶ Riesgo que se verificó en el caso de Nestlé -como continuador legal de Lechería del Sur-, empresa que fue condenada al pago de una multa por incurrir en tal conducta.

¹⁷ Ibid., considerando 49°.

c. Resumen de los procesos, fiscalizaciones y pronunciamientos en sede libre competencia relacionados al mercado lácteo

(i) El proceso Rol N° C-1-2004, del que originó la Sentencia N° 7 y los pronunciamientos que interpretaron los alcances de esa sentencia

11. Sin perjuicio de lo resuelto en la Sentencia N° 7, la cuestión relativa a la falta de información en la determinación de los precios ha sido denominador común en la mayor parte de los procesos vinculados a este mercado.
12. En efecto, una primera demostración de ello es que, desde la fecha del primer requerimiento (23 de junio de 1997), esta Fiscalía solicitó como medida cautelar precautoria, que durante todo el plazo que transcurriera hasta que se resolviera el requerimiento, se impusiera la obligación de publicar las variables precios, al modo de pautas de precios. Dicha medida se concedió y se mantuvo vigente durante siete años hasta la dictación de la sentencia definitiva, que la reprodujo en forma casi idéntica.
13. Por su parte, con posterioridad a la dictación de la Sentencia N° 7, las empresas Colún y Soprole interpusieron recursos contra la misma: el primero, referido a si la Cooperativa se encontraba sujeta a las condiciones impuestas por la Sentencia¹⁸ (cuestión previamente debatida en dicho proceso, como se verá *infra*); mientras que el segundo, se refería a la forma de aplicación de determinadas variables de las pautas de pago¹⁹.
14. En opinión de Watt's, la interposición de estos recursos y particularmente del primero, habría develado que en su momento, existió una suerte de *"incertidumbre en el mercado respecto de quiénes eran los actores del mercado que debían cumplir con las medidas"*²⁰. Sin embargo, cabe aclarar que en el caso de Colún, la interposición del recurso constituyó una forma de ratificar una situación previa relativa a que había sido excluida como parte

¹⁸ Recurso de aclaración con reposición en subsidio de Colún, de fecha 3 de septiembre de 2004, fs. 2697 y ss.

¹⁹ Recurso de aclaración de Soprole, de fecha 10 de noviembre de 2004, fs. 2738 y ss.

²⁰ Escrito Watt's, p. 8.

requerida en el proceso, por la H. Comisión Resolutiva, tal como se explicará *infra*. En el caso de Soprole, el recurso se refirió a una materia de aplicación concreta de la pauta, no respecto a cuáles eran los obligados²¹.

(ii) Otros procesos seguidos ante el H. TDLC

- 15. En enero de 2009, la Federación Nacional de Productores de Leche F.G. (en adelante, "Fedeleche") presentó una consulta relativa a la forma que debía adoptar el cumplimiento de las medidas ordenadas por la Sentencia N° 7, con una solicitud de emisión de instrucciones generales en subsidio (Rol NC N° 342-09). En concreto, solicitaba que la obligación de publicar pautas de pago incluyera su divulgación en páginas web o su remisión a la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias del Ministerio de Agricultura (en adelante, "ODEPA"), de modo que ésta pudiera centralizar la información de precios de todas las procesadoras. Además, solicitaba la definición de criterios cuantitativos para fijar el ámbito de procesadoras obligadas a dar cumplimiento a la Sentencia N° 7²². Sin embargo, el H. Tribunal decidió desestimar la pretensión de Fedeleche por razones de forma²³.

- 16. Con todo, antes de desestimar el proceso de consulta o de dictación de instrucciones generales en subsidio, el H. Tribunal dio traslado a la Fiscalía Nacional Económica. Ésta informó que, dado el aumento de la tasa de crecimiento de recepción de leche fluida, ingreso de nuevos actores, importantes variaciones en las participaciones de mercado y disminución en la dispersión de precios, entre otros aspectos, tales condiciones "podrían

²¹ El H. TDLC, mediante resolución de 13 de julio de 2005, acogiendo la solicitud de aclaración de Soprole, señaló que: "las plantas deberán abstenerse de usar en la determinación del precio el cociente histórico entre entregas de invierno y entregas de verano, en cualquier forma que implique que dicho parámetro se transforme en un impedimento a la movilidad de productores".

²² Sobre este punto, la consulta de Fedeleche solicitaba que el H. Tribunal que dictaminara que los agentes que adquieran leche fresca de terceros, a cualquier título y de modo regular durante todos los meses del año y que tuvieran un volumen mínimo acumulado de procesamiento de leche superior a una determinada cantidad de millones de litros en los últimos doce meses, debían dar cumplimiento a las medidas de la Sentencia N°7. Para definir dicha cantidad de millones de litros de procesamiento, se solicitaba oficiar a la FNE y a ODEPA. Consulta Fedeleche, p. 15.

²³ Resolución de Término del H. TDLC, Rol N° 88/2009.

ameritar la revisión de las condiciones consideradas (sic) por ese H. Tribunal en la Sentencia N° 7, en el marco de un procedimiento no contencioso²⁴.

17. Finalmente, en agosto de 2014, el H. Tribunal conoció de la demanda interpuesta por Fedeleche contra Nestlé, Soprole y Watt's por actos atentatorios contra la competencia (Rol C N° 284-14 acumulado). Nuevamente, sin perjuicio de que la causa se archivó por razones de forma²⁵, cabe destacar, en relación a la obligatoriedad de publicar pautas de pago, que esta vez Fedeleche expuso que dicho mecanismo no constituía suficiente protección respecto a los productores, por cuanto el mismo transparentaría únicamente algunos factores de premio y castigo junto con sus respectivos valores y un precio base; pero, sin embargo, *“los motivos o justificaciones sobre cómo se llegan a determinar tales valores y precio base no estarían en las pautas (...)”*²⁶.

(iii) Investigaciones llevadas a cabo por esta Fiscalía

18. Por su parte, cabe indicar que en atención a que entre las condiciones de la Sentencia N° 7 se disponen medidas que suponen la intervención de esta Fiscalía, particularmente, estar atenta a las condiciones y evolución de este mercado; esta institución ha desarrollado investigaciones, tanto sobre la fiscalización del cumplimiento de la Sentencia N° 7, como en base a denuncias interpuestas por distintos actores del mercado lácteo²⁷.
19. Es este sentido, puede citarse el Informe de Fiscalización de Cumplimiento de la Sentencia 7/2004, Rol 1302-08 FNE, de 10 de enero de 2011, que sintetiza el estado de cumplimiento que, a esa fecha, se verificaba respecto a las medidas dispuestas en la misma sentencia. En términos generales,

²⁴ Informe FNE 2009, p. 30.

²⁵ Resoluciones del H. TDLC de fecha 7 de junio de 2016 y 22 de septiembre de 2016.

²⁶ Demanda Fedeleche, Rol C N° 284-14 acumulado, fs. 145.

²⁷ En efecto, en su parte resolutive, la Sentencia N° 7 dispone: *“que las plantas –procesadoras- lleven un registro de las ofertas de productores que rechacen e informen a la Fiscalía Nacional Económica, semestralmente, los cambios significativos de compra a clientes antiguos, así como la incorporación de nuevos”*. Además, su resuelto Quinto señala que *“La Fiscalía (...) deberá permanecer atenta al desarrollo del proceso de comercialización de la leche, sin perjuicio de las medidas que previamente se han ordenado”*. Sentencia N° 7, resuelto 4°, condición N° 4.

sobre las medidas relacionadas a la publicación de pautas de precios, esta Fiscalía señaló que las empresas obligadas, Soprole, Nestlé y Watt's, dieron cumplimiento a las condiciones establecidas por la sentencia²⁸.

20. Posteriormente, la Fiscalía analizó este mercado en sus investigaciones acumuladas Roles N° 1966-11 FNE y N° 2415-16. Esta investigación tuvo como punto de inicio, el análisis de las relaciones entre Soprole y Nestlé a propósito de la negociación del contrato de *joint venture* que buscaron implementar (Rol N° 1966-11 FNE²⁹), a lo que se agregaron denuncias de productores y asociaciones de éstos, acumuladas al mismo proceso (Rol N° 2415-16 FNE).
21. Como punto común y consustancial a las conductas investigadas en este Informe de Archivo 2018, se puede mencionar la apreciación de un ejercicio de poder de mercado conjunto y condiciones facilitadoras para la coordinación oligopsónica. Ello se tradujo en un escaso traspaso de las alzas del precio internacional de la leche en polvo en comparación con las bajas, lo que se habría traducido en la quiebra y/o salida del mercado de un número significativo de productores, principalmente, los de menor escala y eficiencia. A este respecto, cabe agregar que, si bien en esta investigación se analizaron las condiciones de mercado considerando, como parte del contexto del mismo, las obligaciones de publicidad y transparencia emanadas de la Sentencia N° 7, el trabajo investigativo no se dirigió, en específico, a fiscalizar su cumplimiento por parte de los agentes sujetos a sus obligaciones.
22. A modo de concluir el presente acápite, cabe indicar que las conclusiones y análisis de mercado de dicho Informe de Archivo 2018, dada su reciente data,

²⁸ En efecto, respecto a la obligación de publicar pautas, se señala en este Informe de Fiscalización que las procesadoras Soprole, Nestlé y Watt's, elaboran pautas de precio de compra de leche fresca, en las que incluyen bonificaciones por factores relacionados al contenido de grasa, proteínas, condiciones sanitarias, refrigeración de la leche y volumen de entrega, entre otras. Se agrega que estas pautas difieren de acuerdo a la zona geográfica que abarquen y que se publican de diversas formas (envío directo a los proveedores; publicación en un periódico regional, en sitios web y en oficinas y centros de atención al público).

²⁹ Caratulado "Investigación de oficio por eventuales conductas anticompetitivas de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A".

sirven de base y antecedente para el presente Informe. Asimismo, cabe añadir que esta Fiscalía, en la actualidad, se encuentra desarrollando una investigación de oficio sobre el cumplimiento de la Sentencia N° 7 (Rol 2498-18 FNE), iniciada a raíz de las declaraciones del entonces Presidente de Fedeleche ante la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados en abril de este año³⁰, la que se suma a aquella iniciada a propósito de recabar antecedentes para informar en la presente consulta (Rol 2502-18 FNE).

d. Antecedentes sobre el tratamiento que se ha otorgado a Colún en los diversos pronunciamientos de las autoridades de libre competencia.

23. Un punto importante que resulta pertinente atender en consideración al análisis efectuado por la consulta de Watt's S.A., relativo a que la empresa Colún no publicaría pautas de precios³¹, es aquel relativo a los pronunciamientos y definiciones que tanto esta Fiscalía, como el H. Tribunal, han emitido respecto a la situación de esa Cooperativa en el mercado de la recepción y procesamiento de leche fresca.
24. En primer lugar, tal como se adelantó, si bien este actor fue originalmente requerido por la Fiscalía en el proceso Rol N° C-1-2004, que terminó con la dictación de la Sentencia N° 7, éste había sido previamente excluido del proceso por la H. Comisión Resolutiva³², mediando previo informe favorable FNE³³. En este último, se aludió a las razones que fundamentaron dicha exclusión, mencionando *"su estructura jurídica, las características y destinos de los excedentes de la empresa y la escasa relevancia de las operaciones correspondientes a proveedores que no tienen la calidad de asociados y que*

³⁰ En efecto, ante la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados y ante esta Fiscalía, el entonces Presidente de Fedeleche, Rodrigo Lavín, denunció la existencia de eventuales conductas por parte de las empresas procesadoras, consistente en efectuar pagos a productores de leche cruda a un precio diferente al que resultaría de aplicar las pautas de pago publicadas. Constatándose que el precio efectivamente pagado pudiera no corresponder con aquel establecido en las pautas, ello podría constituir un incumplimiento de lo resuelto en la sentencia N° 7 del H. TDLC, particularmente, una discriminación arbitraria entre productores de leche. Sobre el particular, puede consultarse en: <https://www.radiosago.cl/declaraciones-de-presidente-de-fedeleche-detonan-nueva-investigacion-de-fne-al-mercado-de-leche-cruda/> [Última visita: 31 de julio de 2018].

³¹ Escrito de Watts, p. 10.

³² Resolución de la H. Comisión Resolutiva de fecha 11 de noviembre de 1997, fs. 820.

³³ Expediente Rol N° C-1-2004, fs. 819-820.

podrían estar relacionadas con las conductas imputadas³⁴. A este respecto, cabe señalar que, en general, se atendió a lo señalado previamente por esa Cooperativa al evacuar sus descargos respecto del requerimiento³⁵, donde indicó que su estructura verticalmente integrada entre actividades de producción y procesamiento de leche determinaba una estructura inidónea a efectos de incurrir en conductas como acuerdos de repartición de mercado y/o discriminación entre atomizados productores³⁶, al modo que se imputaba en el requerimiento que dio origen al proceso.

- 25. Un segundo hito en relación al tratamiento asignado a Colún en relación a la actividad de procesamiento de leche fresca, se dio, cómo se indica en el escrito de consulta de Watt's, a propósito del recurso de aclaración con reposición en subsidio de dicha Cooperativa en contra de la Sentencia N° 7, solicitando que se aclarara que Colún no estaba obligada por las condiciones impuestas en la Sentencia. En concepto de dicho recurso, tales medidas sólo serían aplicables a las empresas requeridas en el proceso Rol C-1-2004³⁷.
- 26. En dicha oportunidad, el H. Tribunal no accedió al recurso de Colún, por cuanto consideró que al no tener ésta la calidad del parte en el proceso, con menor razón podía impetrar un recurso contra la sentencia de término. En ese contexto, si bien no se dio lugar a la solicitud, el H. Tribunal igualmente

³⁴ Oficio Ord. FNE N° 315, de 11 de noviembre de 1997, que consta a fs. 819, Rol N° C-1-2004.

³⁵ Donde Colún adujo que es una cooperativa compuesta únicamente por productores lecheros, que son dueños de la empresa, de tal forma que les pertenecen a ellos sus resultados. Asimismo, señaló que cualquier tercero interesado puede pertenecer a Colún, debiendo para ello cumplir con una serie de condiciones y requisitos fijados en sus estatutos y que Colún está obligada por el mismo a adquirir toda la leche que el productor produzca a los precios fijados por el Consejo de Administración. En suma, señaló que son los propios socios de Colún los que fijan el precio a los que la Cooperativa les comprará su producción y, por obligación estatutaria, se aplica el mismo a los terceros no socios, pero con un descuento (que, en la época de dicho escrito, ascendía al 5%). Escrito de contestación del requerimiento fiscal de Colún, fs. 234, autos Rol N° C-1-2004

³⁶ Colún refuerza dicho juicio a través de las siguientes interrogantes: "COLUN es una Cooperativa, administrada por los miembros que la constituyen -todos ellos productores de leche- con participación activa en sus Juntas de Accionistas, que eligen de entre sus miembros el Consejo que está a cargo de su administración, estando ésta sujeta a la fiscalización de los cooperados (...) ¿Quién es el comprador del producto leche a quienes se enfrentan estos productores? Pues, precisamente, la Cooperativa formada y administrada por ellos mismos. ¿Puede entonces sostenerse con algún fundamento que estos productores carezcan de la debida organización y comunicación y representen una oferta rígida o inelástica? ¿Están enfrentados esos productores a una estructura monopsonica y frente a un comprador monopolista? Ibid., fs. 234.

³⁷ Recurso de aclaración de Colún de fecha 3 de septiembre de 2004, que consta a fs. 2697 y ss.

previno que su exclusión, "no la libera de las obligaciones generales que pesan sobre todo agente económico, tanto en cuanto a establecer en forma transparente los precios, parámetros y otras condiciones de compra de insumos, los que además deben ser objetivos, de general aplicación y no discriminatorios, como en lo relativo a la prohibición de negar injustificada o arbitrariamente la compra de insumos o establecer cláusulas o condiciones de compra de los mismos que limiten injustificadamente la movilidad o libertad de contratación de sus proveedores"³⁸.

27. A este respecto, teniendo presente el contexto de esta resolución, emitida respecto de un actor que ya había sido previamente excluido del proceso, pareciera claro que el H. Tribunal, pudiendo indicar derechamente que las medidas de la Sentencia N° 7 se aplicaban a Colún, al igual que a los otros actores relevantes del mercado, no lo hizo y, por el contrario, sólo se limitó a reiterar una cláusula general de comportamiento acorde a la libre competencia, cuyo cumplimiento puede sólo ser evaluado caso a caso (transparencia en los precios, parámetros y otras condiciones de compra, los que además deben ser objetivos, de general aplicación y no discriminatorios).
28. Otro caso en que se aludió a este tratamiento diferenciado aplicable a Colún, dada su estructura verticalmente integrada, lo constituye la demanda de Fedeleche contra de Nestlé, Soprole y Watt's por actos atentatorios contra la competencia (Rol C N° 284-14 acumulado)³⁹. Como se aprecia, Fedeleche no dirigió su acción contra Colún, por cuanto estimó que la estructura verticalmente integrada que ésta exhibe, obligada a comprar toda la leche que produzcan sus socios, que, a su vez, son dueños de la Cooperativa, impedía considerarla como un actor más en el mercado, al no participar abiertamente en el mismo, siendo sus compras a terceros no socios de baja relevancia (3%) en comparación al total de leche procesada⁴⁰. Con todo, esta

³⁸ Resolución TDLC, de fecha 22 de septiembre de 2004, que consta a fs. 2709.

³⁹ Previamente mencionado. Vid. *supra*.

⁴⁰ Asimismo, cita la demanda una frase del Informe Económico acompañado a la misma demanda ("Un análisis económico de la compra de leche cruda", de Fernando Díaz, Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza, de 18 de agosto de 2014), en que se explicaría su diferencia con actores no verticalmente integrados: "si Colún no puja por comprar leche cruda, cualquier menor precio que le

situación no pudo ser zanjada por el H. Tribunal pues, la demanda fue desestimada por cuestiones de índole procesal.

29. Finalmente, también esta Fiscalía se refirió a la situación de Colún en el mercado, a propósito del Informe de Archivo de 2018, donde señaló que, "(...) *Colún, a pesar de ser un actor relevante -por su capacidad instalada y mayor volumen de compra- no genera presión competitiva dado su sistema de cooperativa verticalmente integrada*"⁴¹.

II. ANALÍISIS DEL MERCADO DE COMPRA DE LECHE CRUDA

a. Descripción general de la industria⁴²

35. En relación a los productores de leche, de acuerdo a lo señalado por ODEPA, Chile contaría con más de 6.000 productores comerciales de leche, concentrados principalmente entre las regiones de Los Ríos y Los Lagos⁴³, que agrupan el 73% de las vacas lecheras existentes en el país, el 62% de la superficie lechera destinada al efecto y el 67% de la recepción de la leche producida en el territorio⁴⁴. Estos productores, al considerar el número de vacas por predio lechero, estarían mayormente constituidos por productores de menor tamaño.
36. En efecto, según información publicada por Consorcio Lechero, en base a los productores que entregan leche a sus miembros, los cuales representan el 82% del total nacional, más de la mitad de ellos tienen producción anual

pague a sus productores por la leche que reciba, se compensa por la vía de los repartos de dividendos a través de los cuales les traspasará los mayores precios que haya recibido aguas abajo. Por eso, aunque Colún no puje, sus productores terminan exactamente igual. Es más, lo esperable es que esta empresa no lo haga, porque ello es necesario para la eficiencia de su organización societaria". Demanda Fedeleche, Rol C N° 284-14 acumulado, fs. 142.

⁴¹ Informe de Archivo 2018, p. 86.

⁴² Como se señaló *supra*, gran parte de este análisis considera el Informe de Archivo 2018 de esta Fiscalía, el cual, dada su reciente emisión (23 de enero de 2018), expresa condiciones aún vigentes en el desarrollo de esta industria.

⁴³ Información disponible en: <http://www.odepa.cl/rubro/leche-y-derivados/> [Última visita con fecha 31 de julio de 2018].

⁴⁴ INE, Encuesta de Ganado Bovino 2015.

inferior a 500.000 litros, y sólo el 17% tiene producción superior a 1.5 millones de litros anuales⁴⁵.

37. Además del tamaño pequeño de la mayoría de los productores, debe también considerarse el hecho de que aproximadamente el 66% de ellos declara no tener conocimiento sobre sus propios costos de producción y el 60% no llevaría registros de sus costos directos. Tales antecedentes reflejan su baja capacidad de enfrentar un mercado de procesadores industrializado y altamente concentrado, razón por la que se caracterizan por ser tomadores de precios, con limitaciones de corto plazo y escaso acceso a información relevante. En cuanto a la masa bovina destinada a producción de leche, ésta ha disminuido en comparación al año 2013 en un 5.5%⁴⁶.
38. La producción de leche cruda en Chile tiene como principal destino las empresas procesadoras lácteas, quienes reciben en promedio un 78% del total de la leche producida en el país⁴⁷. En un nivel muy inferior aparece como destino del insumo lácteo la industria láctea menor, que en promedio recibe el 12% de la leche cruda que se produce. La recepción de leche cruda en las distintas plantas procesadoras existentes en el país alcanzó los 1.990 millones de litros en el año 2017, con una baja en la producción estimada, la cual se registra en forma consecutiva desde el año 2014⁴⁸.
39. En general, el procesamiento de leche cruda ha adoptado, en Chile, dos formas de organización. La primera consiste en una relación habitual de abastecimiento de leche, en que los productores no participan en la propiedad y decisiones de la empresa receptora. En término simples, el productor vende la leche cruda elaborada en su predio a la empresa procesadora, en una relación bilateral. Esta forma organizativa la utilizan,

⁴⁵ Consorcio Lechero, "Sector Lácteo de Chile. Indicadores 2016", pág. 45. Disponible en: https://www.consorcirolechero.cl/industria-lactea/wpcontent/uploads/2017/12/Reporte_Indicadores_Web.pdf [Última visita con fecha 31 de julio de 2018].

⁴⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁷ **Incluye a Colún**. Fuente: ODEPA. Boletín de la leche: producción, recepción, precios y comercio exterior, julio 2018.

⁴⁸ *Ibid.*

entre otras empresas, Soprole, Nestlé, Watt's, Quillayes y otros procesadores menores, las cuales compran leche cruda a terceros proveedores y reciben toda la leche producida por ellos.

40. Por su parte, la segunda estructura de organización de las empresas procesadoras se realiza en virtud de diferentes formas de integración vertical con productores, como, por ejemplo, la creación de diversos tipos de asociaciones entre productores para desarrollar por sí mismas la actividad de procesamiento. Este mecanismo de integración vertical entre las actividades de producción y procesamiento, particularmente a través de una cooperativa, es el que utiliza Colún⁴⁹. En esta forma de organización, los miembros productores asociados, son dueños y ejecutan por sí mismas la actividad de procesamiento, razón por lo que este último eslabón de la cadena adquiere la totalidad de la leche producida. Asimismo, a estos productores asociados, en su calidad de dueños de la procesadora, les pertenecen los resultados de ésta en el ejercicio aguas arriba (venta de productos lácteos procesados).
41. Los principales productos vendidos dentro del país para el año 2017⁵⁰ -en términos de los litros equivalentes que se utilizaron para su elaboración⁵¹- son: la leche en polvo en su conjunto (20,9%), el queso Gouda (20%), leche UHT (17,2%), quesos (12,7%), la mantequilla (9,9%) y los yogures (8,4%). El resto de los productos representaron menos de un 11% de las ventas en el

⁴⁹ La empresa Surlat contó con una estructura integrada verticalmente (año 2009), en el sentido de contar los productores con parte de la propiedad de la procesadora a la que entregaban su producción, lo que se traducía en un porcentaje de participación societaria mayoritario. Sin embargo, dada la actual información de mercado (mayo de 2016), es de público conocimiento que dicha participación finalmente se diluyó, al transferirse a un nuevo accionista mayoritario, de origen suizo. Al respecto: <http://www.pulso.cl/empresas-mercados/suiza-emmi-toma-el-control-total-de-surlat-y-compra-el-40-a-sus-socios-locales/>. [Última visita: 31 de julio de 2018].

⁵⁰ Considera la información de las siguientes empresas: Colún, Lácteos Osorno, Nestlé, Soprole (incluida su filial Prolesur), Quillayes, Surlat, Valle Verde, Watt's (incluido Diwatt's).

⁵¹ Para efectos de comparar a las empresas de acuerdo a las ventas de los distintos productos lácteos, así como también, para determinar los productos más relevantes de cada una de ellas, se utilizaron los litros equivalentes de leche cruda que son necesarios para la producción de cada producto, en base a factores de conversión informados por ODEPA y por las mismas empresas en el marco de la investigación FNE Rol N° 2502-18. Lo anterior, aun cuando no se haya producido todo el volumen en el país (y que provengan de la reventa de importaciones o que se elaboren a partir de importaciones utilizadas como insumo).

mercado doméstico, en función de los litros de leche equivalentes que fueron utilizados para su comercialización.

42. Estos productos son comercializados internamente en canales mayorista, de *retail* (supermercados, almacenes y otros comercios), o como insumos para otros alimentos elaborados y, sólo algunos son destinados a exportación (leches en polvo, condensada y quesos, principalmente). Las ventas internas representan aproximadamente un 88% del total de litros equivalentes que fueron vendidos como productos lácteos por las empresas en el año 2017.

b. Mercado relevante

43. El mercado relevante del producto corresponde a la recepción de leche cruda para su procesamiento y elaboración de productos lácteos, producto perecible y que requiere de sistemas de refrigeración para su transporte, aspecto que impone un costo relevante en su traslado limitando su área de influencia a una acotada.
44. En efecto, para la definición del mercado geográfico relevante, se consideró el área de influencia⁵² de las plantas de leche cruda, encontrándose que el 80% de los productores (considerando los predios destinados a esta actividad) se ubican en una distancia menor a 100 kilómetros de la planta receptora a la cual entregan leche, y el 97% a menos de 200 km.

Tabla N°1
Porcentaje acumulado de productores de leche cruda por tramo de distancia a la Planta de entrega

Kms.	% Acumulado de Productores
50	64%
100	86%
150	94%
200	97%
250	98%
300	99%
350	99%
400	99%

⁵² Denominado en inglés *catchment area*, es el criterio utilizado en otras jurisdicciones para determinar el alcance geográfico del mercado.

450	99%
500	99%
550	99%
600	99%
650	99%
700	100%

Fuente: Informe de Archivo 2018.

45. Este criterio, aplicado a la distancia presente entre las distintas plantas receptoras de leche cruda, conduce a la definición de dos mercados relevantes geográficos: (i) Región Metropolitana; y (iii) Zona Sur (regiones del Biobío, La Araucanía, de Los Ríos y Los Lagos).

Figura N°1
Distribución geográfica de plantas receptoras, industria láctea mayor⁵³



* Danone Chile fue comprado el 2016 por Watts, incluyendo la planta de la Región del Biobío.

Fuente: Elaboración propia en base a información de ODEPA.

⁵³ Las localidades específicas en las que se ubican cada una de las plantas, son las siguientes:

1. Región Metropolitana: San Bernardo (Soprole) y Calera de Tango (Quillayes);
2. Región del Biobío: Chillán (Watts, ex Danone Chile), Los Ángeles (Nestlé, Soprole y Granarolo);
3. Región de la Araucanía: Victoria (Quillayes), Temuco (Soprole), Loncoche (Surlat) y Pitrufquén (Surlat);
4. Región de Los Ríos: La Unión (Colón), Los Lagos (Soprole), Río Bueno (Lácteos del Sur);
5. Región de Los Lagos: Osorno (Soprole, Nestlé, Watt's y Valle Verde), Cancura (Nestlé), Llanquihue (Nestlé) y Ancud (Chilolac).

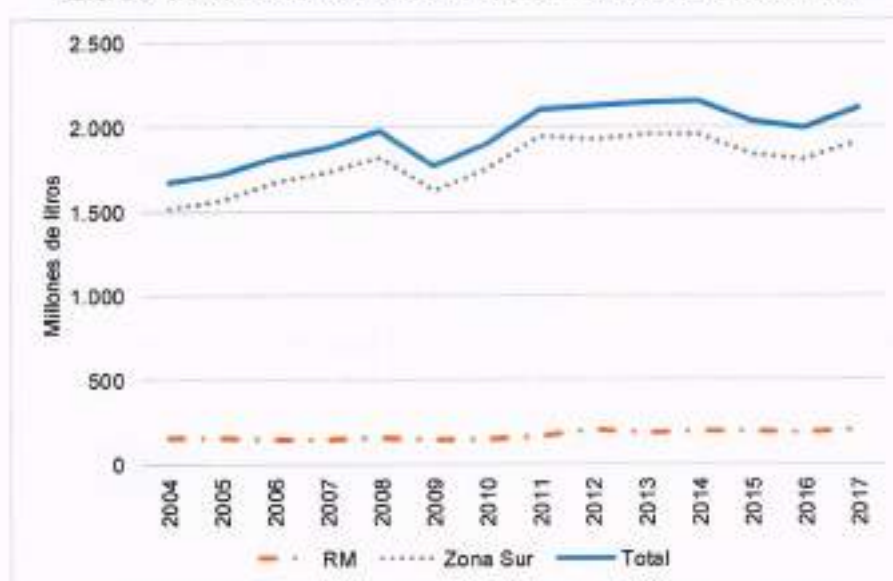
Figura N°2
Radios de influencia promedio (de 100km. lineales) por planta, Zona Sur



Fuente: Elaboración propia en base a información de ODEPA.

46. La recepción total de leche cruda tuvo un crecimiento sostenido hasta el año 2009, donde presentó una disminución importante (10%), para luego recuperarse hasta el año 2014, donde nuevamente presenta descensos de cerca un 6% entre el 2014 y 2016. Como se presenta en el gráfico a continuación, la recepción tuvo un repunte en el año 2017.

Gráfico N°1
Litros de leche recibida en cada Mercado Relevante



Fuente: Elaboración propia utilizando datos de ODEPA corregidos⁵⁴.

c. Participaciones de mercado

47. En base a la definición de mercado relevante geográfico previamente realizada, se calculó la participación de mercado de las procesadoras, considerando tanto el volumen de recepción de leche cruda, como la capacidad instalada para este procedimiento.

⁵⁴ En datos de ODEPA figura una planta de Soprole en Los Ángeles. Sin embargo, la empresa informó que dicha planta se dejó de usar en agosto de 2011, y que parte de la leche producida en la Región del Biobío se recepciona en la planta de San Bernardo, Región Metropolitana, por lo que dichos volúmenes se contabilizan en la esta última Región. Se incluye en la Zona Sur la leche recibida por todas las empresas reportadas por ODEPA, sin excluir a Colún.

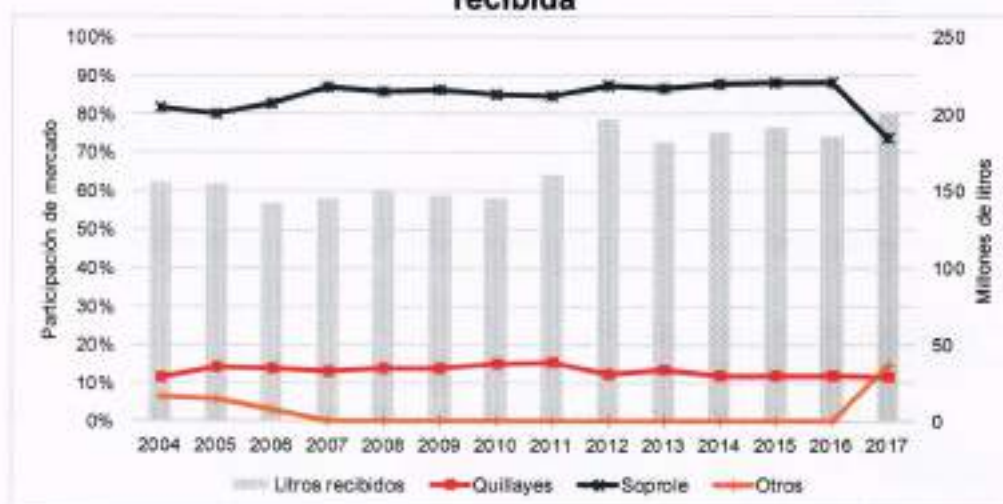
(i) Según volumen de recepción de leche cruda

48. Respecto de la recepción de leche en los distintos mercados relevantes, ésta actividad se realiza con mayor intensidad en la Zona Sur, la cual es aproximadamente 10 veces mayor que la observada en la Región Metropolitana, como se observa en el **Gráfico N°1**.

Región Metropolitana

49. En esta región participan principalmente las empresas Soprole y Quillayes, incorporándose recientemente el Grupo Lactalis⁵⁵. Soprole concentra gran parte de la recepción en la región, alcanzando una participación por sobre el 80% durante el periodo 2004-2016 y del 74% para el año 2017.

Gráfico N°2
Participación de mercado en la Región Metropolitana según litros de leche recibida



Fuente: Elaboración propia en base a datos de ODEPA corregidos⁵⁶.

Zona Sur

50. En este mercado principalmente participan las empresas Nestlé, Prolesur, Watt's⁵⁷, Colún, Surlat y Quillayes. El año 2017 ingresó el Grupo Lactalis, a

⁵⁵ A partir del año 2017, ODEPA reporta la recepción que hace el Grupo Lactalis a través de su planta ubicada en la localidad de Codigua, Melipilla.

⁵⁶ En la categoría "Otros", se incluye a Vitalac, presente entre los años 2004 y 2006, y Grupo Lactalis.

⁵⁷ La empresa Watt's adquirió las empresas Lácteos Valdivia (2012) y Danone (2017). A su vez la empresa Danone había adquirido en el año 2007 a la empresa Vialat (planta de Chillán), la cual incluía la marca Calán.

través de la compra de las plantas de procesamiento de Mulpulmo y Purranque, esta última perteneciente a La Vaquita de Codigua, empresa cuya información de recepción de leche cruda y elaboración de productos lácteos no se reportaba individualmente por parte de ODEPA en sus boletines, por no pertenecer a la denominada láctea mayor⁵⁸.

51. En el mercado relevante en análisis, los porcentajes de participación no consideran a Colún, pues cómo fue señalado por esta Fiscalía en el Informe de Archivo de 2018, a pesar de ser esta empresa un actor relevante -por su capacidad instalada y mayor volumen de recepción- no genera presión competitiva en el mercado de compra de leche cruda, dada su organización como cooperativa verticalmente integrada. Sobre ello se profundizará en el presente Informe. Con todo, cabe indicar que Colún presentó, al año 2017, un volumen de recepción de 566 millones de litros de leche cruda.

52. Como se presenta a continuación, las principales empresas observan, comparando entre los años 2004 y 2017, un incremento neto en la recepción de leche cruda. Las otras procesadoras de menor tamaño incluidas en la categoría "Otros", agrupadas como total, presentan una disminución neta de la recepción. A su vez, resulta bastante claro el patrón de entrada y salida que observan las empresas del grupo "Otros", no logrando éstas continuidad en el mercado en el período analizado, a excepción de Chicolac, que experimentó un fuerte descenso en el volumen neto de leche recibida.

⁵⁸ De acuerdo a lo señalado por ODEPA, esta institución informa y analiza el mercado de la recepción de leche y elaboración de productos lácteos de la denominada láctea mayor, la cual está compuesta por aquellas empresas que en promedio reciben más de 10 millones de litros al año. Las empresas que reciben una menor cantidad de leche cruda pertenecen a la láctea menor, cuya información es procesada por parte del Instituto Nacional de Estadísticas ("INE").

Tabla N° 2
Evolución litros de leche recibida por empresa en la Zona Sur (en millones de litros)

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Variación (2017/2004)
Nestlé	333	338	360	346	365	347	388	419	467	473	432	372	386	373	12,0%
Proleaur	251	288	319	367	366	326	339	318	304	329	340	327	313	318	26,6%
Walt's	236	211	225	210	209	205	231	257	302	283	263	250	237	281	19,1%
Divella														40	
Lácteos Valdivia									41	18					
Lancolacho	236	211	225	210	209	205	231								
Walt's								257	281	267	263	250	237	241	
Surlat	88	90	101	122	168	156	112	125	131	135	147	124	110	95	7,4%
Danone				31	39	47	54	53	54	53	50	46	42		
Quilayes	17	16	16	15	18	16	45	54	50	34	29	26	23	23	35,2%
Otros	286	294	290	252	290	157	159	280	127	129	147	106	152	260	-9,1%
Agrolácteos Caimo	23	27	29	27	24	13									
Bialeche										8	10				
Caña	32														
Caldín	70														
Chilac	38	25	14	8	8	8	9	12	15	17	20	21	21	23	-38,2%
Cumelín Mulpulmo	92	95	110	114	129	114	131	94							
Granario												12	14	2	
Grupo Lácteos														128	
Lácteos del Sur								35	37	41	54	52	53		
Lácteos Frutillar		29	44	40	37	10									
Lácteos Osorno														31	
Lácteos Puerto Varas	31	20	0	20	34	12	19	26	18	7					
Lácteos Valdivia								40							
Lácteos Mulpulmo									4						
Vailo Verde								54	53	57	63	70	85	77	
Vialat		34	93	42	18										

Fuente: Elaboración propia en base a datos de ODEPA.

53. Respecto a las participaciones de mercado, en la tabla siguiente se observan fluctuaciones en las mismas, tanto al alza como a la baja, a lo largo del período analizado. Todas las empresas, a excepción de Surlat, y principalmente las empresas agrupadas en "Otros", presentan al 2017, variaciones positivas en su participación de mercado en comparación al 2004.

Tabla N°3
Participación de Mercado de la Zona Sur según litros de leche recibida

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Variación (2017-2004)
Nestlé	27,5%	27,3%	27,5%	25,7%	25,8%	27,7%	29,1%	28,2%	32,6%	32,9%	30,7%	28,6%	30,5%	27,6%	0,1%
Proteusur	20,7%	23,3%	24,3%	27,3%	25,9%	26,0%	25,6%	21,4%	21,2%	22,8%	24,2%	25,1%	24,8%	23,6%	2,8%
Wall's	19,5%	17,1%	17,1%	15,7%	14,8%	16,3%	17,4%	17,3%	21,0%	19,7%	18,7%	19,2%	18,7%	20,8%	1,3%
Dhewts														3,0%	
Lácteos Valdivia									2,6%	1,1%					
Loncoleche	19,5%	17,1%	17,1%	15,7%	14,8%	16,3%	17,4%								
Wall's								17,3%	18,2%	18,6%	18,7%	19,2%	18,7%	17,8%	
Surlat	7,3%	7,2%	7,7%	9,1%	11,9%	12,4%	8,4%	8,4%	9,2%	9,4%	10,5%	9,5%	8,7%	7,0%	-0,3%
Derona				2,3%	2,7%	3,8%	4,1%	3,6%	3,8%	3,7%	3,5%	3,5%	3,3%		
Quilayes	1,4%	1,3%	1,2%	1,1%	1,1%	1,3%	3,4%	3,6%	3,5%	2,3%	2,1%	2,0%	1,6%	1,7%	0,3%
Otros	23,6%	23,8%	22,1%	18,7%	17,7%	12,5%	12,0%	17,5%	8,8%	9,0%	10,4%	12,0%	12,1%	19,2%	-4,4%
Agrolácteos Cúncos	1,9%	2,2%	2,2%	2,0%	1,7%	1,0%									
Biolacche										0,5%	0,7%				
Cafra	2,6%														
Calán	5,8%														
Chilolac	3,2%	2,0%	1,0%	0,6%	0,6%	0,6%	0,7%	0,8%	1,1%	1,2%	1,4%	1,6%	1,7%	1,7%	-1,4%
Cumelen Mulpumo	7,6%	7,9%	8,4%	8,5%	9,2%	9,1%	9,9%	8,3%							
Granoble												0,9%	1,1%	0,2%	
Grupo Lactalis														9,3%	
Lácteos del Sur								2,4%	2,6%	2,8%	3,8%	4,0%	4,2%		
Lácteos Frutillar	0,0%	2,4%	3,3%	3,0%	2,6%	0,8%									
Lácteos Osorno														2,3%	
Lácteos Puerto Varas	2,5%	1,6%	0,0%	1,5%	2,4%	1,0%	1,4%	1,7%	1,3%						
Lácteos Valdivia								2,7%							
Lácteos Mulpumo									0,2%						
Valle Verde								3,6%	3,7%	4,0%	4,8%	5,4%	5,1%	5,7%	
Vialat		7,6%	7,1%	3,1%	1,3%										

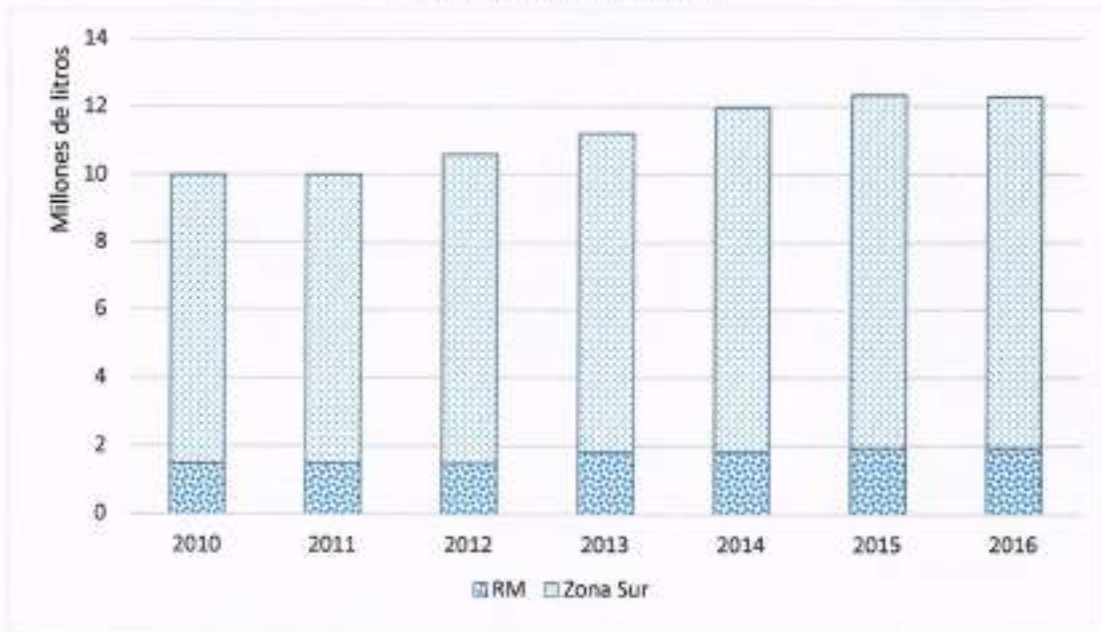
Fuente: Elaboración propia en base a datos de ODEPA.

(ii) Según capacidad instalada de procesamiento⁵⁹

54. La Zona Sur cuenta con una capacidad de procesamiento aproximadamente cinco veces superior a la de la Región Metropolitana, como se presenta en el gráfico que sigue a continuación:

⁵⁹ A la fecha de entrega de esta presentación presente informe, esta Fiscalía no contó con información verificada sobre las variaciones de capacidad instalada que podrían haberse producido en el año 2017, por lo cual esta sección contempla el análisis efectuado en el Informe de Archivo 2018.

Gráfico N°3
Capacidad total de recepción de leche cruda instalada en cada Mercado Relevante (litros/día)



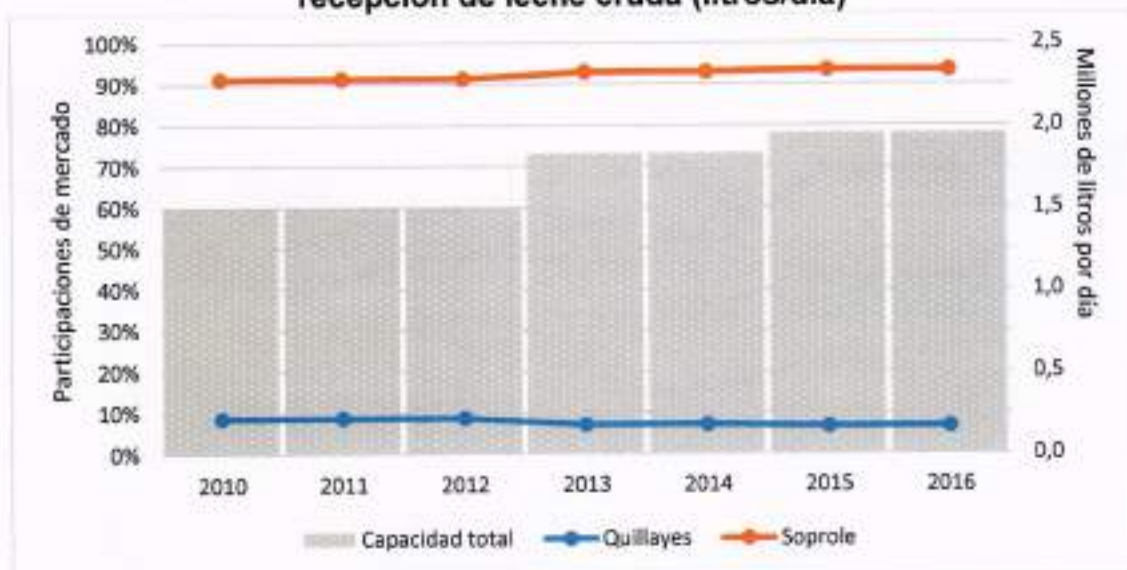
Fuente: Informe de Archivo 2018.

55. Como se observa, en ambas zonas se ha incrementado la capacidad instalada disponible, principalmente desde el 2012, lo que se describirá más adelante para cada mercado relevante. Esto contrasta con el estancamiento y disminución de volumen total de leche cruda producida.

Región Metropolitana

56. En el periodo de análisis, Soprole fue la empresa con mayor capacidad instalada, concentrando en promedio, el 92,2% de la misma.

Gráfico N°4
Participación de Mercado en la Región Metropolitana según capacidad de recepción de leche cruda (litros/día)

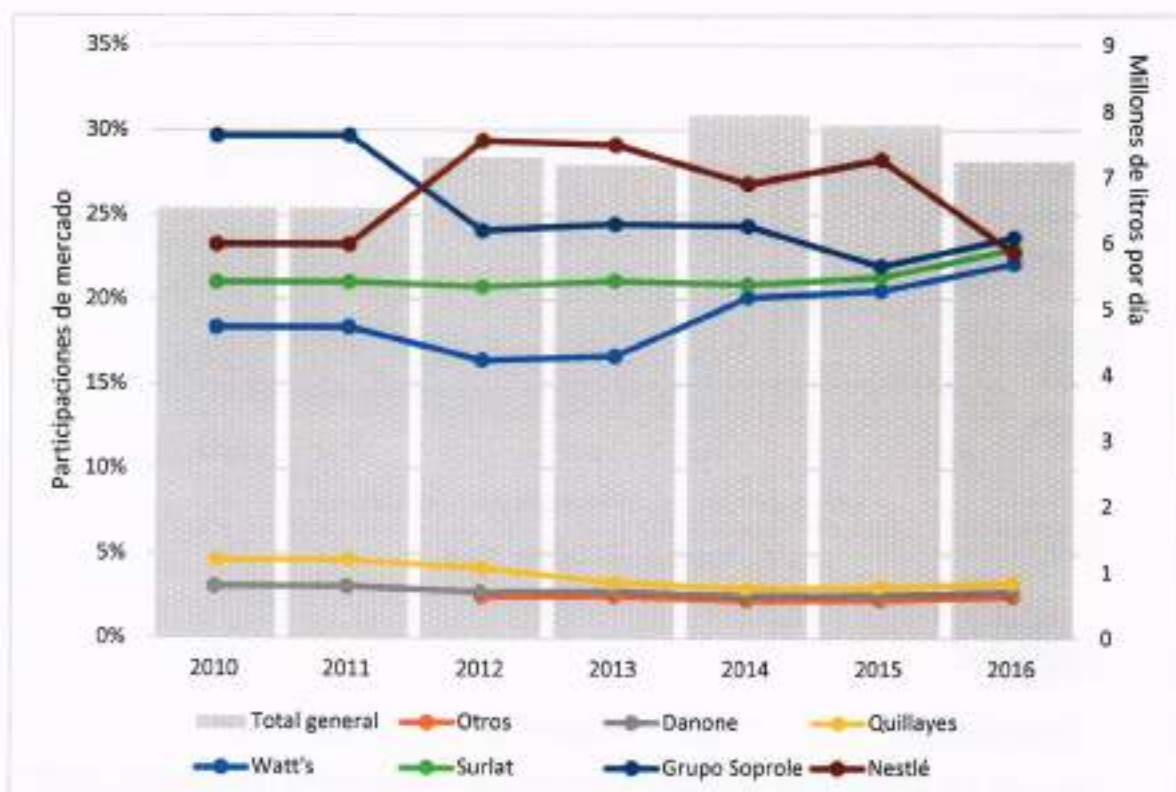


Fuente: Informe de Archivo 2018.

Zona Sur

57. A continuación, se presenta la evolución de la capacidad instalada en la Zona Sur de los principales actores del mercado, destacando que Nestlé, Watt's, Prolesur y Surlat, cuentan actualmente con capacidad muy similar, de alrededor de 1,6 millones de litros/día cada una. Ello, mientras que Colún ha incrementado su capacidad, con la singularidad de que su aprovisionamiento de leche cruda proviene de sus cooperados (integrados verticalmente), mientras las otras procesadoras compran a productores no relacionados.
58. Como se observa a continuación, lo anterior ha llevado a una convergencia en las participaciones de mercado de Nestlé, Watt's, Prolesur y Surlat, cercana al 22% cada una –estas participaciones no consideran a Colún por las razones ya indicadas-. En conjunto, estas cuatro empresas concentran el 90% de la capacidad de recepción en la Zona Sur. Las restantes empresas tienen porcentajes no relevantes en cuanto a capacidad instalada.

Gráfico N°5
Participación de Mercado en la Zona Sur según capacidad de recepción de
leche cruda (litros/día)



Fuente: Informe de Archivo 2018.

d. Barreras a la entrada para procesadores y movilidad de productores

59. Del análisis realizado por esta Fiscalía, cabe concluir que las condiciones de entrada para un procesador de productos lácteos son menos favorables en el caso de tratarse de una empresa multiproducto, con gran escala de producción. Ello, mientras que para empresas que destinan su producción a nichos de mercado, es decir, que se especializan en producir determinados bienes y con menor escala de producción (por ejemplo, queserías), las barreras a la entrada resultan menores, pero no dejan por ello de estar presentes.

60. En este sentido las barreras a la entrada más importantes son económicas, referentes al costo hundido de instalar una planta procesadora; legales, en cuanto a las normativas ambientales, sanitarias y de calidad que deben

cumplirse; condiciones relativas a la distribución y comercialización de productos lácteos en el mercado nacional, sumándose a ello, la generación de una marca reconocida.

61. Asimismo, tal como se estableció en el Informe de Archivo 2018, algunos de los incumbentes tienen capacidad de procesamiento excedentaria, incluso en épocas de máximo uso, lo que constituye una variable estratégica relevante que inhibe una posible entrada exitosa de un nuevo competidor.
62. En efecto, según el citado Informe, entre 2010 y 2016 se ha observado cierto dinamismo de la capacidad instalada, tanto por el cese de operaciones de algunas plantas, transferencias de algunas de ellas e inversión en aumentos de capacidad en otras. Al respecto, se ha visto un incremento de capacidad instalada, con holguras significativas, a pesar de la disminución de la producción de leche cruda y las bajas del precio al productor entre los años 2013 y 2016. En efecto, las procesadoras realizaron inversiones en ampliación de su capacidad de recepción y producción de lácteos, incrementando las holguras con que ya operaban, a un promedio de ocupación máxima inferior al 70%.
63. En el período de análisis, para la Región Metropolitana, Soprole aumentó su capacidad instalada pasando de 1,4 millones de litros diarios en el año 2010, a 1,8 millones de litros diarios en el 2015, es decir, un incremento del 34%. De los antecedentes recabados, se puede indicar que, tanto la planta de Soprole, como la de Quillayes, cuentan con al menos un 40% de holgura de capacidad, sin embargo, la capacidad instalada de la primera es 10 veces superior a la capacidad de Quillayes.
64. En relación a la Zona Sur, los cambios en la capacidad instalada de las plantas han sido más frecuentes, pues en enero de 2013 Quillayes cerró su planta ubicada en Futrono, Región de los Ríos, disminuyendo su capacidad instalada en un 22%. Por su parte, Prolesur cesó la operación de la planta ubicada en Temuco, Región de La Araucanía, en agosto de 2014, y por otra

parte incrementó -el mismo año- la capacidad de la planta de Osorno (Región de Los Lagos), con una disminución neta de su capacidad total en 2,81% entre 2010 y 2016.

65. Soprole por su parte, cesó operaciones en la planta ubicada en Los Ángeles en agosto de 2011, planta que arrendaba a la empresa Bioleche, la cual en el año 2015 firmó acuerdo con la compañía Granarolo para operar en Chile⁶⁰.
66. Por otra parte, Nestlé aumentó la capacidad de su planta ubicada en Llanquihue, Región de Los Lagos, durante 2012 y 2015, e inició en mayo del año 2012 las operaciones de la planta Cancura, ubicada en la misma región. La planta de Cancura habría recibido la demanda que se derivó del cierre de la planta Osorno en marzo de 2015. Adicionalmente, la empresa incrementó gradualmente la capacidad de la planta en Los Ángeles, Región del Biobío. Con estas variaciones, la capacidad neta de Nestlé aumentó en un 8,35% en el periodo analizado, de 2010 a 2016.
67. A su vez, en el año 2013, Colún abrió una nueva planta en la Región de Los Ríos, Columela, y aumentó su capacidad en 2015. Asimismo, en 2016, inició la operación de la planta Los Tambores en esa misma región y, con ello, la empresa incrementó su capacidad en un 66%, respecto del año 2010. Por último, las empresas Watt's y Surlat incrementaron su capacidad instalada en 33% y 21% respectivamente, entre 2010 y 2016.
68. En cuanto a la utilización de la capacidad instalada, en la Región del Biobío, Nestlé y Watt's (con la planta de la ex Danone) mantienen niveles de promedio anual superiores al [60-80]%. Por el contrario, en la Región de La Araucanía, tanto Prolesur como Surlat cuentan con capacidad ociosa. En el caso particular de Prolesur, la capacidad utilizada incluso ha decrecido

⁶⁰ Con todo, cabe señalar que, a la fecha, Granarolo no produce en forma directa lácteos en Chile, habiendo disminuido y finalmente cesado sus reportes de recepción de leche cruda según los boletines de leche de ODEPA. De ello se puede desprender que actualmente esta empresa importa productos lácteos o compra de otras procesadoras.

considerablemente en el tiempo⁶¹, tanto así que la empresa dejó de utilizar la planta de Temuco para la recepción de leche a partir de septiembre de 2014. Surlat, en tanto, en la Región de La Araucanía, mantuvo -en promedio- un bajo nivel de utilización de la planta receptora Loncoche, donde también mantuvo la capacidad instalada, y en 2016 bajó el nivel de utilización de la planta Pitrufquén, planta en la que en 2014 había aumentado su capacidad.

69. Por su parte, en la Región de Los Ríos se observa una mayor utilización de la capacidad instalada, que se ha incrementado en el tiempo, en particular para las plantas PILU de Colún⁶² y Los Lagos de Prolesur⁶³. Cabe recordar que en enero de 2013 Colún inició operaciones en su segunda planta, denominada Columela, que rápidamente alcanzó altos niveles de uso.
70. Finalmente, en la Región de los Lagos se observa una clara diferencia de los niveles de operación entre las empresas ya que, mientras Prolesur estaría operando al tope de su capacidad, Watt's cuenta con mayor capacidad ociosa y Nestlé se encontraría en un punto intermedio.
71. Respecto de la suficiencia en la entrada para una nueva planta, ésta estaría relacionada a la capacidad que tenga el nuevo entrante de captar productores y de comprar la leche a un precio competitivo con respecto a sus rivales y, de esta manera, poder fabricar leche para productos de consumo interno o bien para exportación.
72. En relación con ello, cabe recordar que en la investigación de que dio cuenta el Informe de Archivo 2018, se verificó una escasa movilidad de productores entre procesadoras. En este sentido, considerando todos los productores que entregaron leche entre el período 2010 y 2015, sobre el 90% de los mismos

⁶¹ En el año 2010 la utilización promedio de la planta fue de un [60-80]%, mientras que en el año 2014 de un [20-30]%

⁶² La utilización de la planta PILU de Colún fue para el año 2010 de un [40-60]% en promedio, mientras que para el año 2015 fue de un [70-80]%

⁶³ En el año 2010 esta planta presentó una utilización promedio del [40-60]%, la cual subió a un [60-80]% en el año 2015.

no se cambió de procesadora, cifra que podía verse reflejada en la cantidad de productores exclusivos con que contaba cada una de éstas.

Tabla N°4
Productores “exclusivos” por empresa (2010 – 2015)

Empresas	Total proveedores	Productores exclusivos	Obligación entrega 100% producción
Total sin Colún	2.415	[85-95]%	---
Total con Colún	3.041	[90-100]%	---
Colún	646	[90-100]%	No
Nestlé	1.281	[85-95]%	Sí
Prolesur/Soprole	704	[75-85]%	No
Watt's	325	[75-85]%	Sí
Surlat	147	[65-75]%	Sí
Quillayes	63	[55-65]%	Sí
Danone	98	[55-65]%	No

Fuente: Informe de Archivo 2018.

73. El análisis de los reportes de movimiento de los productores de Nestlé, Soprole, Surlat y Watt's (que a partir de inicios de 2017, incluye la ex empresa Danone, hoy Diwatt's)⁶⁴ para el período comprendido entre enero de 2016 y mayo de 2018, muestra que la tasa de salida de productores hacia la competencia –ya sea hacia otras procesadoras como las obligadas a publicar pautas de pago o queseras- es menor al 10%, manteniéndose el resultado expuesto en el Informe de Archivo 2018.
74. Sin embargo, de la información solicitada a los principales procesadores sobre los productores que les entregaron leche cruda en alguna oportunidad en el período comprendido entre enero de 2017 y mayo de 2018, se observa un mayor ingreso de productores hacia estas empresas, en particular hacia Surlat y Watt's, teniendo, como resultado, un ingreso neto de productores, tal

⁶⁴ En efectos, a finales de 2016 (septiembre en adelante), Watt's anunció la compra de la empresa Danone. El traspaso de activos y control de Watt's se concretó a inicios de 2017, pasando la ex Danone a denominarse "Diwatt's". Al respecto: <http://www2.latercera.com/noticia/watts-concreta-compra-activos-danone-chile-us21-millones/> [Última visita: 31 de julio de 2018].

como se muestra en la tabla que sigue. Este mayor movimiento de productores entre procesadoras habría sido propiciado por la baja en los precios de compra efectuada por las empresas Prolesur y Watt's⁶⁵ y la no recepción de leche a partir de enero de 2017 de la empresa Granarolo.

Tabla N°5
Porcentaje de productores/lecherías⁶⁶ que ingresaron y salieron desde y hacia la competencia

	Nestlé	Prolesur	Soprole	Surlat	Diwatt's	Watt's
Ingreso desde la competencia	[5-15]%	[5-15]%	[10-20]%	[30-40]%	[65-75]%	[45-55]%
Salida a la competencia	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas en investigación Rol N° 2502-18 FNE.

75. Por otra parte, a mayo de 2018, un 40% de las lecherías se encontraban fidelizadas mediante contratos, con plazos comprendidos entre 12 y 36 meses, y gran parte de ellos con obligación de exclusividad, esto es, entregar el 100% de su producción a la procesadora cocontratante⁶⁹. Las lecherías con contratos firmados aumentaron considerablemente desde el mes de febrero de 2016, donde alcanzaban sólo el 18,9%⁷⁰. En este sentido, las empresas Nestlé, Quillayes y Soprole fueron las que presentan un mayor incremento de contratos, mientras que empresas como Surlat y Watt's

⁶⁵ Al respecto: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-los-rios/2018/03/08/duro-golpe-para-la-industria-lechera-watts-se-suma-a-prolesur-en-baja-de-pago-por-litro.shtml> [Última visita: 31 de julio de 2018].

⁶⁶ Se considera el número de lecherías ya que, bajo el dato de RUT, por ejemplo, en el caso de una asociación o grupo comercial de productores, pueden encontrarse una serie de lecherías.

⁶⁷ En el caso de la empresa Diwatt's, de conformidad a los antecedentes proporcionados por ésta, se observa que más del 60% del total de productores que ingresaron a la misma, provinieron desde empresas que no están obligadas a publicar pautas.

⁶⁸ En el caso de la empresa Watt's, de conformidad a los antecedentes proporcionados por ésta, se observa que el mayor porcentaje de productores que ingresaron provinieron de empresas obligadas a publicar pautas.

⁶⁹ Asociados a los contratos se encuentran los denominados "bonos por fidelidad" o "bonificación por entrega programada", que corresponden a un pago adicional, en \$/lt., por sobre el fijado en las correspondientes pautas de pago, dependiendo de la duración pactada del contrato, volúmenes mensuales programados. El pago de estos bonos está estructurado de forma tal que desincentiva el término anticipado del contrato, ya sea estableciendo que serán liquidados por año vencido, limitaciones a los adelantos que puede solicitar, o incluso su devolución completa. Asimismo, se identificó la existencia de préstamos financieros, "programas de fidelización" y cláusulas contractuales que imponen costos de cambio.

⁷⁰ Según análisis efectuado en la investigación Rol N° 1966-11 FNE.

históricamente han mantenido una alta tasa de suscripción de los mismos, alcanzando cifras en torno al 80% del total de contratos existentes. En adición a ello, cabe agregar que un 7% de los productores si bien no mantienen contratos, sí tienen préstamos o anticipos recibidos de parte de las procesadoras, cuya duración es de entre uno y tres años.

76. Ahondando en este análisis, cabe observar, en definitiva, que no existe gran movilidad de productores, a pesar de las diferencias de precios de compra de leche persistentes en el tiempo. Si bien en el Informe de Archivo 2018 se concluyó que no se identificaban factores que pudieran atribuirse, de modo directo, a restricciones impuestas por las procesadoras, la nueva información recabada para la presente investigación Rol N° 2502-18 FNE, lleva a matizar dicha aseveración, particularmente, dado el aumento en la tasa de contratos celebrados. En este sentido, si bien las cláusulas de salida de dichos contratos no aparecen como manifiestamente desproporcionadas en lo concerniente a impedir la movilidad de productores, sí se observan otras prácticas asociadas a la contratación que terminan produciendo ese efecto.
77. En relación a la suscripción de contratos, la oportunidad del inicio y término del contrato tiene crucial relevancia al momento de evaluar la libre entrada y salida de productores. En efecto, no es lo mismo que termine un contrato –y, por ende, se genere la instancia para negociar la venta de leche a un nuevo procesador- en temporada primavera-verano, de plena producción, donde todas las procesadoras debieran estar con su capacidad de procesamiento en plena capacidad, que terminar el contrato en temporada otoño-invierno, donde dichas circunstancias son las opuestas.
78. Por lo tanto, en vistas de ello, cabría entender que la condición más ventajosa para los productores es que el contrato termine antes de la llegada de la temporada de plena producción (septiembre a marzo)⁷¹, pues, en ella, estará

⁷¹ La plena producción estaría dada por aquellos meses comprendidos entre septiembre a marzo, lo que se reflejaría en que el bono de invierno que incluyen muchas de las pautas de pago comprende entre los meses de abril y agosto, aquellos en que los costos de producción son mayores. Sin

en mejor posición para poder negociar el eventual cambio a otro procesador. Sin embargo, del análisis efectuado por esta Fiscalía de los contratos existentes, se extrae que la mayoría de estos tienen fechas de término que coinciden con los *peaks* de producción lechera.

Tabla N°6
Distribución de las épocas de término de contratos

	Nestlé	Watt's	Soprole	Prolesur	Surlat ⁷²
Época buena (marzo a julio)	[5-15]%	[35-45]%	[15-25]%	[10-20]%	[80-90]%
Época mala (agosto a febrero)	[85-95]%	[55-65]%	[75-85]%	[80-90]%	[10-20]%

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas con ocasión de la investigación Rol N° 2502-18.

79. En definitiva, si bien se observa en el último período un cierto aumento la movilidad de productores (lo que podría explicarse por las reducciones de precios y salida del mercado de recepción de leche cruda de parte de ciertas procesadoras como Granarolo), también ha aumentado la firma de contratos, los cuales, en su mayoría, terminan en épocas que dificultan el cambio de productores entre procesadoras. Esta situación no se observaba en el Informe de Archivo 2018, donde no se tuvieron a la vista los contratos del año 2017, concluyéndose, con dicha información, que no se identificaban factores relacionados con restricciones impuestas por los procesadores en la baja movilidad de productores.
80. En cuanto a las barreras legales que pudieran existir respecto a la entrada de una empresa como procesadora de productos lácteos, esto es, para la recolección, recepción y procesamiento de la leche cruda, se consideran como factores que limitan el ingreso en el corto plazo, la tramitación de permisos sanitarios y ambientales⁷³. Dicho factor constituye una limitación significativa a la presión de potenciales entrantes, por cuanto la construcción

embargo, para fines de análisis, esta Fiscalía consideró el mes de agosto como un mes que igualmente generaría dificultades para la movilidad de productores, en atención a la cercanía que tiene con el comienzo de la temporada de alta producción.

⁷² Si bien no se tiene información específica para todos los productores con contrato de Surlat, aun incorporando éstos en el escenario de término de "época mala", se observa que la mayoría de los contratos termina en "época buena", por lo que la distribución expresada en la tabla no se altera.

⁷³ Las plantas procesadoras requieren de autorizaciones ambientales -mediante su ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental- cuyo tiempo de tramitación supera los 20 meses.

y puesta en servicio de una nueva planta es observable con suficiente antelación por los incumbentes como para reaccionar. Por ello, no se puede calificar como una entrada "oportuna".

81. En este contexto, en general, cabe observar que el último ingreso exitoso de un competidor con escala de producción relevante en este mercado, corresponde al caso de Surlat, la cual se incorpora como procesadora el año 2000, sin que en todo este período se haya verificado el ingreso exitoso de un nuevo competidor adicional ni el crecimiento significativo de algún procesador menor. Por el contrario, sólo se ha observado la salida de competidores pequeños, su sustitución por otros equivalentes (lo que no constituye una entrada neta), y operaciones de concentración que han reducido el número de competidores equivalentes, incluida la de empresas relacionadas a grupos lecheros mundiales (v.gr. Parmalat y Danone) que no han logrado mantenerse y han sido adquiridos por incumbentes⁷⁴.
82. En conclusión, si bien no existen barreras absolutas al ingreso de nuevos competidores, las condiciones de entrada son desfavorables para que ese ingreso sea viable, suficiente y oportuno.

e. Las condiciones de mercado actuales han empeorado desde el 2004

83. Al respecto, recordando las condiciones de mercado imperantes al dictarse la Sentencia N° 7, esta Fiscalía considera que, en general, las mismas no sólo se mantienen, sino que, en varios aspectos, han tendido a empeorar.
84. En efecto, tal como se observó en el Informe de Archivo 2018, las características de mercado se han mantenido en relación con la alta atomización de productores, la alta concentración en el segmento de procesadores con posición dominante individual para la empresa Soprole en

⁷⁴ Esto a pesar del ingreso de empresas multinacionales tales como Granarolo y Grupo Lactalis, las que, sin embargo, han logrado una muy baja participación de mercado en recepción de leche y, de hecho, en el caso de la primera, ha dejado de ser receptora de leche cruda.

el mercado geográfico de la Región Metropolitana, y conjunta para el mercado geográfico relevante de la Zona Sur⁷⁵. Asimismo, en el último tiempo, ha aumentado la firma de contratos, cuyas prácticas asociadas – algunas de las cuales se han mencionado precedentemente- podrían restringir la movilidad de los productores.

- 85. En primer lugar, se estableció una interdependencia⁷⁶ entre las procesadoras por la compra de leche cruda que determina que los productores enfrenten un mercado con pocas alternativas de compra y con escasos incentivos a la rivalidad en la captación de productores de leche cruda,.
- 86. En segundo lugar, se verificó un descenso en el traspaso de los movimientos de precios internacionales⁷⁷ al precio de compra de leche cruda de un 70%-80% para el período 2003 a 2012, a un 30%-40% para el período 2007 a 2016, el cual además no solo se comportó de forma asimétrica, al traspasarse más las bajas de precios internacionales que las alzas; sino, también, traspasándose las bajas en precios a factores relacionados con el volumen de producción -precio base, principalmente y el cual incide en más del 50% del precio total-, mientras que las alzas a través de factores relacionados con la calidad, principalmente el pago por sólidos -proteína y materia grasa-, los cuales tienen baja relevancia respecto del precio total- generando un "descreme" en favor de los productores más eficientes. Estas políticas de ajuste determinaron que los precios pagados a los productores sufrieron una

⁷⁵ La posición dominante colectiva en el mercado geográfico de la Zona Sur fue verificada en el Informe de Archivo 2018, mediante el cumplimiento de los criterios considerados como necesarios y suficientes por la teoría económica y la jurisprudencia para determinar su existencia: (i) los agentes económicos tienen incentivos individuales e independientes para incurrir en una forma común de conducta; (ii) todos los miembros del oligopolio dominante pueden conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción; (iii) la situación de coordinación tácita es estable y se mantiene en el tiempo, pues existen incentivos a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado; y (iv) otros competidores, actuales y potenciales, los consumidores (o proveedores, en este caso), no tienen capacidad para desestabilizar el actuar coordinado.

⁷⁶ Del análisis efectuado sobre las pautas de pago en el Informe de Archivo 2018, se estableció que no existió un claro comportamiento líder-seguidor sino que, por el contrario, cualquier movimiento publicado en una pauta de precios –iniciado por cualquiera de las empresas- rápidamente fue respondido por las otras empresas que operan en la zona, variando sólo la magnitud de la reacción.

⁷⁷ En la referida investigación se realizaron diversos análisis econométricos de causalidad mediante los cuales se verificó que la variable relevante a considerar en el análisis de traspasos era el precio internacional de Oceanía de leche descremada en polvo.

baja mayor -ante bajas del precio internacional- al incremento logrado en períodos de aumento del precio externo.

87. Lo anterior ha generado un descenso en el volumen de leche recibida, la salida de productores de menor eficiencia y calidad, o sin la capacidad de invertir (en genética y alimentación), ni soportar menores márgenes por el plazo necesario para captar el rendimiento de las inversiones.
88. Por otra parte, se observan altos niveles de concentración y estabilidad en las participaciones de mercado respecto de los productos finales, con principales actores en cada uno de ellos (Soprole y Colún en la leche UHT y queso gouda; Nestlé en leche en polvo), y también a nivel de comercialización minorista, con la posibilidad de ejercicio de poder de mercado en ese segmento⁷⁸.
89. En relación a la evolución de la venta total de productos finales, es decir, mercado interno más exportación, la participación de las empresas Watt's y Nestlé ha aumentado para el año 2017, en comparación con la que presentaban el año 2010, pasando en el caso de Nestlé de un 19,5% a un 23%; y en el de Watt's de un 8,7% a un 11,7%. Por su parte, la participación de las restantes procesadoras experimentó un descenso para el año 2017, en comparación con los porcentajes que presentaban en el 2010.

⁷⁸ Cabe señalar que el Informe de Archivo 2018 no abarcó la determinación de los márgenes del *retail*, considerando que el foco del análisis producto de las denuncias recibidas se centraron en la relación entre productores y procesadores.

Gráfico N° 6 Evolución de la participación de mercado en la venta de productos finales tanto en el mercado interno como en el de exportación



Considera solo la venta de las siguientes procesadoras: Colún, Nestlé, Soprole (incluye Prolesur). Surlat y Watt's (incluye Diwatt's).
 Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas con ocasión de las investigaciones Roles N° 1966-11; 2415-16 y 2502-18.

90. Como da cuenta el gráfico que a continuación se presenta, las variaciones en las participaciones en relación a la venta de productos finales en el mercado interno, fueron algo más acentuadas en el caso de las empresas Colún y Watt's, en donde la primera experimentó un descenso de un 3,5% de participación entre los años 2010 y 2017, y la segunda un aumento de un 4,7% para dichos años. El resto de las procesadoras, presentaron variaciones positivas en sus participaciones de mercado.

Gráfico N° 7 Evolución de la participación de mercado en la venta de productos finales en el mercado interno



Considera solo la venta de las siguientes procesadoras: Colún, Nestlé, Soprole (incluye Prolesur). Surlat y Watt's (incluye Diwatt's).
 Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas con ocasión de las investigaciones Roles N° 1966-11; 2415-16 y 2502-18

100. Finalmente, no se puede establecer una relación de causalidad directa entre la obligatoriedad de publicar pautas de pago con variaciones en la participación en el mercado de recepción de leche cruda. En efecto, existe una gran cantidad de factores que pueden explicar dichas variaciones, no pudiendo descartarse decisiones estratégicas de los actores⁷⁹, tales como cierre de plantas y/o la sustitución en parte de sus compras de leche cruda con la importación de productos lácteos⁸⁰⁻⁸¹.

III. RIESGOS Y EFECTOS DE LA PUBLICACIÓN DE PAUTAS DE PRECIOS

a. Consideraciones generales sobre transparencia de precios⁸²

91. Si bien la transparencia de precios puede, dependiendo de las circunstancias y características de los mercados, generar eficiencias, también permite a las empresas monitorear las acciones de sus rivales y, potencialmente, facilitar la coordinación.

⁷⁹ En este sentido, en se indica que "Si bien Colún mantiene un alza, la planta de Los Lagos de Prolesur presenta una baja importante en su recepción a raíz de una salida de productores ante el anuncio de la baja de precio que hizo esta empresa, la cual se hizo efectiva a partir del 16 de marzo del presente año (...). La Región de Los Lagos, exhibe una baja en su recepción el mes de abril con una cifra de 5,9% en relación a abril de 2017. Entre los factores que explican esta caída está: un cambio de los productores a otras plantas por la baja de precios anunciadas por Watt's y Prolesur, además de decisiones comerciales de las empresas de no aumentar su volumen recepcionado, menor incentivo de los productores a aumentar su producción a raíz de la caída en los precios y aumento de importaciones, a lo que se añade el alza de los costos de producción". ODEPA, Boletín de la leche: producción, recepción, precios y comercio exterior, p. 5 disponible en: <https://www.odepa.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe-lacteo-jun-2018.pdf>

⁸⁰ De acuerdo a los antecedentes entregados por la empresa Watt's a esta Fiscalía, las importaciones realizadas por esta empresa el año 2017 fueron superiores en más de un 150% a las efectuadas en el 2016. Dichas importaciones incluían entre otros, leche en polvo, producto a partir del cual se pueden elaborar ciertos productos, como ser yogures.

⁸¹ Así también, al observar la evolución de la participación de mercado de Watt's en la venta total de productos finales, se tiene que dicha empresa experimentó un aumento, pasando de un 8,7% el año 2010, a un 11,7% el año 2017. Este aumento de participación es aún mayor cuando se considera solamente las ventas de productos finales efectuadas en el mercado interno, donde Watt's pasó de un 8,6% para el año 2010, a un 13,3% en el año 2017. Cabe señalar que esta participación se calculó en base a la información de venta de productos finales remitida a esta Fiscalía por las siguientes procesadoras: Colún, Nestlé, Soprole (incluye Prolesur), Surlat y Watt's (incluye Diwatt's).

⁸² Véase OECD, "Price Transparency", 2001. En: <http://www.oecd.org/competition/abuse/2535975.pdf> [Última visita: 31 de julio de 2018]; MOTTA, Massimo, "Política de competencia: teoría y práctica", Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica (2018), pp. 191-199; y LUCO, Fernando, "Who Benefits from Information Disclosure? The Case of Retail Gasoline (2017).

92. En efecto, los anuncios públicos de precios pueden entregar información relevante y con valor de compromiso a los consumidores, permitiéndoles obtener y comparar más fácilmente información entre competidores, al disminuir sus costos de búsqueda, y encontrar así la mejor oferta posible. Así también, pueden implicar que los consumidores entiendan cómo se fijan los precios y estar al tanto de una eventual discriminación de los mismos.
93. Desde el punto de vista del consumidor, y por ende desde la competencia, una política de transparencia de precios tendrá más probabilidad de ser beneficiosa cuando la misma mejore su posición frente a las empresas, donde esta mejora dependerá de su habilidad relativa para reaccionar oportunamente ante los cambios que presenten los precios.
94. Por lo tanto, un punto importante de análisis al momento de evaluar los efectos de una política de transparencia pública de precios, es ver si la misma intensifica la competencia o facilita la coordinación, lo cual depende fundamentalmente de quién usa la información recientemente divulgada. Esto es especialmente relevante en mercados concentrados y con condiciones que pueden facilitar un paralelismo consciente o un comportamiento coordinado⁸³.
95. En este tipo de mercados, los efectos de una transparencia de precios o de un aumento de la misma deben de ser evaluados considerando el cómo y cuándo empresas y consumidores aprenden sobre los precios y sus habilidades relativas para reaccionar a los cambios de éstos, toda vez que en este tipo de mercados surgirá necesariamente la tensión entre el riesgo de coordinación horizontal y el riesgo de explotación o discriminación, basada en la asimetría de información.
94. Existen varios ejemplos sobre la exigencia de una transparencia de precios por parte de las autoridades, como políticas destinadas a permitir que los consumidores puedan comparar precios. Algunos ejemplos incluyen

⁸³ Mercados con alto nivel de concentración, altas barreras a la entrada, empresas de similar tamaño, ausencia de empresas *maverick*, entre otras características, presentan riesgos de coordinación.

mercados como el concreto premezclado en Dinamarca y la venta minorista de gasolina en Chile. Si bien Luco (2017) señala la existencia de resultados empíricos mixtos en cuanto a efectos positivos o negativos, en los casos particulares antes citados, se evidenciaron disminuciones en la intensidad de la competencia y aumentos de precios y/o márgenes.

95. En específico, en relación al sector lácteo, en la experiencia comparada se ha visto la implementación de una serie de políticas y recomendaciones, tanto destinadas a promover la competencia en el sector, como del monitoreo y protección a los productores. Dentro de las medidas que se han sugerido e implementado en algunos casos, está la mejora de la información disponible para los productores.
96. Por ejemplo, el código voluntario de conducta que estableció el Reino Unido inspirado en el "Paquete Lácteo"⁸⁴ de la Unión Europea, que establece las condiciones mínimas de buenas prácticas para los contratos firmados entre procesadoras y productores de leche, señala que los contratos deben incluir información sobre los mecanismos de fijación de precios y las variaciones de éstos⁸⁵.
97. Otro país que ha recomendado implementar medidas de transparencia es Australia. En efecto, a raíz de la investigación realizada por la agencia australiana de competencia, la "*Australian Competition and Consumer Commission*" ("**ACCC**"), la cual finalizó en abril de 2018⁸⁶, se observó la poca transparencia de los precios de compra, con una visión limitada por parte de los productores de cómo éstos se fijan, siendo, además, complicados y de

⁸⁴ La Unión Europea introdujo en 2012, para sus estados miembros, un programa denominado "Paquete Lácteo", con el objetivo de mejorar la transparencia, el equilibrio y la estabilidad en la cadena de suministro lácteo, consistente entre otras en las siguientes medidas: (i) Posibilidad de establecer la obligatoriedad de firmar contratos para las compras de leche. (ii) Existencia de organizaciones de productores y sus asociaciones. (iii) Negociación colectiva.

⁸⁵ Según señala el documento UK Dairy Industry- *Current issues and challenges* de abril de 2016. En: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7564/CBP-7564.pdf> [Última visita: 31 de julio de 2018].

⁸⁶ En: https://www.accc.gov.au/system/files/1395_Dairy%20inquiry%20final%20report.pdf [Última visita: 31 de julio de 2018].

difícil interpretación⁸⁷. Por ello recomendó medidas para lograr un mayor nivel de transparencia, con el fin de que los productores pudieran entender si los precios ofrecidos eran mínimos razonables y facilitar su comparabilidad⁸⁸.

98. Cabe señalar también, que el gobierno australiano anunció un paquete de apoyo específico a los productores lácteos afectados por la disminución de precios realizada por los dos procesadores lácteos más importantes de Australia⁸⁹. Dentro de las medidas implementadas, se consideró la creación de un índice de precios de los productos básicos recibidos por las empresas procesadoras australianas para las exportaciones de queso, mantequilla y leches en polvo descremada y entera⁹⁰.

99. En suma, cabe apreciar que, dadas las condiciones estructurales de los mercados lácteos de diversos países, en los que una atomizada oferta de productores de leche cruda se enfrenta a una concentrada capacidad de recepción y procesamiento de ésta, que tiene la habilidad de ejercer su poder de mercado, las medidas de transparencia han sido recomendadas como un paliativo destinado a limitar dicho desequilibrio. En este sentido, podría decirse que las medidas de la Sentencia N° 7 fueron pioneras, adelantándose al análisis que efectuarían otras jurisdicciones en relación a este mercado.

b. La publicación de las pautas de pago favorece la interdependencia entre procesadoras y reduce la intensidad competitiva

100. Siguiendo el Informe de Archivo 2018, a continuación se presenta el análisis de esta Fiscalía en relación con el rol que juega la publicación anticipada de pautas de precios como facilitador de coordinación entre competidores, y el efecto de interdependencia que han generado entre las empresas

⁸⁷ Esto por la presencia de un precio de compra que combina pagos estacionales, incentivos, penalizaciones y otros, por lo cual, dada la cantidad de componentes, resulta difícil para el productor comparar precios entre diferentes procesadores.

⁸⁸ La ACCC consideró como no deseable que los procesadores divulguen públicamente cómo se determinan sus precios, pero, debido a la posición comercial vulnerable en la que se encuentran muchos productores al basarse en los precios para la toma de decisiones, una mayor transparencia era en todo caso beneficiosa.

⁸⁹ Mayor información disponible en: <http://www.agriculture.gov.au/ag-farm-food/drought/assistance/dairy-support-package> [Última visita: 31 de julio de 2018].

⁹⁰ La información del índice de precios se encuentra disponible en: <http://www.agriculture.gov.au/milkpriceindex> [Última visita: 31 de julio de 2018].

compradoras de leche cruda, reduciendo la intensidad competitiva entre éstas al punto que pueden generar resultados equivalentes a los de una colusión

101. Lo anterior es posible dado que este mecanismo de publicidad les permite efectuar un anuncio anticipado de la intención de modificar o no los precios y "escuchar" los anuncios de sus competidores en el mismo sentido, con tiempo suficiente para reaccionar y ajustar su estrategia en forma acorde a ese intercambio de información. Es decir, en base a las obligaciones de la Sentencia N° 7, se hace pública información sobre movimientos futuros de precios.
102. En primer lugar, del análisis de las pautas de pago efectuado se observó que no existía un claro comportamiento líder-seguidor, sino que, por el contrario, cualquier movimiento publicado en una pauta de precio –iniciado por cualquiera de las empresas- era rápidamente respondido por otras procesadoras que operan en la zona, variando sólo la magnitud de la reacción.
103. En segundo lugar, se verificó que la estructura de mercado con pautas de precio, ha derivado en una reducción del traspaso de las rentas obtenidas en la comercialización de productos lácteos a los productores lecheros, siendo éste además asimétrico, en el sentido de que las variaciones al alza del precio internacional se traspasaron en menor proporción que los descensos del precio internacional.
104. A mayor abundamiento, en dicha investigación se observó que la caída en la tasa de traspaso en el período 2004-2006 podría haber estado asociada a la obligación de publicar las pautas de pago, implementadas en dicha época, en comparación con el período 2003-2005. Un segundo ciclo de caída de la tasa de traspaso se observa en los periodos 2009-2011 a 2012-2014, cayendo hasta cerca de un 10%, mientras que el precio internacional evolucionada al alza en el mismo periodo.

Gráfico N° 8
Evolución tasa de traspaso y precio promedio internacional de Oceanía de Leche Descremada en Polvo, en periodos de 3 años



Fuente: Informe de Archivo 2018.

105. Este monitoreo de información pública no sólo se refiere a los precios publicados mediante las pautas, sino que es complementado con otras variables de la oferta, pues los boletines mensuales de ODEPA proporcionan información detallada sobre la evolución de la industria, lo que permite monitorear los volúmenes de compra y producción de cada empresa, precios promedio efectivamente pagados, entre otras variables relevantes. Así también son visibles las futuras inversiones en capacidad, fácilmente identificables en la etapa de solicitud de permisos ambientales y sectoriales, como también por anuncios en la prensa.
106. A esto se agrega que, como se estableció en el Informe de Archivo 2018, ninguna otra procesadora cuenta en la actualidad con capacidad para afectar de forma relevante el equilibrio existente, por al menos dos motivos. En primer término, porque podrían ofrecer mejores precios sólo hasta completar su capacidad de recepción y procesamiento, la cual es relativamente menor en comparación con las empresas Soprole, Nestlé y Watt's. En segundo lugar, porque están limitadas en el segmento siguiente de distribución y comercialización de productos lácteos, tanto en el mercado interno como en

la exportación, pues estas mismas empresas disponen de volúmenes relevantes de producción con costos más bajos en el principal insumo.

107. Por otra parte, la atomización de los productores lecheros reduce el poder de negociación frente a las procesadoras, con un alto costo de organización para hacer frente a una disminución de los precios de compra de leche cruda. Tanto así, que precisamente este punto ha sido el centro de la discusión y análisis en sede de libre competencia por más de 20 años, sin que su situación haya mejorado.
 108. Asimismo, se descarta que Colún ejerza una presión competitiva suficiente para desestabilizar la interdependencia referida, favorecida por la publicación de pautas de precios. En primer término, como se ha señalado, esta empresa es una cooperativa verticalmente integrada, por lo que no compra leche, sino más bien, recibe la misma, proveniente de sus asociados. Por ello, no compete en la recepción de leche, al menos en el corto plazo, pues el proceso de admisión de nuevos asociados requiere de al menos un año.
 109. Finalmente, en cuanto a la competencia potencial, la amenaza de entrada de nuevos actores se ve restringida, precisamente, por el conocimiento público de que las incumbentes cuentan con capacidad ociosa, suficiente para responder agresivamente a un entrante, y la baja disposición de cambio -movilidad- que se observa en los productores, dificultando que pueda asegurar un suministro mínimo de leche cruda.
- c. La publicación de las pautas de pago no ha evitado la discriminación de precios entre productores lecheros**
110. Las medidas adoptadas por el H. Tribunal en la Sentencia N° 7, en particular la referente a la obligación de publicar los precios de compra mediante pautas de pago, como se señaló, respondió a la falta de transparencia e información observada en el mercado. La transparencia en el mercado, en conjunto con la no discriminación arbitraria, fueron considerados como esenciales por el

H. Tribunal⁹¹, estableciéndose obligaciones específicas que, en concepto de esta Fiscalía, han contribuido progresivamente a entregar a los productores información sobre las condiciones de compra, conociéndose los parámetros -descuentos, bonificaciones, precios estacionales, etc.- y precios asociados a cada uno de estos conceptos. Mediante la publicación de las pautas de pago por parte de las principales procesadoras, se ha reducido el ámbito para discriminaciones "visibles" entre productores⁹².

111. Con la publicación de las pautas de pago, el H. Tribunal también buscaba el establecimiento objetivo de precios y criterios, que fueran de conocimiento general y que permitieran a los productores realizar las comparaciones para sus tomas de decisiones. Así también, el H. Tribunal perseguía que no se afectara el funcionamiento competitivo del mercado, ni las relaciones entre productores y compradores de forma injustificada. Con el establecimiento de estas reglas se buscaba que los productores pudieran programar sus decisiones teniendo un conocimiento real de las condiciones del mercado⁹³.
112. Si bien este instrumento en sí no ha recibido críticas por parte de los productores y, al contrario, lo consideran un instrumento de utilidad aunque perfectible, particularmente, en términos de facilitar su interpretación y comprensión por parte de los productores⁹⁴,
113. Sin embargo, a juicio de esta Fiscalía, los objetivos de transparencia y limitación a la discriminación entre productores perseguidos por las pautas

⁹¹ En efecto, en esta materia, el H. TDLC señaló que: *"en cualquier mercado la transparencia y la no discriminación son consustanciales a la adecuada competencia, condiciones que deben observarse en la determinación de los precios y en la información de los mismos a los interesados para que los actores del mercado respectivo -en este caso el de la leche- tengan los elementos de juicio suficientes para adoptar sus decisiones comerciales"*. Sentencia N° 7, considerando 48°.

⁹² Sin perjuicio de ello, como antes fue señalado, esta Fiscalía se encuentra, en la investigación Rol N° 2498-18, fiscalizando el cumplimiento de las obligaciones asociadas a la publicación de las pautas de pago.

⁹³ Sentencia N° 7, considerandos 49 y 51.

⁹⁴ Asociaciones y gremios de productores han dado pasos en esa dirección, tales como el Simulador del precio de la leche para la Región de Los Ríos ("SIMULAC"), elaborado por la Asociación Gremial de Productores de Leche de la Región de Los Ríos ("APROVAL"). Dicho simulador se contiene en: <http://simulac.aproval.cl/> [Última visita con fecha 31 de julio de 2018].

no han sido totalmente alcanzados, dadas las limitaciones que conlleva la forma en que se ha cumplido con la publicación de pautas de precios, restando camino por recorrer en tales materias. En efecto, existe en el mercado un cierto nivel de desconocimiento por parte de los productores, respecto a si los precios y criterios para determinarlos se establecen de forma objetiva y transparente⁹⁵.

114. En este sentido, tampoco existiría una real comprensión por parte de los productores, incluso en los aspectos básicos, de las razones y elementos que justifican los ajustes en precios y/o la incorporación o eliminación de variables adicionales que configuran el precio final, además de existir dificultades en torno a la predictibilidad de las modificaciones de las pautas de precios y su comparabilidad. De ahí que diversos actores del mercado concuerdan en la importancia de *"generar capacidad de adaptación en la cadena mejorando la información y el conocimiento sobre el comportamiento del mercado lácteo"*, ello en particular, a través de *"publicar periódicamente el comportamiento de las principales variables que influyen en el comportamiento del mercado"*⁹⁶.
115. Por su parte, tampoco está asegurada la estabilidad al productor mediante una planificación temporal de mediano a largo plazo, pues, como la Sentencia N° 7 previó⁹⁷, existen incentivos para procesadoras de modificar abruptamente la estructura de precios sin posibilidad de reacción de parte de

⁹⁵ Con ocasión de la investigación Rol N° 1966-11, las procesadoras indicaron a esta Fiscalía que la determinación del precio de compra obedecía a una serie de factores, entre ellos, los precios internacionales y domésticos de los *commodities* lácteos. Sin embargo, del análisis efectuado por esta institución, se determinó que en el período comprendido entre los años 2003 y 2016, las variaciones del precio de compra estuvieron dadas por las variaciones en el precio internacional de Oceanía de la leche en polvo descremada.

⁹⁶ En aras de mejorar dicho conocimiento sobre la cadena productiva, el Consorcio Lechero –entidad formada por las principales procesadoras, asociaciones gremiales de productores y entidades tecnológicas que prestan sus servicios al mercado lácteo- recomienda *"la necesidad de publicar las pautas de pago a las industrias que representan una alternativa abierta para la compra de leche a terceros y de evaluar la factibilidad de un sistema de información de base comparable, que facilite la toma de decisiones de los productores lecheros. Asimismo, y con el foco puesto en mejorar la comprensión del comportamiento del sector, se proponen como acciones posibles la identificación de brechas de conocimiento sobre el funcionamiento del mercado lácteo y la generación de información por medio de productos informativos que permitan a los productores acortar dichas brechas"*. Agenda de Desarrollo Sustentable del Sector Lácteo de Chile al 2021, Consorcio Lechero (fecha última consulta: 25 de julio de 2018). Disponible en: https://consorciolechero.cl/industria-lactea/wp-content/uploads/2018/01/AgendaSustentable_ConsorcioLecheroWEB1.pdf

⁹⁷ Sentencia N° 7, considerando 49.

los productores, según se ha explicado previamente. Ejemplos de ello son las modificaciones observadas en pago por sólidos –proteína y materia grasa- y ciertos cambios en el precio que representan estas bonificaciones.

116. En relación a lo primero, Nestlé y Prolesur efectuaron, en primer término, una valorización explícita por la calidad de la leche. En el caso de Nestlé, ésta valorizó los sólidos lácteos al momento de aplicar su Nueva Política Lechera a principios de 2011, la cual fue implementada a través del pago por kilos de proteína del volumen anual de entrega en lugar de los litros entregados. Por su parte, Prolesur manifestó en su Memoria Anual 2016, que dada la valorización que por años había tenido por los sólidos lácteos, impulsaba una modificación de su pauta de pagos a partir de enero de 2017, pasando de un esquema basado en litros a uno en kilos de sólidos lácteos. Sin embargo, Nestlé, con fecha 16 de enero de 2016, modificó nuevamente su Política Lechera, volviendo a bonificar en función del volumen anual de leche (en litros) entregado, mientras que Prolesur impulsó una baja en el pago por sólidos en sus pautas publicadas en febrero y marzo de 2018. Es importante señalar que el aumento de sólidos requiere de una importante inversión de parte del productor en términos de genética del ganado, alimentación y manejo de praderas.
117. Respecto a lo segundo, como ha sido señalado por esta Fiscalía en su Informe de Archivo 2018, las variaciones presentadas por el precio internacional de Oceanía de leche descremada en polvo -variable de referencia⁸⁸- se transmitieron en sus alzas principalmente a través del pago por sólidos, mientras que los descensos por intermedio del precio base (volumen), forma de ajuste del precio interno de compra de leche que por el peso con que cuenta cada una de estas variables en el precio final pagado a productor, generó un menor impacto en el precio total pagado, al tener la

⁸⁸ El análisis económico efectuado por la Fiscalía con ocasión de la referida investigación, estableció que las fluctuaciones del precio internacional de Oceanía de la leche descremada en polvo, causaron las variaciones del precio de compra.

bonificación por sólidos una participación menor en el precio promedio pagado que el precio base (18% versus 50%, aproximadamente⁹⁹).

118. Por último, dada la diferente composición de ítems que observan las pautas de pago públicas, por ejemplo, con la variable de expresión o medida, que en algunos casos es de pesos por litro de leche y, en otros, de pesos por kilo de proteína, se termina por complicar la comparación de las mismas. Visto a contrario sensu, tampoco la elaboración de pautas de precios ha cerrado completamente el espacio para los procesadores de efectuar distinciones e incentivar –o desincentivar- determinados productores y composiciones del producto. Un ejemplo claro de ello acontece con la modificación progresiva de las pautas de precios de Watt's, en materia de bono por volumen, con lo que se llegó a un único valor para los diferentes tramos de volumen que la misma consideraba, dando a entender, con ello, que en realidad tal bonificación se eliminaba, pasando a formar parte del precio base. Con ese cambio, en la práctica, Watt's eliminó el principal incentivo que existía a la asociatividad de productores¹⁰⁰.
119. En el mismo sentido de lo señalado, las pautas de precios públicas no agotan todos los espacios para efectuar diferencias de precios entre productores dada la práctica, cada vez más recurrente, de celebrar contratos sólo con ciertos productores. En esta materia, consta que las pautas de Nestlé, Soprole y Prolesur, introducen condiciones que habilitan a los productores para acceder a contratos, que están dirigidas a seleccionar cierto tipo de productores, dejando margen a cierto ejercicio de discrecionalidad. En el siguiente cuadro se presentan algunas de dichas condiciones que otorgan "flexibilidad" a las procesadoras para seleccionar productores con contrato:

⁹⁹ Porcentajes calculados en base a la simulación del precio pagado a productor que realiza la Asociación Gremial de Productores de Leche de la Región de Los Ríos –Aproval-. El 18% corresponde a un valor máximo. La información sobre la simulación se encuentra disponible en la página de Aproval: <http://www.aproval.cl/enlaces/precio-local.php> [Última visita: 30 de julio de 2018].

¹⁰⁰ Con objeto de alcanzar el mayor bono por volumen, los productores se han asociado para este fin, tanto a través de instituciones formales como no formales. Esta condición está presente tratándose de las empresas Nestlé, Prolesur y Soprole, que incluso hacen público en sus pautas de precios, la posibilidad de recibir la producción de asociaciones. Sin embargo, según las declaraciones y antecedentes recabados por esta Fiscalía, Watt's no negocia ni establece contratos con asociaciones de productores, sino sólo con productores individuales.

Tabla N°7
Condiciones de las pautas de pago para acceder a contratos con procesadoras

Prolesur	Soprole	Nestlé
Pauta de pago con fecha de vigencia de 16 de abril de 2018 para la Región de Los Ríos	Pauta de pago con fecha de vigencia de 13 de abril de 2018 para zona de Los Ángeles	Pauta de pago con fecha de vigencia de 01 de abril de 2018 para Zona de Los Ángeles:
<p>Letra E: Plan de incentivo de crecimiento: Prolesur también ofrece a todos sus productores que deseen establecer una relación de largo plazo que incentive el crecimiento de la producción de leche a celebrar un contrato de incentivo de crecimiento; que contempla el pago anual de un premio creciente en la medida que el productor aumente los volúmenes entregados anualmente como mínimo en un 7% compuesto cada año respecto al año base y adicionalmente acceso a un Programa de Asistencia Técnica. (...)”¹⁰¹</p> <p>Letra B: “Plan de entregas programadas: Aquellos productores que ofrezcan una producción anual de más de 686.700 kilos de Grasa y Proteína (equivalente a 9.000.000 de litros de leche), podrán suscribir contratos con la Compañía en los que comprometan cantidades mínimas de entrega mensual, según la programación que se acuerde con Prolesur S.A.”¹⁰²</p>	<p>Letra E: “Plan de entregas programadas: Aquellos productores que ofrezcan un volumen anual de más de 9.000.000 de litros de leche, podrán suscribir contratos con la Compañía en los que comprometan cantidades mínimas de entrega mensual, según la programación que se acuerde con Soprole”¹⁰³.</p>	<p>Letra G.- Contratos: “Nestlé ofrece la posibilidad de suscribir contratos de compra de leche fresca para su abastecimiento, según planificación de volúmenes y plazo de permanencia previamente acordados entre las partes, con un VADE superior a 500.000 litros anuales”¹⁰⁴.</p>

120. Asimismo, la publicación obligatoria de pautas de precios tampoco ha podido delimitar, de modo anticipado, todos los términos de dichos contratos, particularmente, las fechas de inicio y término de los mismos, donde, como se explicó previamente, la mayoría de los revisados por esta Fiscalía (en

¹⁰¹ Condición presente en las pautas de pago desde febrero de 2018.
¹⁰² Condición presente en las pautas de pago desde enero de 2014.
¹⁰³ Condición presente en las pautas de pago desde enero de 2014. El volumen anual de litros requeridos varía según la zona de la pauta de pago. Soprole tiene actualmente dos pautas de pago, una para la Zona Central (Pauta Santiago – San Fernando) y para la Zona de Los Ángeles. En el caso de la Zona Central la exigencia mínima de litros anuales es de 4.250.000. Cabe señalar que el volumen anual exigido para la firma de este tipo de contrato ha ido variando desde su introducción en enero de 2014, por ejemplo, la Pauta Santiago – San Fernando establecía un volumen de 18 millones de litros anuales.
¹⁰⁴ Condición presente en las pautas de pago para la Zona Sur (plantas Llanquihue y Cancura) desde octubre de 2016 y para la Zona de Los Ángeles desde diciembre de 2016. El volumen establecido en ambas pautas de pago fue variando en el tiempo, en el primer caso se exigía un VADE de 1 millón de litros anuales, siendo actualmente la exigencia de 500 mil litros anuales. Por su parte, en la Zona de Los Ángeles se establecía un VADE superior a 200 mil litros anuales.

torno al 70% del total), termina en fechas coincidentes con los peaks de producción lechera. Tal práctica de contratación es un ejemplo de aquellas que limitan la movilidad de los productores, existiendo análisis en otras jurisdicciones que buscan restringirlas a través de una serie de medidas¹⁰⁵.

121. En el mismo sentido, considera esta Fiscalía que no se puede establecer una relación de causalidad directa entre la obligatoriedad de publicar pautas de pago con variaciones en la participación en el mercado de recepción de leche cruda. En efecto, existe una gran cantidad de factores que pueden explicar dichas variaciones, no pudiendo descartarse decisiones deliberadas y estratégicas de los actores¹⁰⁶, tales como cierre de plantas y/o la sustitución en parte de sus compras de leche cruda con la importación de productos lácteos¹⁰⁷.
122. Que, asimismo, tampoco es efectiva la supuesta "desventaja de jugar primero", que tendrían las empresas obligadas a publicar pautas de pago, pues, dentro de ese grupo, todas pueden actuar, ya sea como líder o como

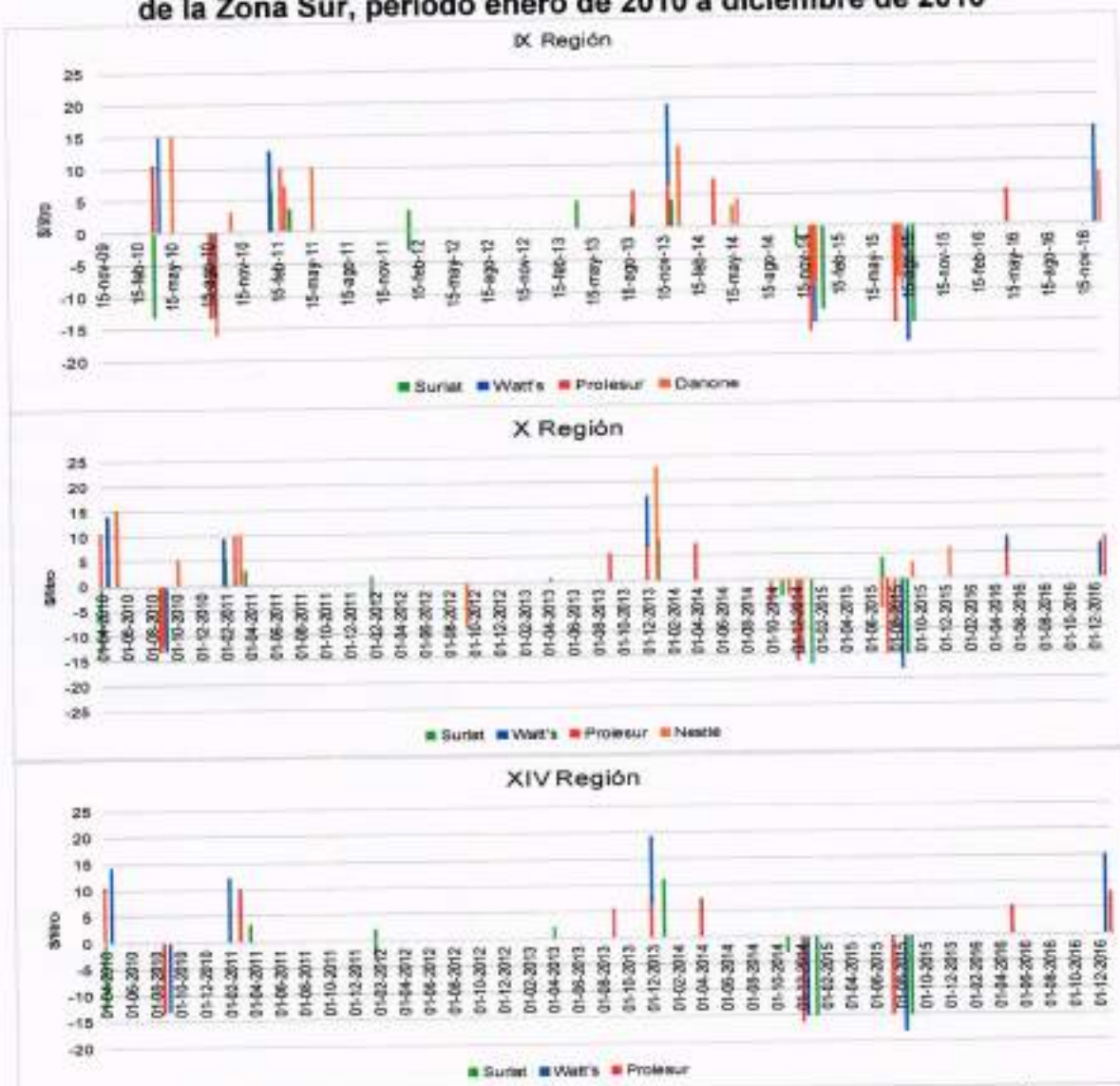
¹⁰⁵ Por ejemplo, en el caso australiano, en abril de 2018, la ACCC propuso una serie de medidas para mejorar las prácticas de contratación detectadas en su análisis (vid supra), las que, en su concepto, dificultan la movilidad de los productores. Entre esas medidas se considera: (i) el reconocimiento por escrito de los términos y condiciones del suministro de leche; (ii) la simplificación de los contratos; (iii) a entrega obligatoria de todos los documentos contractuales; La no inclusión de términos que impidan de forma no razonable el cambio de los productores de procesador; (iv) el establecimiento de un proceso mediante el cual un organismo independiente medie y arbitre las disputas contractuales entre productores y procesadores. Al respecto, véase: https://www.accc.gov.au/system/files/1395_Dairy%20Inquiry%20-%20farmer%20guide_D04.pdf [Última visita: 31 de julio de 2018].

¹⁰⁶ En este sentido, en el documento de ODEPA denominado "Boletín de la leche: producción, recepción, precios y comercio exterior", de junio de 2018, se indica que "Si bien Colún mantiene un alza, la planta de Los Lagos de Prolesur presenta una baja importante en su recepción a raíz de una salida de productores ante el anuncio de la baja de precio que hizo esta empresa, la cual se hizo efectiva a partir del 16 de marzo del presente año (...). La Región de Los Lagos, exhibe una baja en su recepción el mes de abril con una cifra de 5,9% en relación a abril de 2017. Entre los factores que explican esta caída está: un cambio de los productores a otras plantas por la baja de precios anunciadas por Watt's y Prolesur, además de decisiones comerciales de las empresas de no aumentar su volumen recepcionado, menor incentivo de los productores a aumentar su producción a raíz de la caída en los precios y aumento de importaciones, a lo que se añade el alza de los costos de producción". ODEPA, Boletín de la leche: producción, recepción, precios y comercio exterior, p. 5 disponible en: <https://www.odepa.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe-lacteo-jun-2018.pdf>

¹⁰⁷ De acuerdo a los antecedentes entregados por la empresa Watt's a esta Fiscalía, las importaciones realizadas por esta empresa el año 2017 fueron superiores en más de un 150% a las efectuadas en el 2016. Dichas importaciones incluían entre otros, leche en polvo, producto a partir del cual se pueden elaborar ciertos productos, como ser yogures.

seguidor, no existiendo la obligación de publicar, en forma simultánea, las variaciones de precios. Por tanto, no existe una desventaja en un solo actor individualmente considerado¹⁰⁸. Sobre esta materia, esta Fiscalía, con ocasión de la investigación Rol N° 1966-11, pudo constatar que no existe un líder sistemático al momento de publicar pautas y efectuar cambios en las mismas, como se muestra en los gráficos que a continuación se presentan.

Gráfico N° 9
Publicación de variación de precios base, por región en el mercado relevante de la Zona Sur, periodo enero de 2010 a diciembre de 2016



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas en las investigaciones Rol N°1966-11 y Rol N° 2415-16.

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, la actual pauta de precios de Watt's (con entrada en vigencia al 1 de abril de 2018), que estableció una baja en el precio de compra de la leche cruda, se publicó en forma posterior a la publicación realizada en febrero del mismo año por Prolesur, mediante la cual, esta última empresa, comunicó una baja en el precio de compra.

123. A lo anterior, cabe agregar que las empresas obligadas a publicar pautas de precios presentaron un ingreso neto de productores, tal como fue señalado previamente¹⁰⁹. Ello sirve para demostrar que la obligatoriedad de publicar pautas no necesariamente significa una desventaja competitiva frente a los procesadores que no las deben publicar.
124. En definitiva, esta Fiscalía; considera que la publicación de las pautas de precios por parte de las empresas dominantes Nestlé, Soprole y Watt's, fue una medida útil para avanzar en el cumplimiento de los objetivos de establecer condiciones mínimas de transparencia y de no discriminación arbitraria en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda, y no ha representado una real desventaja competitiva para los actores obligados a su publicación. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de perfeccionar su uso.
125. En suma, considerando que las condiciones de mercado no han mejorado sustantivamente como para avanzar hacia una libre negociación individual de precios entre productores y procesadoras y los riesgos de facilitación de la coordinación oligopsónica que resultan de la publicación de las pautas de precios, esta instancia permitirá al H. Tribunal evaluar estos efectos y eventualmente, considerar otros instrumentos que concilien de mejor forma la no discriminación de precios con el incremento de la competencia en el mercado, de forma tal que cada actor tome sus decisiones de modo independiente.

IV. BENEFICIOS Y RIESGOS DE EXTENDER LA OBLIGACION DE PUBLICAR PAUTAS DE PAGO A TODAS LAS EMPRESAS PROCESADORAS

¹⁰⁹ Vid. *infra*, Tabla N° 5.

a. Situación de las cooperativas verticalmente integradas.

126. Sobre el particular, cabe indicar que diversos pasajes de la consulta de Watt's apuntan a que Colún, en su concepto "la empresa líder del mercado", no publicaría pautas de precios (al menos con la regularidad y efectos que les atribuye a éstas la Sentencia N° 7), además de que gozaría de una serie de exenciones tributarias con las que no cuentan las otras procesadoras¹¹⁰. Dichos factores, a su juicio, generarían una competencia dispar en relación con esa empresa.
127. Al respecto, cabe recordar los fundamentos por los cuales, originalmente, Colún fue excluida del proceso en que se emitió la Sentencia N° 7, que esta Fiscalía considera aún vigentes. De hecho, siguen vigentes porque se trata de aspectos estructurales: en una cooperativa como Colún, cada cooperado tiene igualdad de voto con independencia del volumen de leche entregado y de su participación en el capital, siendo los mismos cooperados dueños de la empresa –integrándola libre y voluntariamente¹¹¹- y fijando, a través del Consejo de Administración –integrado por socios productores que se eligen por los propios cooperados- los términos y condiciones de compra de leche por intermedio de, en este caso, una pauta de pago.
128. Esta estructura elimina potenciales incentivos para discriminaciones entre productores socios y respecto de terceros no socios, pudiéndose advertir, en cuanto a esta última hipótesis, que la cantidad de leche adquirida de terceros no socios es ínfima (0,22% del total de leche procesada), declarando Colún que no efectúa ofertas públicas para adquirir leche fuera de la cooperativa¹¹².

¹¹⁰ Sobre la materia tributaria, cabe advertir que esta Fiscalía no emitirá pronunciamiento en esta oportunidad, pues, como se desprende, ello implicaría evaluar el mérito de una regulación de carácter legal, lo que no es competencia de este organismo ni órbita de este procedimiento.

¹¹¹ En efecto, el ingreso de los socios a la cooperativa es libre y voluntario, requiriendo sólo la aprobación del Consejo de Administración, el pago de una cuota de incorporación y la suscripción de las cuotas de participación que se fijan en los Estatutos de Colún.

¹¹² En efecto, en el contexto del procedimiento de la presente Consulta, Colún, mediante su aporte de antecedentes de fecha 27 de julio de 2018 al H. Tribunal y en lo que informó a esta Fiscalía en el contexto de la investigación Rol N° 2502-18 FNE, ha declarado que no efectúa propiamente oferta de compra de leche fresca fuera de la Cooperativa, sino que se provee de sus propios cooperados

129. Entonces, en este esquema, Colún no tiene incentivo alguno para ejercer una discriminación de precios arbitraria respecto a sus productores de leche. En este sentido, Colún publica una única pauta de pago aplicable a todos sus cooperados, la que presenta una única diferenciación cuando se aplica a productores no cooperados, relativa al descuento del 10% con que se les compra la leche fresca¹¹³. Esta hipótesis, por su parte, se aplicaría, fundamentalmente, tratándose de terceros en proceso de incorporarse a Colún. Asimismo, cabe indicar que este diferencial de compra a terceros es definido previamente en los Estatutos, de modo que, si se desea modificar tal valor, se debe materializar un proceso de modificación de Estatutos, el que incluye una aprobación por parte del Departamento de Cooperativas de la Subsecretaría de Economía, Fomento y Turismo.
130. En razón de dicha evidencia, puede señalarse que Colún, en la práctica, sólo recibe leche de productores que están asociados a la misma o de terceros en proceso de incorporación, no compitiendo en términos reales en la búsqueda de productores en el mercado de compra de leche cruda. Lo anterior, al menos, en el corto plazo, pues el proceso de admisión de nuevos asociados a Colún requiere, como mínimo, del transcurso de un año y determina el cumplimiento de una serie de condiciones definidas en sus Estatutos, que implican, entre otras, una inversión de cuantía relevante. En este sentido, las cooperativas con estructura verticalmente integrada, como Colún, alinean los intereses de todos los segmentos del mercado en que

a quienes está obligado a comprarles su producción. En este contexto, la compra a no cooperados es muy inferior (0.22% aproximadamente), que podría relacionarse con la que entregan terceros dentro de los requisitos para poder incorporarse en la Cooperativa, según indican sus Estatutos.

¹¹³ En el mismo escrito de aporte de antecedentes al H. Tribunal y en la información remitida a esta Fiscalía a que se hizo referencia, Colún declara efectivamente contar con pautas de pago, las que se publican en sus agencias, ubicadas en las localidades en que, según sus Estatutos, funcionan las asambleas locales de la cooperativa. En dichas oficinas se atiende a socios y no socios, pudiendo cualquier tercero acceder a las mismas. Asimismo, señala Colún que posee una única pauta de precios, aplicable a todos los cooperados. En dicha materia, según los Estatutos de Colún, a los proveedores no cooperados y a los socios respecto del excedente de leche no cubierto por sus cuotas de participación, se les compra en las mismas condiciones que a los cooperados (conforme a las pautas de precio) menos un 10%.

participa, distribuyendo sus riesgos y beneficios de una forma distinta al del resto de las empresas, con distinta estructura organizacional¹¹⁴.

131. Al respecto, la denominada "pauta de pago" de Colún (como la de cualquier otra cooperativa verticalmente integrada) no obedece a la misma estructura y lógica que aquella que publican las demás plantas procesadoras, que concurren al mercado a comprar leche cruda de los productores que son terceros independientes. La pauta de pagos de una cooperativa verticalmente integrada obedece más bien a la lógica de un pago por anticipos internos por la entrega de un insumo para la producción, y no se configura como una oferta pública de precios, comparables a las que existen en el resto del mercado. Así lo ha declarado incluso la propia jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, que también ha desistido de comparar "determinaciones de precios" establecidas por cooperativas, respecto a otras emitidas en el mismo mercado. En este sentido, declaró que, *"es manifiesto que los asociados no celebran actos de venta con la Cooperativa a la que pertenecen (...). Lo cierto es que la relación jurídica y económica que vincula a los asociados y la Cooperativa a la que pertenecen responde a la de un modelo asociativo y, por ende, no es dable comparar figuras contractuales que presentan y generan efectos distintos"*¹¹⁵.
132. En suma, dada la estructura anteriormente reseñada, los productores de una cooperativa integralmente integrada tienen acceso y transparencia a todas las acciones y precios, incluidas sus justificaciones, siendo, en este sentido, organizaciones no comparables con otras procesadoras. De esta forma, las "pautas de precios" que emanan de este tipo de organizaciones no deberían ser consideradas como un parámetro en el mercado de compra de leche

¹¹⁴ Es razonable esperar que los productores que suministran a una cooperativa, que está verticalmente integrada, participen del riesgo comercial que enfrenta el procesador (ya sea a través de fluctuaciones en las ganancias de la cooperativa o en el precio de la leche). Sin embargo, los productores que proveen leche a procesadoras que no son cooperativas tenderán a soportar en mayor medida el traspaso de los riesgos que de los beneficios.

¹¹⁵ Sentencia Corte Suprema Rol N° 3079-2010, recurso de reclamación de Comercial y Agrícola S.A. -Comasa- contra la sentencia N° 99/2010, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando séptimo.

cruda, no debiendo por ello estar sujetas a una eventual obligación de publicidad.

133. Finalmente, cabe agregar que de seguirse la hipótesis de obligar este tipo de estructuras a publicar pautas de pago, con los mismos efectos y limitaciones que el resto de las procesadoras, se sumaría la posibilidad de que tal pauta sea tomada como señal de precios por dichos agentes de mercado. Ello conduciría a resultados equívocos, al ser esta posible pauta una referencia siempre incompleta, pues no incluiría los ingresos a que tienen derecho los productores socios por la vía de la distribución de excedentes.
 134. Sobre este punto, sería esperable que cooperativas verticalmente integradas como Colún, publiquen un precio que no considere tales excedentes (dado su carácter eventual e imprevisible), por lo que estaría distorsionado hacia abajo, volviéndose un erróneo parámetro de señalización de precios para la industria. A este precio podrían alinearse otras procesadoras con distinta estructura organizativa, con lo que se reduciría, aún más, el precio de equilibrio para los productores.
- b. Publicación de pautas de precios por procesadoras de menor tamaño y, en términos generales, para toda la industria**
135. Descartada la procedencia y utilidad de que la pauta de precios emanada de cooperativas verticalmente integradas deban someterse a las mismas condiciones y efectos de las pautas de precios que publican las empresas dominantes en aplicación de la Sentencia N° 7, se analizará la pertinencia y justificación de que procesadoras de menor tamaño que las obligadas deban someterse a dicha obligatoriedad.
 136. Sobre el particular, cabe indicar, tal como se estableció en la investigación que dio origen al Informe de Archivo 2018, que tales empresas se comportan como "*seguidores explícitos de precios*" o *price-takers*, sin participación activa en la dinámica de su determinación. Igualmente, en antecedentes

recabados para informar en la presente consulta, diversos procesadores de menor tamaño señalaron explícitamente ser tomadores de precio, situación que no cambiaría con la obligación que eventualmente se les impusiera de publicar pautas de pago. Y ello, como es esperable, se justifica por su participación de reducida escala.

137. A su vez, tratándose del caso del grupo Lactalis, a pesar de ser ésta una empresa multinacional, tiene la calidad de entrante con una baja participación de mercado en la recepción de leche cruda. Por ello, se considera que también podría constituirse en un seguidor de los precios establecidos por las procesadoras más relevantes, de la misma forma que otras medianas y pequeñas procesadoras que operan en la actualidad (y al menos, mientras mantenga tal calidad).
138. En definitiva, no se considera que un aumento de la transparencia mediante una obligación general de publicación a todas las procesadoras de leche propenda a aumentar la competencia entre éstas y, con ello, los precios de compra. Ello por cuanto, la mayor visibilidad de precios en las actuales condiciones del mercado, facilitaría una mayor coordinación entre las procesadoras. Tal escenario podría ser aún peor en lo que respecta al precio de la compra de leche cruda.
139. En efecto, considerando la poca movilidad que se observa de los productores entre las distintas procesadoras, la mayor transparencia aumentaría la información que actualmente disponen las empresas Nestlé, Watt's y Soprole sobre sus competidores –actuales y potenciales- y no necesariamente la movilidad de los productores entre procesadoras y los precios de compra. Ello, sobre todo, en un escenario de bajas observadas en el precio de compra de leche cruda.
140. En el mismo sentido, respecto a la interdependencia detectada entre las empresas procesadoras, cabe recordar que esta Fiscalía, en el Informe de Archivo 2018, recomendó avanzar en la reducción de dicha situación,

cuestión que no se condice con un aumento de la transparencia de los precios a través de la obligación de publicar pautas de pago en forma extensiva a todas las procesadoras de leche.

141. Finalmente, cabe agregar que, desde el punto de vista de competencia y regulación, no sería una cuestión ajena a los ordenamientos jurídicos la existencia de obligaciones especiales para ciertos actores con posición de dominio en el mercado, a las cuales no están sujetas los competidores de menor tamaño. Esta situación se denomina en doctrina como "regulaciones asimétricas", existiendo ejemplos tanto en la jurisprudencia nacional como en la extranjera y, también, específicos para el mercado lácteo.
142. Por ejemplo, en el caso de la jurisprudencia nacional, existen ejemplos de regulación asimétrica en el mercado supermercadista o moderno, donde, a través de diversos procedimientos¹¹⁶, se ha consagrado la obligación para las grandes cadenas supermercadistas de establecer "Normas Generales de Aprovechamiento Mayoristas" (NGAM), que regulen las relaciones entre el supermercado y los proveedores mayoristas de éstos. El fundamento de tales obligaciones es, precisamente, el aumento del poder de mercado de esos actores, que tienen el incentivo y la potencialidad de abusar del mismo, por ejemplo, a través de reducciones en el precio pagado a sus proveedores, principalmente pequeños y medianos, o de imposiciones de cambios sobrevinientes en las condiciones de contratación¹¹⁷.
143. A este respecto, cabe agregar que dichas condiciones de mercado presentan semejanzas con las descritas a lo largo del presente informe para el mercado

¹¹⁶ (i) Sentencia N° 9/2004 del H. TDLC, que ordenó a Cencosud y D&S (actual Walmart) establecer, en forma objetiva y no discriminatoria, las condiciones en las que efectuarán sus compras a los proveedores, debiendo informar a cada uno de ellos, antes de efectuarles compras, cuáles son éstas. (ii) Avenimientos de 2006 y 2008 de esta Fiscalía, con D&S y Cencosud, en que acordaron establecer la obligación de fijar normas generales de aprovisionamiento mayorista ("NGAM"). (iii) Resolución N° 43/2012 del H. TDLC, que impuso la obligación de establecer NGAM en su condición 5ª a SMU.

¹¹⁷ En este sentido, ejemplos de tales conductas, puede encontrarse en la jurisprudencia del H. TDLC: (i) Resolución N° 43/2012, pp. 11.6., (ii) Resolución N° 24/2008, considerando 131º; o, (iii) Sentencia N° 09/2004, considerando 22º.

lácteo: existencia de pocos actores con poder de mercado, con los incentivos y la aptitud objetiva de incurrir en eventuales abusos de posición dominante, afectando el precio de compra a proveedores, y en ausencia de poder de negociación de éstos respecto a las grandes cadenas de supermercados. Todo ello sirvió de fundamento, en el mercado supermercadista, siguiendo también a la experiencia comparada¹¹⁸, para imponer exigencias de tipo estructural a dichos actores, que no aplican al resto de la industria.

144. Finalmente, tratándose del mercado lácteo en específico, cabe indicar que la Comisión Australiana de la Competencia y del Consumidor ("ACCC"), en su informe sobre el mercado lácteo, plantea, dentro de sus recomendaciones, la implementación de un código obligatorio de conducta para algunas procesadoras basado, ya sea en su participación de mercado, nivel de ingresos o algún otro umbral, con el fin de garantizar una distribución adecuada de los costos de cumplimiento en función de la capacidad de las procesadoras para gestionarlos¹¹⁹. Adicionalmente, la ACCC reconoce, en su informe final de abril de 2018, que el desarrollo del código y la formulación de sus obligaciones, debe de considerar la existencia de distintos modelos de propiedad y desarrollo comercial presentes entre los procesadores¹²⁰.

¹¹⁸ En este sentido, en el Reino Unido, el mercado de aprovisionamiento mayorista para supermercados se encuentra regulado por un reglamento para las relaciones comerciales entre proveedores y supermercados (el *Groceries Supply Code of Practice*), el cual se aplica expresamente a las principales cadenas de supermercados y a cualquier cadena que tenga utilidades anuales por sobre 1 billón de libras esterlinas, estableciendo normas especiales de comportamiento para los mismos. Asimismo, existe una agencia especializada encargada de velar por la aplicación de este reglamento y de resguardar la relación entre las partes (el *Groceries Code Adjudicator*). Al respecto, véase: <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice/groceries-supply-code-of-practice> [Última visita: 31 de julio de 2018].

¹¹⁹ *"The ACCC considers the issues identified and examined in this inquiry are of such magnitude as to warrant being addressed by a mandatory code of conduct for processors. It may be appropriate to exempt certain processors from the application of a mandatory code based on market share, revenue or other threshold to ensure that regulatory compliance costs are distributed appropriately relative to businesses' capacity to manage these"*, ACCC, Dairy Inquiry Final Report, abril de 2018 p. xxiv. En: https://www.accc.gov.au/system/files/1395_Dairy%20inquiry%20final%20report.pdf [Última visita: 31 de julio de 2018].

¹²⁰ *"The code should also avoid disadvantaging processors with particular business models. The ACCC acknowledges there are different types of processing businesses, and complexities within those businesses, that will need to be considered when developing the code and formulating obligations. For example: (i) Norco and Lion emphasised that they operate on a demand-driven business model and must therefore manage their supply more carefully than supply-driven processors like Fonterra and Murray Goulburn. As a result, Norco and Lion argue that exclusivity*

145. En definitiva, considerando que en la industria láctea chilena destaca la existencia de cuatro grandes empresas procesadoras, que presentan diferencias importantes en cuanto a su organización y tamaño -por un lado, Colún, como cooperativa y por otro, las tres grandes firmas del sector que poseen la mayor parte del mercado de aprovisionamiento de leche cruda-, contando con posición dominante conjunta, es posible concluir que se verifican las hipótesis que justifican implementar medidas asimétricas, con el fin principal de precaver los abusos de posición de dominio conjunta en que pueden incurrir las procesadoras en esa situación y favorecer, junto con la posición negociadora de los productores, la entrada de potenciales competidores que desafíen la posición de dominio de los actores señalados.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

146. Considerando el análisis efectuado, a continuación, se presentan las principales conclusiones de esta Fiscalía respecto al alcance de la consulta formulada por la empresa Watt's:
- a. La Sentencia N° 7 del H. Tribunal dispuso un conjunto de medidas de conducta aplicables al mercado de venta de leche cruda, entre las que se encuentra la publicación de pautas de precios por parte de las procesadoras con mayor participación –Soprole, Nestlé y Watt's-. El fundamento de dichas medidas se explica por las condiciones de falta de información y transparencia en dicho mercado, que, sumados a la concentración del poder de compra que tenían las grandes procesadoras, facilitaba la existencia y celebración de acciones

clauses are more necessary for them than for other processors because they need greater certainty of supply. As such, while the ACCC recommends introducing restrictions on the use of exclusive supply clauses, such as to prohibit provisions that allow for two-tier pricing, it does not recommend banning exclusivity clauses altogether. (ii) Norco noted the position of farmer cooperatives which are farmer owned and run, as opposed to privately owned or listed processors, due to the 'shared risk between [a cooperative] and its farmer members and owners.' Al respecto: Ibid., p. 171

coordinadas relativas a precios, reparto de mercado y discriminación arbitraria, respecto de los productores de leche cruda.

- b. La consulta de Watt's pretende demostrar un cambio en las circunstancias respecto a las existentes al momento de dictarse la Sentencia N° 7, de modo tal que ya no se justificaría la publicación de tales pautas de pago, o sólo sería esta medida adecuada en caso que se obligue a todos los actores, incluyendo a Colún como a las otras procesadoras de menor tamaño, a publicarlas de igual modo. En concepto de Watt's, la asimetría respecto de las procesadoras que no publican pautas –particularmente el caso de Colún- limita la capacidad de competir de las procesadoras que sí publican pautas de precios, en cumplimiento de la Sentencia N° 7.
- c. Por el contrario, esta Fiscalía considera que las condiciones de mercado existentes a la época de dictación de la Sentencia N° 7 no sólo se han mantenido, sino que, en muchos aspectos, han empeorado. Ello, en especial, en lo relativo a la alta atomización de productores, baja movilidad de los mismos y una alta concentración en el segmento de procesadores con posición dominante, lo que denota un bajo nivel de competencia. A ello, se suma el efecto de interdependencia entre Watt's, Nestlé y Soprole, favorecido –entre otros factores- por las mismas pautas.
- d. Por otra parte, la sola publicación de las pautas tampoco ha anulado todos los espacios de discrecionalidad y posibilidad de establecer diferenciaciones entre productores, lo que se aprecia, en particular, en algunos criterios para el ofrecimiento de contratos y en los términos, condiciones y prácticas de formalización de los mismos¹²¹.
- e. Esta Fiscalía considera que no se justifica extender la obligación de publicación de pautas respecto de cooperativas con estructura verticalmente integrada entre producción y procesamiento de leche, ni respecto de los procesadores de menor tamaño. Que dichos actores publiquen pautas puede determinar que se generen señales de precio

¹²¹ Materia sobre la cual existe una investigación en curso de esta Fiscalía, particularmente, relacionada al cumplimiento de las medidas de la Sentencia N° 7 (Rol 2498-18 FNE).

equivocas –particularmente en el caso de Colún como cooperativa verticalmente integrada- e inútiles –en el caso de procesadoras de menor tamaño, que explícitamente se declaran como tomadoras de precios-. Además de ello, aumentarán los riesgos de coordinación que son intrínsecos a la publicidad de precios. En suma, no se justifica la extensión de la obligación de publicación de pautas a más actores que los actualmente obligados por la medida.

- f. La existencia de una regulación asimétrica como la actual, en que las empresas procesadoras dominantes tienen obligaciones especiales dado su poder de mercado, no es extraña en materia regulatoria y de competencia, existiendo ejemplos en nuestro medio y en derecho comparado, incluso algunos referidos al mercado lácteo.
- g. En definitiva, si bien el mecanismo de las pautas de precios ha reducido el ámbito para eventuales discriminaciones explícitas entre productores en iguales condiciones, también conlleva efectos y riesgos relacionados a una mayor coordinación y reducción de independencia en las decisiones de los actores dominantes. Por lo tanto, sería deseable evaluar en esta oportunidad otros mecanismos que no incidan de forma desfavorable en la libre competencia.

POR TANTO,

A ESTE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado el aporte de antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, tenerlos por acompañados en autos.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase este H. Tribunal tener por acompañado, con citación, el documento denominado "Investigación de oficio por eventuales conductas anticompetitivas de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A., Rol N° 1966-11 FNE y N° 2415-16 acumulada", de fecha 22 de enero de 2018, denominado a lo largo de este aporte de antecedentes como "Informe de Archivo 2018".

SEGUNDO OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16/2017 de ese H. Tribunal, sírvase S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá por correo electrónico a la Sra. Secretaria, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

