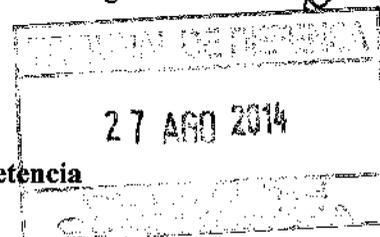


133

**En lo principal:** Deduce demanda por atentados a la libre competencia que indica. **En el primer otrosí:** Acompaña documentos que indica. **En el segundo otrosí:** Personería. **En el tercer otrosí:** Reserva de acciones indemnizatorias. **En el cuarto otrosí:** Da cumplimiento al Auto Acordado N° 7 del año 2006. **En el quinto otrosí:** Patrocinio y poder. **En el sexto otrosí:** Oficio a la Fiscalía Nacional Económica. **En el séptimo otrosí:** Designa Ministros de Fe que indica. **En el octavo otrosí:** Solicitud que indica.

**Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**



**JUAN HORACIO CARRASCO HERNANDEZ**, Cédula Nacional de Identidad N° 10.912.804-K, en representación de la **FEDERACIÓN GREMIAL NACIONAL DE PRODUCTORES DE LECHE FEDELECHE F.G.**, en adelante también **"FEDELECHE"**, Rol Único Tributario N° 75.332.200-0, ambos domiciliados a estos efectos en calle Tenderini N° 187, comuna y ciudad de Santiago, al H. Tribunal respetuosamente digo:

Que en la representación que invisto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 18 y demás pertinentes del Decreto Ley N° 211, en adelante, el "DL 211", deducimos demanda en contra de las siguientes empresas, en adelante también e indistintamente las "Demandadas":

1. **Soprole Inversiones S.A.**, en adelante también como **"SISA"**, Rol Único Tributario N° 76.102.955-K, sociedad del giro inversiones, representada por su Gerente General Hugo Max Julio Covarrubias Lalanne, Cédula Nacional de Identidad N° 7.623.248-2, ambos domiciliados a estos efectos en Avenida Vitacura 4465, comuna de Vitacura, Santiago;
2. **Sociedad Procesadora de Leche del Sur S.A.**, en adelante también como **"Prolesur"**, Rol Único Tributario N° 92.347.000-K, sociedad del giro de producción y comercialización de productos lácteos, representada por su Gerente General Fernando Bueno Ramos, Cédula Nacional de Identidad N° 12.373.366-5, ambos domiciliados a estos efectos en Avenida Vitacura 4465, comuna de Vitacura, Santiago.  
  
SISA y Prolesur juntas, en adelante también e indistintamente como **"Soprole"**.
3. **Nestlé Chile S.A.**, en adelante también como **"Nestlé"**, Rol Único Tributario N° 90.703.000-8, sociedad del giro de producción y comercialización de alimentos, representada por su Presidente Ejecutivo Pablo Devoto, desconoce segundo apellido y Cédula Nacional de Identidad, ambos domiciliados a estos efectos en Avenida Las Condes N° 11.287, comuna de Las Condes, Santiago.

- 134
4. **Watt's S.A.**, en adelante también como "**Watt's**", Rol Único Tributario N° 84.356.800-9, sociedad del giro de producción y comercialización de productos de la industria alimenticia y vitivinícola, representada por su Gerente General Rodolfo Véliz Möller, Cédula Nacional de Identidad N° 7.819.603-3, ambos domiciliados a estos efectos en Avenida Presidente Jorge Alessandri N° 10.501, comuna de San Bernardo, Santiago.

## ÍNDICE

- I Introducción (pág. 3)**
- II Exposición de los hechos (pág.5)**
- II.1. Algunos antecedentes del Mercado de Compra de Leche Cruda (pág. 5)
- II.1.1. Productores, compra de leche cruda y procesadores (pág.5)
- II.1.2. En términos geográficos, en Chile existe un solo mercado de compra de leche cruda (pág. 7)
- II.1.3. Nivel de concentración y umbrales del mercado de compra de leche cruda (pág. 9)
- III Ciertos antecedentes previos (pág.11)**
- III.1. La Sentencia N°7/2004 (pág.11)
- III.2. El segundo intento de fusión entre Soprole y Nestlé: la Consulta de los años 2010/2011 (pág.13)
- III.3. Sesión N° 141 de la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados (pág.20)
- IV El caso de esta demanda (pág.20)**
- V Fin de una controversia histórica: Existe un abuso de las Demandadas en la fijación de los precios de compra de la leche cruda y éste no es episódico sino que permanente y sistemático (pág.24)**
- V.1. Antecedentes (pág.24)
- V.2. Principio fundamental de los precios en un mercado competitivo de compra de leche cruda: el precio internacional de la leche en polvo entera debe determinar el precio de la leche cruda. (pág.25)
- V.2.1. La demanda de leche cruda por los procesadores es una demanda derivada (pág.25)
- V.2.2. Nivel competitivo del precio de compra (pág.26)
- V.2.3. El uso marginal de la leche cruda en Chile (pág.26)
- V.2.4. El valor de la leche cruda en su uso marginal equivale al precio de mercado de la leche en polvo entera (pág.27)
- V.2.5. El precio de mercado de la leche en polvo entera es igual al precio internacional (pág.27)
- V.2.6. Nivel de precio de compra competitivo en el mercado de la leche cruda (pág.27)
- V.2.7. Si la compra de leche cruda es competitiva, la demanda y oferta internas no afectan su precio. Solo determinan cantidades exportadas (pág. 28)
- V.3. Las propias demandadas admiten que el precio internacional debería determinar el precio de compra de la leche cruda (pág. 29)
- V.3.1. Política de precios de Fonterra (pág.29)
- V.3.2. Aseveraciones de Soprole y Nestlé (pág. 31)
- V.3.2.1. Soprole (pág.31)
- V.3.2.2. Nestlé (pág.32)
- V.4. Principales consecuencias para un mercado competitivo (pág.33)
- V.4.1. En un mercado competitivo, las variaciones del precio de compra de la leche cruda deben seguir dólar por dólar a las variaciones del precio internacional de la leche en polvo, aunque ello se produzca con un cierto rezago (pág.33)
- V.4.2. En un mercado competitivo, todo el excedente que se obtenga vendiendo leche cruda transformada en leche en polvo en el mercado internacional, debe percibirlo el productor (pág.34)
- V.4.3. Cuando el precio de compra de la leche cruda no sigue dólar por dólar las variaciones del precio internacional, desviándose a la baja, es porque los procesadores están abusando de su poder de compra (pág.35)
- V.4.4. Si los procesadores capturan alguna parte del excedente del productor de leche cruda, es porque están abusando de su poder de compra (pág.36)
- V.5. ¿Cómo se ha determinado el precio de compra de la leche cruda en Chile? Ejercicio de poder de compra de las demandadas (pág.36)
- V.5.1. Período comprendido desde septiembre de 2006 al presente (pág.37)
- V.5.1.1. No es posible atribuir las desalineaciones de los precios internos e internacionales a factores competitivamente lícitos (pág.38)
- V.5.1.2. Las demandadas no pujaron en el mercado de la leche cruda. Su conducta necesariamente atenta contra la libre competencia (pág.42)
- V.5.2. Antes de septiembre de 2006: no existe evidencia robusta de que no se haya abusado del poder de compra (pág.42)
- V.5.3. Nestlé admite que no se ha comportado competitivamente en el mercado de compra de la leche cruda (pág.43)
- VI. El Ejercicio de poder de compra de las Demandadas constituye un abuso de posición dominante previsto y sancionado por el artículo 3° letra b) del D.L. 211 (pág.44)**

VII. Perjuicios a los productores (pág.46)

VIII. Multa (pág.47)

## I INTRODUCCIÓN

Soprole, Nestlé y Watt's, han impedido, sistemática y permanentemente, que el mercado de compra de leche cruda en Chile funcione de manera competitiva. Esto lo han logrado ejerciendo su poder de compra en directo beneficio suyo y en directo perjuicio de los productores y del mercado lácteo en general.

Entre septiembre de 2006 y abril de 2014, los productores dejaron de recibir a lo menos US\$737,8 millones de dólares como consecuencia del abuso de estas empresas que por esta vía denunciarnos. Llevar adelante esta acción les ha resultado muy lucrativo, por cuanto toda esa renta económica quedó en manos de los procesadores. De haber pujado Soprole, Nestlé y Watt's por comprar leche cruda en este período -como debería haber sucedido en un mercado competitivo-, toda esa renta hubiese quedado en manos de los productores, que son aquellos a quienes pertenece legítimamente.

Durante el año 2013, la recepción de leche cruda por parte de la industria láctea mayor fue de 2.149.151.656 litros. De ellos un 57% fue comprado por las Demandadas. Evidentemente, se trata de una participación muy importante en la compra de leche cruda.

Sin embargo, su poder de compra es aún mayor porque Colún no cuenta a estos efectos. El verdadero poder de compra de las Demandadas asciende casi al 76% y revela un mercado oligopsónico altamente concentrado. Esto explica que puedan tener la aptitud y capacidad de evitar que la compra de leche cruda sea competitiva apropiándose de buena parte de la renta económica de los productores. En el caso de Soprole, ejercer su poder de compra durante el período señalado precedentemente le significó quedarse con una renta económica de algo más de US\$232 millones de dólares; en el caso de Nestlé de US\$188 millones de dólares; y en el caso de Watt's de US\$114 millones de dólares.

Las Demandadas suelen escudarse en la existencia de las pautas de precio fijadas como exigencia por la Sentencia N° 7 (2004) de ese H. Tribunal para afirmar que estas pautas han sido una herramienta suficiente para disciplinar y garantizar la inexistencia de comportamientos de compra oportunistas y de abusos explotativos hacia los productores. En otras palabras, afirman que dichas pautas de precio garantizarían que las grandes procesadoras no incurran en conductas contrarias a la libre competencia en lo que se refiere al mercado de compra de la leche cruda y a los productores. También afirman, a propósito de estas pautas y otras medidas ordenadas en la misma Sentencia, que se trata de un mercado fuertemente regulado en que la fijación y condiciones de pago de los precios opera con plena transparencia.

Sin perjuicio de los evidentes cambios positivos que trajo la Sentencia N° 7 para prevenir y examinar algunas prácticas anticompetitivas de las grandes procesadoras, los hechos demuestran que la afirmación de las Demandadas sobre el supuesto efecto disciplinador de las pautas de precio está lejos de ser efectiva. Tanto así, que ellas mismas

son las autoras y causantes de un abuso explotativo contra los productores como el que han venido ejerciendo durante los últimos años muy grave e intolerable para cualquier sistema de defensa de la libre competencia.

Lo mismo sucede con la transparencia en la fijación de los precios de compra de la leche cruda. Los productores jamás han recibido una explicación clara y precisa por parte de las Demandadas acerca de cómo determinan los precios. Las explicaciones siempre son vagas o difusas. Pero ese no es el único problema: las explicaciones que proporcionan las Demandadas, además, no son consistentes con la manera cómo se determinan los precios en un mercado competitivo.

Basta con ver lo que Nestlé y Soprole dijeron a este respecto en el proceso de Consulta Rol NC 384-2010, seguido ante este H. Tribunal cuando entre el año 2010 y el año 2011 intentaron consumar una operación de concentración (fusión) entre ellas, o lo que dijeron en enero de este año ante la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la Cámara de Diputados que invitó a sus representantes para revisar las falencias del sistema de precios en el mercado de compra de leche cruda.

En un mercado como el nuestro, la compra será competitiva solo si el precio internacional de la leche en polvo entera determina al precio de compra de la leche cruda.

¿Por qué? Porque en Chile el uso marginal de la leche cruda es transformarla en leche en polvo entera y por lo tanto su valor es igual al precio de mercado de la leche en polvo entera neto de costos de transformación y comercialización, es decir, a su precio internacional por ser ésta un *commodity* transable.

Entre otras implicancias, lo anterior significa que toda la renta económica que se obtendría vendiendo la leche en el mercado internacional se debe traspasar íntegramente al productor porque siendo ese su valor en el uso marginal esa renta le corresponde a éste y no a la empresa procesadora. Es por esto que cuando las procesadoras sí se comportan competitivamente, las variaciones del precio de compra de la leche cruda siguen dólar por dólar (o peso a peso convertidas al tipo de cambio de mercado) a las variaciones del precio internacional de la leche en polvo. Y esto es, exactamente, lo que Soprole, Nestlé y Watt's -abusando de su posición dominante- no hicieron ejerciendo poder de compra para pagar precios por la leche cruda inferiores a su precio de mercado quedándose con buena parte de la renta económica que pertenecía a los productores.

Este abuso debe cesar. Constituye un grave atentado a la libre competencia que infringe severamente lo previsto en el artículo 3° inciso segundo letra b) del DL 211, o en cualquier caso, lo previsto por el inciso primero de esta norma. El mercado de compra de leche cruda en Chile debe comenzar a funcionar de manera competitiva, pagándose precios por la leche cruda que, por lo mismo, asignen las rentas económicas obtenidas con el valor de su uso marginal a quienes corresponde -que son los productores. Esto no puede ni debe volver a repetirse, y, por lo mismo, es igualmente importante que se adopten las medidas del caso para prevenir nuevos abusos de este tipo imponiéndose sanciones a las Demandadas que resulten ejemplares precisamente en razón de la gravedad de su conducta.

Solo así se podrá disciplinar su comportamiento explotativo, pues el beneficio de no competir y restringir la compra de leche cruda ha sido demasiado lucrativo para ellas.

Por todo esto es que FEDELECHE deduce esta demanda en contra de Soprole, Nestlé y Watt's, a fin de que este H. Tribunal haga lugar a ella en todas sus partes y en definitiva:

- 1) Declare que la compra de leche cruda, a lo menos desde septiembre del año 2006 en adelante, o desde la época que el Tribunal determine, no ha sido competitiva y que ello se debe a que las Demandadas han ejercido poder de compra;
- 2) Declare que, a consecuencia de lo anterior, Soprole, Nestlé y Watt's, han infringido el artículo 3° inciso segundo letra b) del DL 211; y, en subsidio, declare que han infringido el artículo 3° inciso primero del DL 211;
- 3) Ordene a las Demandadas el cese inmediato de esta conducta atentatoria de la libre competencia y que se abstengan de ejecutarla en el futuro;
- 4) Ordene a las Demandadas comportarse en la compra de leche cruda de manera consistente con un mercado competitivo;
- 5) Disponga todas las medidas que considere necesarias para asegurar que las Demandadas cumplan e implementen efectivamente la sentencia, de modo que la compra de leche cruda en el mercado nacional opere competitivamente, y de esta forma toda conducta de compra no competitiva sea denunciada y sancionada eficazmente;
- 6) Sancione a cada una de las empresas demandadas con la multa máxima a beneficio fiscal que establece la ley de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o con aquella que el Tribunal estime procedente de acuerdo al mérito del proceso; y, por último,
- 7) Condene en costas a las Demandadas.

## II EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

### II.1. Algunos antecedentes del Mercado de Compra de Leche Cruda

#### II.1.1. Productores, compra de leche cruda y procesadores<sup>1</sup>

En Chile hay más de 6.000 productores comerciales de leche cruda ubicados entre la V y la X Regiones. El año 2013 se compraron y recibieron 2.149.142 millones de litros de

---

<sup>1</sup> Fuente: FEDELECHE.

leche cruda en la industria láctea mayor a la cual pertenecen las Demandadas. Más del 77% de esa leche cruda provino de la X y XIV regiones.<sup>2</sup>

Por otra parte, existen 25 plantas lecheras ubicadas entre la Región Metropolitana<sup>3</sup> y la X Región de Los Lagos, pertenecientes a 13 empresas. El mayor número de plantas se ubica en la X-XIV Regiones. Tal como se muestra más adelante<sup>4</sup>, las cuatro procesadoras que compran y reciben más leche cruda en la industria láctea mayor son Colún y las Demandadas.

Siendo la recepción nacional en 2013 de 2.149.151.656 litros:

- (i) 398.129.752 litros se destinaron a la elaboración de leche fluida 18,5%;
- (ii) 880.463.606 a leche en polvo<sup>5</sup> 41,0%;
- (iii) 890.459.390 a quesos 41,4%;
- (iv) 228.590.121 a yogur 10,6%; y,
- (v) El resto a productos como quesillos, leche cultivada, crema, mantequilla, leche condensada y manjar.

996.685.169 litros fueron recibidos en la Región de Los Lagos, 665.852.630 litros en la Región de Los Ríos, 182.070.559 litros en la Región de la Araucanía, 178.622.618 en la Región del Bío Bío y 125.920.680 en la Región Metropolitana.<sup>6</sup>

En la X-XIV Regiones se produce el 97,7% de la leche en polvo (el 2,3% restante se produce en la IX Región) y la mayor cantidad de quesos y mantequilla a nivel nacional. El año pasado, aproximadamente, un 83,5% del total de leche en polvo se elaboró en la región de Los Lagos y un 14,2% en la de Los Ríos; en quesos, un 56,5% fueron producidos en Los Lagos y un 35,0% en Los Ríos; en cuanto a la mantequilla, el 83,5% del total se elaboró entre ambas regiones. En los Lagos, a diferencia de Los Ríos, no se produce leche fluida ni quesillos y se produce una cantidad insignificante de yogur. En el caso de la leche cultivada no se elabora en ninguna de estas regiones. La producción de leche en polvo, mantequilla, leche fluida, yogur y quesillos en la región de Los Ríos se explica porque es allí, (en La Unión) en donde Colún tiene su única planta procesadora.

Viendo ahora la zona más al norte, la Región Metropolitana, sucede exactamente lo opuesto.

Los datos del 2013 muestran que es la zona con menor recepción de leche cruda, solo 125.920.680 millones de litros, y sin embargo concentra la mayor producción a nivel nacional de leche fluida, yogur, quesillos y leche cultivada. Del total de leche fluida, yogur,

<sup>2</sup> Fuente: FEDELECHE; Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA) del Ministerio de Agricultura, Boletín de la Leche año 2013.

<sup>3</sup> Para estos efectos abarca entre Valparaíso y la Región del Maule.

<sup>4</sup> Cuadro 2.

<sup>5</sup> Para Leche en polvo con un 28% y un 26% de grasa (leche en polvo entera) se considera un factor de conversión de 7,89 litros de leche cruda por kilo; para la leche en polvo con un 18% y un 12% de grasa y la descremada, se considera un factor de conversión de 11,49 litros de leche cruda por kilo.

<sup>6</sup> Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA) del Ministerio de Agricultura, Boletín de la Leche año 2013.

quesillos y leche cultivada producidos a nivel país, concentra el 45,6%, el 58,8%, el 62,6% y el 90,9%, respectivamente.

A continuación presentamos un cuadro con la localización de las plantas de la industria láctea mayor y la identificación de la empresa procesadora a la que pertenecen:

**Cuadro 1**

Región	Nombre de la planta	Localidad
RM.	SOPROLE	San Bernardo
RM.	NESTLE CHILE S.A.	Macul
RM.	WATT'S S.A.	Lonquén
RM.	QUILLAYES - PETEROA	Calera de Tango
VIII	DANONE CHILE S.A.	Chillán
VIII	NESTLE CHILE S.A.	Los Ángeles
VIII	SOPROLE	Los Ángeles
VIII	COOPERATIVA AGRÍCOLA LECHERA BÍO BÍO LTDA.	Los Ángeles
IX	QUILLAYES - PETEROA	Victoria
IX	SOPROLE	Temuco
IX	SURLAT S.A.	Loncoche
IX	SURLAT S.A.	Pitrufquén
XIV	COLUN	La Unión
XIV	SOPROLE	Los Lagos
XIV	LÁCTEOS DEL SUR S.A.	Río Bueno
X	SOPROLE	Osorno
X	NESTLE CHILE S.A.	Osorno
X	WATT'S S.A.	Osorno
X	NESTLE CHILE S.A.	Llanquihue
X	CHILOLAC	Ancud
X	INVERSIONES E INDUSTRIAS VALLE VERDE S.A.	Osorno
X	NESTLE CHILE S.A.	Cancura

La localización de las plantas y el mix de productos que elaboran responde a una lógica económica. *Grosso modo*, de lo que se trata, es de minimizar el transporte de agua.

En efecto. Como vimos, los productos que son *commodities* transables, a los cuales se les extrae toda o casi toda el agua, esto es, principalmente leches en polvo, quesos y mantequillas, no se producen o bien se elaboran en ínfimas cantidades en la Región Metropolitana. En cambio, en la X-XIV Regiones, casi toda la leche cruda se usa para elaborar esos *commodities* transables. De allí entonces que estas últimas sean las Regiones exportadoras más grandes de Chile teniendo un carácter exportador neto. En cambio, es en la Región Metropolitana, donde hay menos producción y recepción de leche cruda pero en donde por lejos se elaboran más productos que en gran parte son agua. Así, leche fluida, yogur, quesillos y leche cultivada.

### **II.1.2. En términos geográficos, en Chile existe un solo mercado de compra de leche cruda**

El mercado relevante de compra de leche cruda corresponde a uno solo en términos geográficos. Es un solo mercado nacional.

Así lo ha comprobado la FNE<sup>7</sup> quien testeó la siguiente hipótesis, fundada en el hecho que *“la región de Los Lagos juega el papel primordial en el mercado de compra de leche cruda, al ser la región exportadora más grande de Chile y la que posee el mayor número de predios destinados al efecto”*:

*“Si el mercado relevante en términos geográficos fuese nacional, los precios de compra se deberían arbitrar entre regiones. Específicamente, si el mercado de compra es uno solo y el precio en la región exportadora, en este caso, la región de Los Lagos aumenta, entonces el precio de compra en todas las regiones restantes debiera aumentar en una magnitud similar casi de manera instantánea”*.<sup>8</sup>

Todos los test que aplicó la Fiscalía a cada una de las regiones donde las empresas procesadoras compran leche cruda, indicaron *“que la evidencia estadística da soporte a la hipótesis y causalidad entre los precios de compra de la región de Los Lagos hacia el resto de las regiones, nuevamente reforzando la proposición de que el mercado relevante de compra de leche tiene carácter nacional y no regional”* y que por lo tanto, en los hechos, *“los precios se fijan a nivel nacional, utilizando como referencia los precios de la Región de Los Lagos”*.<sup>9</sup>

La propia demandada Soprole, cuando en el año 2010 sometió la operación de concentración con Nestlé a la aprobación de este H. Tribunal, refrendó esta conclusión señalando en su Consulta que *“los precios por litro de leche de la IX Región hacia el norte, son establecidos en base al precio del mercado relevante de la X y XIV Región, más los costos alternativos (fletes, calidad de arribo de la leche y otros), lo que equivale a pagar un precio similar o igual a todos los Agricultores de los diferentes mercados relevantes, puesto en planta.”*<sup>10</sup>

Incluso más, cuando en el mismo proceso de Consulta Rol NC 384-2010, Soprole reacciona ante la conclusión y comprobación de la FNE de que el mercado de compra de la leche cruda es uno solo de carácter nacional, dice que *“bajo esta nueva mirada “nacional” del mercado geográfico, la FNE al menos confirma, coincidiendo con las Consultantes, los siguientes aspectos:*

- ✓ *Que el precio que resulta del mercado de la X-XIV Regiones, tiene una influencia determinante en el precio de la leche cruda que se transa en las restantes regiones hacia el norte del país.*
- ✓ *Que el mercado de la X-XIV Regiones es el más importante en volumen de leche cruda transado, ya que allí prácticamente se comercializa el 70% de la leche cruda a nivel nacional vs el 30% que se transa en las restantes regiones.*

<sup>7</sup> Informe evacuado en los Procesos de Consulta Acumulados Roles NC N°s 384-10 y 385-10, págs. 79 a 89, párr. 127 a 149.

<sup>8</sup> Ídem Supra párr. 142.

<sup>9</sup> Ídem Supra párr. 145.

<sup>10</sup> Consulta de Soprole, proceso Rol NC 384-2010, pág. 177.

447

✓ Que el mercado de la X-XIV Regiones es aquél en el cual participa el mayor número de actores, tanto por el lado de la Oferta como por el de la Demanda.”<sup>11</sup>

### II.1.3. Nivel de concentración y umbrales del mercado de compra de leche cruda

La compra de leche cruda en Chile tiene lugar en un mercado nacional oligopsónico con altos niveles de concentración, en el cual las Demandadas ocupan una posición dominante y tienen el mayor poder de compra.

El siguiente cuadro muestra las participaciones de las empresas procesadoras en el mercado lácteo mayor en la recepción de leche cruda del año 2013<sup>12</sup> así como los umbrales y el número equivalente de firmas utilizando el Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI).

Cuadro 2

2013	Recibida (lts)	% (Colún)
Soprole	486.285.538	22,6%
Nestlé	472.639.832	22,0%
Watt's	267.136.471	12,4%
Suriat	135.081.356	6,3%
Quilla	128.96.707	2,7%
Limon	126.088.336	2,7%
A. Rto. V.	6.602.732	0,3%
Chilolac	16.938.515	0,8%
L. Valdivia	15.933.744	0,7%
L. del Sur	40.733.252	1,9%
Valle Verde	57.146.457	2,7%
L. Biobio	7.630.929	0,4%
Colún	532.427.334	24,8%
<b>Total</b>	<b>2.149.151.656</b>	<b>100,0%</b>
HHI		1.829
NEF		5,5

Colún aparece como el líder con un 24,8% del total de la recepción, seguido por Soprole con un 22,6%, Nestlé con un 22% y Watt's con un 12,4%. El índice HHI es de 1.829 y el número equivalente de firmas o NEF de 5,5, lo cual ya representa un mercado oligopsónico concentrado en que la participación de las Demandadas es muy relevante representando casi un 60% del poder de compra.

Sin embargo, H. Tribunal, considerar las participaciones de mercado y el nivel de concentración en este mercado incluyendo a Colún es un error, porque se trata de una cooperativa, y como empresa verticalmente integrada con los productores, que son por ende sus socios, está obligada a comprarles toda la leche cruda que produzcan.

<sup>11</sup> Escrito de Soprole de 4 de abril de 2011, presentado en el proceso de Consulta, Rol NC 384-2010, pág.5, párr. 2.3.

<sup>12</sup> ODEPA. Boletín de la Leche, informe mensual de mayo de 2014 y ediciones anuales años 2012 y 2013.

La propia empresa así lo ha puesto de manifiesto señalando que “el análisis de este mercado debe considerar la integración vertical de Colún, cooperativa formada por productores de leche a quienes, conforme a la ley y a sus estatutos, ésta debe comprarles toda la leche que produzcan. Conforme a tal situación, Colún adquiere sólo un 3% aproximadamente de la leche que procesa a entidades o personas distintas de los cooperados, por lo que no puede ser considerada como “un actor más” en el mercado de compra de leche.”<sup>13</sup>

La FNE también es de la opinión que Colún no deba ser incluido en los análisis y cálculos de las participaciones de mercado y del nivel de concentración porque “no es una empresa que participe abiertamente en el mercado de compra de leche y que pueda captar productores que abastecen a otras plantas procesadoras.”<sup>14</sup>

Estos razonamientos hacen pleno sentido H. Tribunal.

Por de pronto, si Colún no puja por comprar leche cruda, cualquier menor precio que le 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 eficacia de su organización societaria.

Las siguientes, entonces, son las participaciones y los índices reales en este mercado:

Cuadro 3

2013	Recibida (lts)	% Colun
Soprole	486.285.558	30,1%
Nestlé	472.639.832	29,2%
Watt's	267.138.271	16,4%
Surlat	135.081.356	8,4%
Quillayes	57.896.707	3,6%
Danone	52.698.826	3,3%
A. Pto Yaras	6.602.685	0,4%
Chiloac	16.938.512	1,0%
L. Valdivia	15.933.744	1,0%
L. del Sur	40.733.252	2,5%
Valle Verde	57.146.457	3,5%
L. Biobio	7.650.922	0,5%
Colun	532.427.334	
<b>Total</b>	<b>2.149.151.656</b>	<b>100,0%</b>
Colun	532.427.334	24,7%

<sup>13</sup> Escrito de Colún, de fecha 20 de enero de 2011, aportando antecedentes al proceso de Consulta Rol NC 384-2010, pág. 9, párr. 22.

<sup>14</sup> Informe evacuado en el proceso de Consulta Rol NC 384-2010, pág.90, párr. 154.

143

El Índice HHI es de 2.147 y el número equivalente de firmas de 4,7. Esto, como ya anticipamos, revela un mercado oligopsónico altamente concentrado, en el cual, las Demandadas tienen participaciones -y por lo tanto un poder de compra - del 30,1% para Soprole, 29,2% para Nestlé y 16,5% para Watt's. Claramente dominan el mercado concentrando casi el 80% de todas las compras de leche cruda del mercado lácteo mayor (75,8%).

Con estos niveles de concentración no resulta difícil comprender cómo estas empresas tienen la capacidad y el poder de compra para provocar que todo un mercado no funcione competitivamente, fijando y pagando precios por la leche cruda que dejan una buena parte de la renta económica de esta leche en sus manos en vez de traspasársela íntegramente a los productores que son quienes deberían percibirla.

Soprole, Nestlé y Watt's no traspasaron US\$534 millones de dólares que eran renta económica de los productores, por las compras de leche cruda que hicieron entre septiembre de 2006 y abril de 2014. Soprole se quedó con algo más de US\$ 232 millones de dólares; Nestlé con US\$188 millones de dólares y Watt's con US\$114 millones de dólares. Además, como el resto de las empresas procesadoras más pequeñas siguen a las Demandadas tomando sus precios, también dejaron de traspasar buena parte de la renta económica de la leche cruda a sus productores. En este caso, las demás procesadoras recibieron US\$143 millones de dólares que hubiesen percibido sus productores de haberse las Demandadas comportado competitivamente sin abusar de su poder de compra.

### III. CIERTOS ANTECEDENTES PREVIOS

Hay ciertos antecedentes previos a la presentación de esta demanda que resultan importantes de considerar toda vez que son sintomáticos del abuso permanente y sistemático que hemos evidenciado y que refuerza nuestra demanda.

Nos referimos a la Sentencia N° 7/2004; al proceso no contencioso ROL NC 384-2010 relacionado con las Consultas de Soprole y Nestlé para materializar por segunda vez en Chile una operación de concentración; y, a la Sesión de la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados N° 141 del 7 de enero de 2014, en donde representantes de FEDELECHE, Soprole y Nestlé fueron invitados para exponer sobre la problemática de los precios de compra de la leche cruda.

#### III.1. La Sentencia N°7/2004

La Sentencia N° 7, dictada en el año 2004, resuelve un requerimiento de la FNE en contra de Nestlé Chile S.A. (Lechera del Sur); Parmalat Chile S.A.; Sociedad de Productores de Leche S.A. (Soprole); Watt's Alimentos S.A. (Sociedad Agrícola y Lechera Loncoleche S.A.); Dos Alamos S.A.; y Colún<sup>15</sup>. Este requerimiento se dedujo, pues como

<sup>15</sup> En el transcurso del proceso este Tribunal accedió a excluir a Colún del requerimiento. Fs. 820 del proceso, pág. 7 de la Sentencia.

*Nestlé*

consecuencia de la respectiva investigación, la Fiscalía determinó que estas empresas habían incurrido en diversas conductas atentatorias de la libre competencia tales como acuerdos de reparto de cuotas de mercado, negativas de compra, disminución de precios, discriminación de precios y opacidad en el proceso de toma de muestras.

La Sentencia antes citada rechazó finalmente el requerimiento, al considerar ese H. Tribunal que no habían quedado suficientemente acreditadas las conductas imputadas por la Fiscalía. Sin embargo, en el caso de Nestlé, sí lo acogió en lo relativo a la ejecución de conductas de discriminación arbitraria de precios aplicándole una multa.

Adicionalmente a lo anterior, dispuso un conjunto de medidas obligatorias para las Demandadas para ser aplicadas en el mercado de compra de leche cruda. La razón de dichas medidas, no obstante el rechazo del requerimiento, dicen relación con la constatación, por parte del H. Tribunal, de algunas imperfecciones y de la falta de transparencia del mercado objeto de análisis. Las medidas fueron las siguientes<sup>16</sup>:

*“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, 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 cuociente 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 Nacional Económica requerirá al Ministerio de Agricultura el diseño del sistema; y*

Además sentenció que *“La Fiscalía Nacional Económica deberá permanecer atenta al desarrollo del proceso de comercialización de la leche, sin perjuicio de las medidas que previamente se han ordenado.”*<sup>17</sup>

Esta es entonces la fuente jurisdiccional de las llamadas pautas de precios o pautas de pago que no sólo Soprole, Nestlé y Watt’s sino que otras procesadoras también elaboran y publican para las diferentes zonas en que reciben leche a través de sus plantas.

---

<sup>16</sup> Parte resolutive de la Sentencia, numerales Cuarto y Quinto.

<sup>17</sup> Numeral Quinto de la Sentencia.

145

Asimismo, es el precedente en el cual las Demandadas se escudan cada vez que pretenden sustentar públicamente la idea de que los productores se encuentran suficiente y adecuadamente protegidos de cualquier potencial comportamiento abusivo que pudiera provenir de ellas y de las procesadoras en general, independientemente de su participación de mercado y de su poder de compra. Lo que sostienen es que a consecuencia de la Sentencia N° 7 el mercado de compra de leche cruda pasó a ser uno fuertemente regulado con respecto a la publicidad y transparencia de los precios que pagan las Demandadas, haciendo mucho más fácil la vigilancia y persecución de conductas contrarias a la libre competencia.

Honorable Tribunal: la evidencia que acompañamos a esta demanda demuestra que lo que las Demandadas afirman es, simplemente, una falsedad.

Aun con las pautas de precios, han podido cometer un abuso tan grave y reprochable como el ejercer su poder de compra en forma permanente y sistemática para imposibilitar el funcionamiento competitivo de todo un mercado quedándose con buena parte de la renta económica de los productores.

En cuanto a la transparencia en los precios, lo que las pautas transparentan son únicamente algunos factores de premio y castigo junto con sus respectivos valores y un precio base por litro de leche, pero nada más. Los motivos o justificaciones sobre cómo llegan a determinar esos valores y precio base no están en las pautas y es más, las explicaciones que ofrecen Soprole y Nestlé sobre cómo determinan los precios que pagan a los productores no solo que no guardan ninguna correspondencia con lo que señala la economía básica, sino que además resultan esencialmente contradictorias.

¿Cómo es posible que las dos procesadoras con mayor poder de compra de leche cruda puedan sostener versiones contrapuestas sobre la forma cómo determinan los precios?

Es posible porque su comportamiento de compra no es competitivo. Si lo fuera, sus explicaciones y manera de determinar los precios de compra serían coincidentes porque el precio competitivo de la leche cruda siempre será el precio internacional de la leche en polvo entera neto de costos de transformación y comercialización. Es este precio internacional el que determina el precio doméstico de la leche cruda, ergo, cuando la compra es competitiva, la oferta y la demanda internas no lo afectan y las variaciones de un precio, luego de un breve tiempo, siguen a las variaciones del otro peso por peso, traspasándole completamente al productor la renta económica de la leche cruda. Sólo así se le estará pagando al productor el valor de su leche cruda en el uso marginal.

### **III.2. El segundo intento de fusión entre Soprole y Nestlé: La Consulta de los años 2010/2011.**

En el año 2001 Nestlé S.A. de Suiza y Fonterra Co-Operative Group, en adelante “Fonterra”, celebraron una alianza estratégica para desarrollar conjuntamente en países de

146

América, operaciones para la producción y comercialización de lácteos. Esta alianza se denomina Dairy Partner Americas o DPA.

En el año 2010 y como parte del DPA, Nestlé y Soprole consultaron una operación de concentración. Este fue un segundo intento de fusión en Chile. Ambas demandadas dedicaron una parte considerable de sus consultas al mercado de compra de leche cruda abundando en argumentos que trataban de convencer acerca de los mínimos o inexistentes riesgos anticompetitivos respecto a los productores y las demás procesadoras. Al igual como sucedió con el primer intento de fusión, prácticamente todos los actores del mercado lácteo, salvo Watt's, volvieron a oponerse categórica y fundadamente a esta operación.

La FNE, por su parte, presentó un extenso informe analizando la operación en base a todos los antecedentes aportados al proceso y a otros a los que había tenido acceso en razón de la investigación abierta a causa de las consultas<sup>18</sup>. Muchas de las afirmaciones, análisis, constataciones y conclusiones que tuvieron lugar en esta Consulta, como ya lo hemos visto a lo largo de esta demanda, dijeron relación con la revisión de los precios de compra de la leche cruda pagados durante ciertos períodos, con la determinación de esos precios, con el mercado relevante de la leche cruda en términos geográficos, con las pautas de precios y con el nivel y umbrales de concentración de este mercado. Por eso es que aun cuando Nestlé y Soprole hayan retirado las consultas<sup>19</sup>, ellas y el proceso a que dieron lugar constituyen sin lugar a dudas un antecedente de suma importancia en la sucesión de hechos que preceden la acción de libre competencia que hoy venimos en deducir.

He aquí algunos de esos hechos:

**a.- En el caso Nestlé y/o Soprole:**

- **Ambas explicaron cómo determinaban el precio de la leche cruda en forma vaga, imprecisa y divergente.**<sup>20</sup> Básicamente:

Nestlé dijo que para la determinación del precio base de las pautas, atendían factores tales como los precios internacionales de la leche en polvo en cuanto *commodity* y demás productos lácteos finales que tienen un alto porcentaje de leche en polvo porque el mercado lácteo nacional está abierto al comercio internacional; las condiciones de la demanda

<sup>18</sup> Investigación Rol N° 1799-10.

<sup>19</sup> En el año 2006, Nestlé ya había consultado una operación de concentración con Soprole como parte del DPA (Rol NC N° 138-06). Se trató de una oferta unilateral en la que Nestlé, sin ninguna manifestación de voluntad de parte de Soprole, aparecía describiendo en términos imprecisos y generales la operación de concentración que quería consumir. Tanto así que entre los antecedentes del proceso figuraba una carta emanada de la administración de Soprole en la que se hablaba de reuniones sostenidas con Nestlé para entender mejor los términos y alcances de su oferta. Ante los riesgos anticompetitivos de la operación, muchos actores del mercado lácteo, incluyendo a FEDELECHE, nos opusimos a ella. También se hicieron ver los riesgos y vicios de tener que opinar técnicamente sobre una oferta sin siquiera existir un proyecto de contrato presentado por quienes supuestamente se proponían celebrar. De hecho, este Tribunal apercibió a Nestlé con tener por no presentada la consulta si no acompañaba el proyecto de convención que pretendía celebrar con Soprole. Nestlé decidió retirar la Consulta.

<sup>20</sup> En el caso de Nestlé ver párrafos 78 a 81 de su escrito de Consulta; en el caso de Soprole ver acápite 8.6.2. de su escrito de Consulta.

interna de leche cruda y de productos lácteos finales; la condición excedentaria o deficitaria de la oferta local.

Soprole dijo que los factores que le permitían determinar el precio que pagaban en la X y XIV regiones provenían de mercados competitivos, en función de lo cual tomaban como referencia los precios internacionales de productos lácteos transables que eran los *commodities* leches en polvo y quesos, y de otros elementos como las condiciones de la oferta y demanda interna de leche fluida.

- **No obstante su carácter vago, impreciso y divergente, ambas reconocieron la importancia del precio internacional de los *commodities* lácteos (básicamente la leche en polvo) en la determinación del precio de la leche cruda.<sup>21</sup>**
- **Ambas afirmaron que las medidas de la Sentencia N°7, especialmente las pautas de pago, daban cuenta de un mercado de compra de leche cruda regulado que contaba con herramientas eficaces y suficientes para impedir conductas reñidas con la libre competencia.<sup>22</sup>**

Según Soprole, sus regulaciones tienen por objeto impedir conductas contrarias a la libre competencia, siendo eficaces en inhibir comportamientos anticompetitivos de los agentes a quienes se les hace extensiva la Sentencia.

Según Nestlé, el mercado de la leche cruda se encuentra fuertemente regulado en lo relativo a la transparencia y la publicidad de sus precios a causa de esta Sentencia. La publicación de los precios permite vigilar en forma eficaz cualquier comportamiento abusivo y oportunista incrementando por lo mismo las posibilidades de persecución de conductas anticompetitivas.

- **Soprole reconoció que el precio de la leche cruda que se paga en la X y XIV regiones determina el precio que se paga hacia el norte en el resto del país y que ese precio de la X y XIV Regiones a su vez es determinado fundamentalmente por el precio internacional de *commodities* lácteos como las leches en polvo.<sup>23</sup>**

**b.- En el caso de la Fundación de Beneficencia Isabel Aninat Echazarreta<sup>24</sup>:**

<sup>21</sup> Ídem *Supra*.

<sup>22</sup> En el caso de Nestlé ver párrafos 120 a 123 de su escrito de Consulta; en el caso de Soprole ver acápite 4.6.3. de su escrito de Consulta.

<sup>23</sup> Ver acápite 8.6.2 del escrito de Consulta de Soprole y párrafos 2.3 del escrito de Consulta de Soprole de fecha 4 de abril de 2011.

<sup>24</sup> Fonterra Co-Operative Group es la controladora de SISA y de Prolesur. A SISA la controla a través de la sociedad Inversiones Dairy Enterprises S.A. que es dueña del 99,90% de las acciones de la empresa. A Prolesur a través de SISA que es dueña del 70,46% de las acciones de la empresa y de Inversiones Dairy Enterprises S.A. que es dueña del 15,77%. Es en Prolesur en donde la Fundación Aninat es accionista con un 13,6% de sus acciones. Ver, Consulta de Soprole, Rol NC 384-2010, pág.11; Superintendencia de Valores y Seguros, <http://www.svs.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=V&rut=76102955&grupo=0&tipoentidad=RVEMI&row=AAAUvUABfAAAkdAAY&vig=VI&control=svs&pestanía=5> y

148

La Fundación Aninat se opuso enérgicamente a la operación de concentración identificando varios riesgos para la libre competencia para el mercado de los productos finales y para el mercado de compra de leche cruda.<sup>25</sup>

En relación con el mercado de compra de leche cruda, esta Fundación aclaró que no era su intención referirse a uno de los aspectos más sensibles de la operación consultada como era *“el eventual aumento en el poder de compra de la leche cruda, y el riesgo de abusos unilaterales o de colusión que podría derivar en ello.”* pero que sin embargo, desde la perspectiva de Prolesur, de la cual eran accionistas, no podían dejar de advertir el evidente peligro que conllevaba la operación.

El peligro que advirtió la Fundación fue que con la fusión, Prolesur, Nestlé y la sociedad en común entre Nestlé y SISA, llegarían a tener una participación del 35,7% de las compras en la XIV y X Regiones<sup>26</sup> y que como se podía *“fácilmente comprender, en este escenario, existiría un alto riesgo de acuerdos anticompetitivos o de abusos colectivos del poder de compra”*.

H. Tribunal, este accionista de Prolesur identificó un alto riesgo de acuerdos anticompetitivos o de abusos colectivos del poder de compra por parte de Nestlé, Prolesur y la sociedad Nestlé/Soprole, estimando una participación de mercado del 35,7%.

Como vimos, la participación real de mercado de Nestlé y Soprole supera el 59% y de Nestlé, Soprole y Watt's casi alcanza un 80%.

Si la Fundación identificó esos riesgos con participaciones conjuntas de 35,7% calificándolos de altos, qué habría dicho con participaciones conjuntas como las que verdaderamente tienen las Demandadas y teniendo a la vista la evidencia económica que revela el ejercicio permanente y sistemático del poder de compra que acompañamos en esta misma fecha. Probablemente diría que estaba en lo correcto cuando advirtió estos riesgos.

Finalmente y también a propósito de los mismos riesgos de acuerdos anticompetitivos o de abusos colectivos del poder de compra, la Fundación indicó que era *“su deber hacer presente al H. Tribunal que ni la Fundación ni otros accionistas minoritarios de Prolesur”* tenían *“la facultad o la capacidad de impedir que la compañía”* formara *“parte de acuerdos colusorios”* o que incurriera *“en otras prácticas anticompetitivas, como ha sostenido Soprole (página 186 de su consulta).”*

*“Y ello por cuanto, la participación de”* la Fundación Aninat *“en Prolesur se limita a las Juntas de Accionistas y la designación de directores, y resulta de toda obviedad que, si los ejecutivos de la empresa deciden incurrir en conductas ilícitas, jamás lo informarán a los órganos societarios. Además, los precios para la compra de leche no son*

---

<http://www.svs.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=V&rut=92347000&grupo=0&tipoentidad=R VEMI&row=AAAUvUABfAAAAauAAE&vig=VI&control=svs&pestanía=5>.

<sup>25</sup> Escrito de fecha 20 de enero de 2011, fojas 3457, del procedimiento Rol NC 384-2010, págs. 12 a 18.

<sup>26</sup> Aun cuando la Fundación consideró que el mercado relevante geográfico de compra de leche cruda era fraccionable, cuestión que sabemos no es así porque se trata de un solo mercado nacional, la hipótesis de los altos riesgos anticompetitivos que basa en esa consideración, son plenamente aplicables al caso de esta demanda.

determinados por el directorio de Prolesur, sino que por un comité de gerentes en el cual no participan accionistas minoritarios ni directores nominados por ellos”.

La correspondencia entre lo advertido por este accionista minoritario de Prolesur y el caso que motiva esta demanda, no requiere mayores comentarios.

**c.- En el caso de la FNE:**

- **Concluyó que para que el mercado de compra de leche cruda en Chile opere de manera competitiva, el precio internacional de la leche en polvo debe reflejarse en el precio interno de compra de la leche cruda.**

En efecto, tal como lo indicó la Fiscalía *“Teóricamente, la compra de leche a los productores por parte de las procesadoras responde a una demanda derivada de los productos finales por éstas elaborados”* y entonces si el mercado de compra de la leche cruda *“tiene una estructura competitiva, el precio debería reflejar el valor marginal de la última unidad vendida”*. Siendo *“Chile un país excedentario, exportador neto de leche”*, *“el valor marginal de la última unidad vendida de leche vendida debiese estar representado por el precio que las empresas procesadoras de leche reciben por la leche exportada hacia los mercados internacionales.”* Lo anterior *“no debiera implicar que los precios internacionales y los nacionales de la leche en polvo sean equivalentes”*, por ejemplo porque hay costos de transporte para exportar y de transformación de la leche cruda a leche en polvo, pero sí implica que si el mercado de compra de leche cruda operase de manera competitiva, las variaciones del precio en este mercado debieran ser muy similares, en magnitud y en un período breve de tiempo, a las experimentadas por el precio internacional de la leche en polvo.<sup>27</sup>

- **Analizó la evolución de los precios de compra de la leche cruda domésticos y el precio internacional de la leche en polvo descremada entre los años 2000 y 2010, concluyendo que:**

*“Existe una asimetría entre los traspasos de las alzas y las bajas del precio internacional al mercado de compra nacional. Específicamente, cuando el precio internacional tiene una tendencia a la baja o se mantiene relativamente estable, estos son reflejados rápidamente en el mercado de compra nacional; mientras que durante períodos de alzas en los precios internacionales, éstas no serían traspasadas al mercado interno en una magnitud similar.”*<sup>28</sup>

- **A partir de la conclusión anterior, concluyó a su vez que “los procesadores nacionales pudieron ejercer cierto poder de compra oligopsónico” en el período comprendido entre mayo de 2006 y mayo de 2008 “quedándose**

---

<sup>27</sup> Ver informe de la Fiscalía presentado en el proceso de Consulta, Rol NC 384-2010, párrafos 87 a 89.

<sup>28</sup> Ídem Supra párrafos 90 a 99.

*con las ganancias del mayor precio internacional., las que en su mayoría no fueron traspasadas a los productores.*<sup>29</sup>

- **Concluyó que el mercado relevante geográfico de compra de la leche cruda corresponde a uno solo siendo su alcance nacional, y que los precios se fijan a nivel nacional utilizándose como referencia los precios de la Región de Los Lagos.**<sup>30</sup>
- **Concluyó que el mercado nacional de compra de la leche cruda es uno altamente concentrado en que Colún debe ser excluido a los efectos de calcular las participaciones y los umbrales, por ser una cooperativa integrada verticalmente que de acuerdo a sus estatutos debe comprar toda la leche a sus productores socios.**<sup>31</sup>

**d.- En el caso de FEDELECHE:**

Entre mediados del 2006 y finales del 2008, tuvo lugar un alza sin precedentes en el precio internacional de las leches en polvo. Sin embargo, los precios que las procesadoras habían pagado por la leche cruda durante este período, especialmente las Demandadas, habían estado siempre muy por debajo de esa alza. A raíz de esta disociación tan pronunciada entre los precios internacionales y los precios de la leche cruda, de la habitual falta de justificación de las Demandadas sobre los precios que habían fijado y pagado y de una convicción de que nuevamente se había abusado de los productores, durante el año 2009 FEDELECHE decidió realizar un análisis económico más profundo del mercado de compra. El objetivo de este análisis era poder contar de una vez por todas con un estudio objetivo que nos explicara cuál es el precio de mercado o competitivo que debe pagarse por la leche cruda y que examinara el comportamiento de compra de las procesadoras en el referido período. Posteriormente, hubo un período de 13 meses entre el 2009 y el 2010 en que volvimos a hacer el mismo análisis del comportamiento de los precios. Meses después Soprole y Nestlé hicieron pública su operación de concentración y la sometieron a consulta ante este H. Tribunal.

Dos fueron los escritos principales de FEDELECHE en este proceso. Uno fue el de oposición a la operación de concentración el cual presentamos el 20 de enero de 2011. El otro, fue nuestro escrito del 6 de abril de ese mismo año en que le solicitamos a este H. Tribunal que rechazara el retiro de las consulta presentado por Nestlé y Soprole y que siguiera adelante con el proceso hasta pronunciarse sobre el fondo.

Las consultas se tuvieron por retiradas y nunca llegamos a presentar los resultados del estudio. Sin perjuicio de ello, si adelantamos en ambos escritos algunas de sus conclusiones y de las derivaciones que ellas implicaban para la libre competencia. En el caso de nuestro escrito de 06 de abril señalamos que:

<sup>29</sup> Ídem Supra párrafo 100.

<sup>30</sup> Ídem Supra, párrafos 127 a 149.

<sup>31</sup> Ídem Supra párrafos 150 a 155.

177

- *“En circunstancias competitivas, el precio de compra de la leche cruda debe seguir dólar por dólar las variaciones del precio internacional de la leche en polvo. Ello, por cuanto el precio de compra de la leche cruda está determinado por el precio de su uso marginal, esto es su secado y transformación en leche en polvo.”*
- *“durante el período entre septiembre de 2006 y diciembre de 2008, el precio pagado por Soprole, Nestlé y Loncoleche no siguió el patrón de variaciones del precio internacional.”*
- *“al menos durante el período indicado, Nestlé, Soprole y Loncoleche actuaron anticompetitivamente al ejercer su poder de mercado en la fijación del precio de compra de la leche cruda.”*
- *“Esta conducta anticompetitiva puede derivarse de un abuso de su posición dominante, determinado por Nestlé y Soprole, los principales compradores de leche, y seguido por el resto de la industria, o puede haber sido producto del ejercicio colusivo de poder de compra de estas empresas.”*
- *“El indicado ejercicio abusivo de poder de compra se tradujo en que las indicadas industrias procesadoras dejaron de pagar 304,6 millones de dólares a los productores de leche o, lo que es lo mismo, 45 pesos por cada litro de leche comprado en el período descrito.”*
- *“a estos procesadores les es conveniente y posible ejercer conjuntamente un poder de compra de manera abusiva durante períodos acotados de tiempo. Y eso es justamente lo que hicieron Nestlé y Soprole. Lo abusos indicados se verificaron en períodos en los cuales el precio internacional de la leche en polvo llegó a niveles particularmente elevados, en los que existían mayores incentivos para, de actuar competitivamente, haber pujado más agresivamente en la compra de leche, ajustando el precio doméstico al internacional. La realidad demuestra, sin embargo, que las ahora Consultantes evitaron pujar en la compra (aun teniendo capacidad ociosa para hacerlo), desacoplándose en la baja el precio finalmente pagado a los productores.”*
- **Este gravísimo abuso anticompetitivo de Nestlé, Soprole y Watt’s, no se agotaba en el período comprendido entre septiembre de 2006 y diciembre de 2008, porque disponíamos de nueva evidencia en el sentido que había vuelto a ocurrir en una fecha reciente.**

En definitiva, la conclusión central era que Soprole, Nestlé y Watt’s podían abusar de su poder de compra de manera episódica y por períodos relativamente acotados de tiempo.

152

### III.3. Sesión N° 141 de la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados.

El 7 de enero de este año, representantes de FEDELECHE, de Nestlé y de Soprole, entre otros, concurren como invitados a la Sesión N° 141 de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la Cámara de Diputados.

Así presenta el Diputado Sr. Ignacio Urrutia Bonilla el motivo de la invitación:

*“Bueno, quiero decirles que esta sesión ha sido solicitada de hace ya un tiempo atrás por dos Diputados integrantes de esta Comisión, el Diputado José Pérez y el Diputado Javier Hernández, quienes en reiteradas ocasiones han planteado en esta comisión no sólo durante estos últimos años, sino que durante ya muchos años, el problema que se suscita entre la industria lechera y los productores. Y lo que hemos querido al invitarlos a ustedes hoy día, para que nos cuenten un poco cómo funciona el mecanismo de fijación de precios, esa es un poco la idea.”*

Por Nestlé, asistieron el Sr. Francisco Frei, Director de Asuntos Corporativos y Comunicaciones, el Sr. Francisco Rojas, Director Técnico, el Sr. Marcelo Alonzo, Gerente Estratégico y de Política Agropecuaria, el Sr. Andrés Aguilar, Gerente de Planificación y Estrategia, el Sr. Claudio Sarah, asesor de Política Lechera y el Sr. José Luis Tagle, abogado corporativo. Por Soprole, el Sr. Gerardo Varela, Presidente del Directorio, el Sr. Hugo Covarrubias, Gerente General y el Sr. Carlos Poblete, asesor de la Gerencia General.

H. Tribunal, no vamos a transcribir lo que estos representantes indicaron al exponer respectivamente sobre cómo cada demandada determina y fija los precios que paga por la leche cruda. Estamos acompañando a la demanda una transcripción de toda la sesión.

Por ahora, lo que queremos destacar son solo tres cosas:

- Esta sesión es el último registro que tiene FEDELECHE sobre de la manera en que Nestlé y Soprole dicen determinar los precios que pagan por la leche cruda.
- Es verdaderamente sorprendente escuchar cómo dos procesadoras con los mayores poderes de compra de leche cruda del mercado, pueden dar versiones tan distintas y contradictorias sobre los factores que consideran para determinar los precios.
- En todo caso, ninguna de las explicaciones dadas es coherente con un mercado de compra competitivo. Ello, aun cuando la entregada por Soprole, por lo menos, reconoce varios elementos importantes que son propios de un precio competitivo, pero que en la práctica, no cumple en lo absoluto.

## IV EL CASO DE ESTA DEMANDA

Con la información y análisis de que disponíamos algunos años atrás, pensábamos que solo era posible que Soprole, Nestlé y Watt's abusaran de su poder de compra en forma episódica y no de manera permanente y sistemática. Pero nos equivocamos. La situación, en consecuencia, es mucho peor. Veamos por qué.

153

El siguiente es el primer gráfico (Gráfico 1.1) del Informe Económico que acompañamos a esta demanda. Con él sus autores presentan los hechos y conclusiones principales que motivan este caso. Son los siguientes:

“1. El Gráfico 1.1 muestra el precio internacional en dólares de la tonelada de leche en polvo entera (línea oscura/azul)<sup>32,33</sup>; el precio promedio de compra de cada mes de la leche cruda en la X Región, transformado a su equivalente en leche en polvo entera (línea clara/rosada)<sup>34</sup>; y la diferencia entre los dos, todos entre septiembre de 1993 y mayo de 2014 (línea punteada/roja). Entre septiembre de 1993 y agosto de 2006 la diferencia fluctúa y rara vez sobrepasa los US\$500/ton<sup>35</sup>. Sin embargo, a partir de septiembre de 2006, y coincidiendo con el aumento del precio internacional, crece rápidamente, sobrepasa los US\$1000/ton en enero de 2007, se mantiene por sobre US\$1.500/ton entre junio y diciembre de 2007 y, con la excepción de solo dos meses, se mantiene por sobre los US\$1000/ton hasta agosto de 2008.

2. Un episodio similar se desarrolló desde el primer trimestre de 2013. Tal como se aprecia en el Gráfico 1.1, entre febrero y abril el precio internacional aumentó en casi US\$2000/ton, desde US\$3.425/ton hasta US\$5.394, manteniéndose en niveles sin precedentes por un año. Y, tal como en 2006, la diferencia de precios aumentó casi de inmediato a poco más de US\$2000 en abril de 2013 y esta vez se mantuvo casi todo el año en más de US\$1.500, empujándose por sobre los US\$2.000/ton en diciembre del año pasado.

3. El comportamiento de la diferencia de precios recién descrito es inconsistente con un mercado competitivo de la compra de leche cruda. En efecto, en un mercado competitivo los procesadores pujan y el precio de la leche cruda en el predio le traspasa al productor toda la renta económica que se obtendría vendiendo la leche en el mercado internacional. Sin embargo, el comportamiento del precio doméstico y de la diferencia entre septiembre del 2006 y septiembre del 2008; y luego entre abril de 2013 y abril de 2014, muestran que los procesadores se quedaron con buena parte de las rentas económicas creadas por el mayor precio internacional. Así, durante el primer episodio no se le traspasaron al precio en el predio más de US\$1000/ton; durante el segundo episodio, no se le traspasaron más de US\$1.500/ton.

4. Las desviaciones del equilibrio competitivo entre septiembre de 2006 y abril de 2014 son de magnitud apreciable. Tomando como base de comparación el

<sup>32</sup> “Precio fob puesto en el puerto de Oceanía de una tonelada métrica de leche en polvo entera de 26% de materia grasa reportado por la USDA. La USDA compila cada dos semanas información de transacciones, ofertas de venta y fuentes secundarias y luego reporta el precio máximo y el mínimo. El Gráfico 1.1 reporta la media de los máximos y mínimos de cada mes. Entre 2000 y 2014 la diferencia media entre el mínimo y el máximo es alrededor de 10%; la mediana es 9%.”

<sup>33</sup> “Nótese que las exportaciones de leche en polvo chilenas no reciben necesariamente este precio. Por lo tanto, no es el precio que determina el nivel de precio en Chile. Sin embargo, el mercado mundial de la leche está arbitrado. Por lo tanto, las variaciones de este precio indican en cuánto debiera variar el precio relevante chileno, y, por ende, el precio doméstico chileno.”

<sup>34</sup> “Es decir, el precio de la leche cruda reportado en el gráfico es igual a (precio \$/litro) x (tipo de cambio US\$/\\$) x (7.890litros/tonelada).”

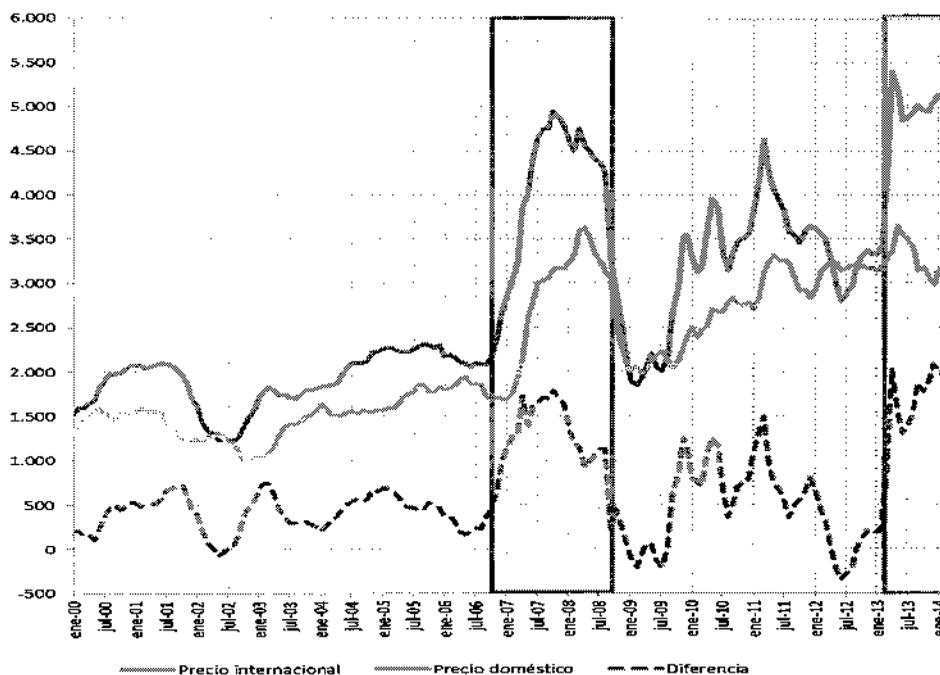
<sup>35</sup> “Hasta agosto de 2006 la diferencia es US\$230/ton (la mediana es US\$216/ton). Desde enero de 2001 y hasta agosto de 2006, periodo en que las exportaciones crecen, la diferencia es algo mayor, US\$421/ton (la mediana es US\$464/ton).”

período entre enero de 1999 y agosto de 2006, desde septiembre de 2006 en adelante la diferencia promedio entre el precio internacional y el precio de compra de la leche cruda aumenta desde US\$360/ton a \$847/ton después —es decir, US\$487/ton.

**5. Una estimación conservadora indica que entre septiembre de 2006 y abril de 2014, los productores dejaron de recibir US\$737,8 millones<sup>36</sup>.** Esta magnitud es considerable: por caso 12.000 millones de litros los procesadores pagaron poco menos de US\$4.300 millones; si se hubiesen pagado precios competitivos, el monto total hubiese sido unos US\$5.000 millones, 17,3% más. Puesto de otra forma, si se hubiese competido, el precio medio por litro durante el período hubiese sido alrededor de \$213,7/ℓ; el precio promedio efectivamente pagado fue poco más de \$182,2/ℓ; \$31,5/ℓ menos.

**De haberse competido por la leche cruda, esta renta económica hubiese sido íntegramente de los productores<sup>37</sup>. Así, se confirma que parte de la renta económica de la leche cruda no se quedó en la puerta del predio, como hubiese ocurrido en un mercado competitivo.** (Énfasis agregado).

Gráfico [xxx]  
Dos episodios  
(2000-2014, US\$/ton LPE)



Los hechos hablan por sí solos.

La evidencia crasa da cuenta de que las Demandadas, desde hace años, no tienen un comportamiento de compra de leche cruda consistente con un mercado competitivo. Si las Demandadas y por lo mismo el resto de las empresas procesadoras hubiesen competido en la compra de leche cruda toda la renta económica creada por el aumento en el precio

<sup>36</sup> “El cálculo excluye a Colón. La justificación se expone en la sección 5.4.”

<sup>37</sup> “Por supuesto, los precios sistemáticamente más bajos distorsionan la asignación de recursos; en este caso, se produce y exporta menos leche que de lo que sería eficiente.”

155

internacional hubiese sido traspasada a los productores a través de un mayor precio de la leche cruda. Pero ello no ocurrió, el precio de la leche cruda no subió dólar por dólar cuando el precio internacional aumentó porque las Demandadas no pujaron en la compra.

De haber pujado, el precio de la leche cruda hubiese subido a la par del precio internacional; el resto de las empresas procesadoras las habrían seguido tomando los precios pagados por las Demandadas; y toda la renta económica creada hubiese sido traspasada a los productores. Las Demandadas no se abstuvieron de pujar porque carecieran de capacidad instalada para comprar más leche cruda, producir más leche en polvo o queso y exportarlos. De hecho tenían capacidad ociosa y les era económicamente conveniente a cada una de ellas subir de manera unilateral el precio de la leche cruda para expandir su producción. Sin embargo, ninguna lo hizo; evitando que el precio de la leche cruda subiera y traspasara la renta económica del alza del precio internacional a los productores.

Esta es la evidencia que revela que Soprole, Nestlé y Watt's, ejercieron su poder de compra de manera permanente y sistemática, pagando precios por la leche cruda que dejaron en ellos importantes rentas económicas que son de los productores. En otras palabras, que revela que el abuso de la posición dominante de las Demandadas en el mercado de compra de leche cruda no ha sido episódico sino que estructural.

H. Tribunal, todo un mercado no funciona bien simplemente a causa de este abuso de las Demandadas. Rentas económicas por a lo menos US\$737,8 millones de dólares hubieran sido traspasadas a los productores si estas empresas procesadoras se hubieran comportado competitivamente entre septiembre de 2006 y abril de 2014.

Pero como vemos les resultó muy lucrativo no hacerlo.

El precio de la leche cruda no subió como o hubiese hecho en un mercado competitivo y en promedio el precio efectivamente pagado durante este período fue de alrededor de \$182,2/ℓ. De haber sido competitiva la compra, el precio hubiese sido \$31,5/ℓ mayor<sup>38</sup>. Además, se quedaron con buena parte de las rentas económicas creadas por el mayor precio internacional de la leche en polvo. En el caso de Soprole, no competir ejerciendo su poder de compra durante el período señalado le significó quedarse con una renta económica de algo más de US\$232 millones de dólares; en el caso de Nestlé de US\$188 millones de dólares; y en el caso de Watt's de US\$114 millones de dólares.

En los capítulos que siguen se explica en detalle la consistencia de este ejercicio permanente del poder de compra de las Demandadas, por qué constituye un comportamiento previsto y sancionado por el artículo 3° letra b) del DL 211 o en cualquier por el artículo 3° inciso primero, y cómo ha distorsionado gravemente el funcionamiento del mercado de compra de la leche cruda causándole a los productores perjuicios tremendamente considerables.

---

<sup>38</sup> Precios de compra de la leche cruda sistemáticamente más bajos también distorsionan la asignación de recursos porque se produce y exporta menos leche de lo que sería eficiente.

156

**V FIN DE UNA CONTROVERSI HISTÓRICA: EXISTE UN ABUSO DE LAS DEMANDADAS EN LA FIJACIÓN DE LOS PRECIOS DE COMPRA DE LA LECHE CRUDA Y ÉSTE NO ES EPISÓDICO SINO QUE PERMANENTE Y SISTEMÁTICO**

**V.1. Antecedentes.**

En el capítulo precedente, vimos que a propósito de su aporte de antecedentes en el procedimiento no contencioso relativo a una operación de concentración Rol NC 384-2010, entre Nestlé y Soprole, FEDELECHE hizo presente ante ese H. Tribunal la ocurrencia de episodios de ejercicio de poder de compra en el mercado de la leche cruda. Hemos visto también como la FNE detectó la falta de explicación competitiva para el comportamiento de los precios de compra que examinó cuando emitió su informe en dichos autos no contenciosos.

Asimismo, hemos constatado que las demandadas históricamente esbozan múltiples y contradictorias versiones para explicar el comportamiento de los precios y negar su origen ilícito, generando con ello una larga controversia con FEDELECHE, cuyos asociados se han visto sistemáticamente privados de percibir el precio de mercado competitivo por su leche cruda.

Sin embargo este tráfico de versiones y explicaciones al paso no les resultará ya posible a las demandadas. Las explicaciones ahora tendrán que darlas en este proceso, aunque no podrán ser muy convincentes, ya que la evidencia apunta inequívocamente a la hipótesis de una explotación sistemáticamente abusiva de su poder de compra.

En efecto, con posterioridad al procedimiento de consulta antes mencionado, FEDELECHE prosiguió investigando la evolución de los precios de compra de la leche cruda, toda vez que, a pesar de que en tal asunto no contencioso se empezaba a develar el carácter anticompetitivo de la conducta de las demandadas en este mercado, su comportamiento como compradores oligopsónicos permaneció inalterable.

No debe olvidarse que FEDELECHE se opuso expresamente<sup>39</sup> a que se pusiese término anticipado a la consulta de Nestlé y Soprole, conforme fue en su momento solicitado por los entonces interesados. Esta oposición precisamente tuvo como propósito el que se profundizase en el análisis del comportamiento de los principales compradores en el mercado, ya que la evidencia que proporcionaba el expediente de consulta daba cuenta de un grave comportamiento anticompetitivo de estos actores dominantes que a todas luces convenía investigar, y eso era, lo que a nuestro juicio, perseguía precisamente evitar el retiro de la consulta.

Pues bien, según decíamos, con posterioridad al cierre de la consulta, FEDELECHE prosiguió en su análisis del comportamiento de los precios internos de la leche cruda y las causas de su evidente desalineación con los precios internacionales de la leche en polvo.

<sup>39</sup> Presentación de fojas 4.722 y ss., en el proceso de Consulta Rol NC N° 384-2010.

157

Para tal efecto, se contrató la opinión independiente de los profesores Fernando Díaz, Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza.

De ese análisis ha surgido evidencia robusta e incontrarrestable de que esta desalineación ha sido producto de una falta de competencia de los demandados, que con el propósito posible de extraer rentas en perjuicio de los productores nacionales de leche cruda, han retraído sistemáticamente su puja por adquirirla, aun ante eventos de grandes aumentos del precio internacional. Con ello se ha mantenido o llevado los precios de compra a un nivel artificialmente bajo.

En efecto, el trabajo elaborado por los profesores Díaz, Galetovic y Sanhueza (*“Un análisis económico de la compra de leche cruda en Chile”*, en adelante, el *“Informe Económico”*) concluye fundadamente que el ejercicio de poder de compra en el mercado de la leche cruda, no ha sido puramente episódico como lo sugería la evidencia analizada hasta 2010 y expuesta en los antecedentes aportados por FEDELECHE para la consulta no contenciosa abierta por Nestlé y Soprole, sino que se trata de una situación estructural y permanente.

Dicho de otro modo, los episodios de ejercicio de poder de compra a que hacíamos alusión en la sección precedente de esta demanda, son indicativos de un abuso estructural de las demandadas al menos desde 2006, no siendo robusta la evidencia de que haya existido un comportamiento competitivo de éstas antes de dicha fecha. Lo veremos en los apartados siguientes de esta sección.

## **V.2. Principio fundamental de los precios en un mercado competitivo de compra de leche cruda: El precio internacional de la leche en polvo entera debe determinar el precio de la leche cruda.**

Sabemos que el precio internacional de los *commodities* determina su precio interno, por lo que de esa misma regla económica debe ser tributaria la relación entre los *commodities* lácteos -en particular la leche entera en polvo- y la leche cruda comercializada en el país.

El principio básico en esta materia es que los mercados internacionales de *commodities* funcionan arbitrados, por lo que en Chile, el costo oportunidad de vender un *commodity* en el mercado interno será siempre venderlo en el mercado internacional y, por tanto, al precio internacional.

En consecuencia, como regla general, cada vez que las variaciones del precio doméstico no siguen dólar por dólar a las variaciones del precio internacional, ello constituye una poderosa señal de que los actores dominantes del mercado respectivo no han guardado una conducta competitiva.

El Informe Económico demuestra que esta consecuencia aplica plenamente en el comportamiento de los agentes de compra del mercado de la leche cruda. En las secciones posteriores de esta demanda, veremos como en el mercado de la leche cruda, los precios

108

domésticos de compra necesariamente deben determinarse por los precios internacionales de la leche en polvo. Veremos también como ello no se produce en el caso del mercado nacional, existiendo ostensibles desviaciones en esta relación. También apreciaremos que estas desviaciones carecen de cualquier explicación competitiva y sólo pueden atribuirse a un ejercicio del poder de compra de las demandadas. Finalmente, demostraremos que este abuso no se ha presentado con un carácter puntual o episódico, sino que presenta un carácter sistemático o estructural, siendo producto de una política de precios permanente de los procesadores demandados.

### **V.2.1. La demanda de leche cruda por los procesadores es una demanda derivada.**

En efecto, la demanda de leche cruda depende de la demanda de los múltiples bienes finales que elaboran los procesadores aguas abajo. Ello significa que dentro de los distintos usos de la leche cruda se diversifican entre estos bienes finales de valor agregado. De lo anterior se sigue además que entre todos estos múltiples usos alternativos debe existir un uso marginal que representa el de menor valor agregado y por tanto, el costo de oportunidad de los demás.

### **V.2.2. Nivel competitivo del precio de compra.**

Dicho lo anterior, se sigue que la determinación de cuál debe ser el nivel competitivo del precio de compra de leche cruda en Chile, requiere tener en consideración que su demanda es derivada y de que existe un uso marginal para este insumo. Lo anterior, por cuanto en el caso de la leche cruda, el precio debe ser igual al valor de dicho uso marginal, menos los costos de transformación y comercialización, según veremos más adelante.

### **V.2.3. El uso marginal de la leche cruda en Chile.**

En consecuencia con lo ya expuesto, resulta esencial para este análisis establecer cuál es en Chile el uso marginal de la leche cruda.

Conforme se detalla ampliamente en el Informe Económico, alrededor de un tercio de la leche cruda adquirida a los productores nacionales por parte de los procesadores, se destina por estos últimos a la elaboración de una serie de productos de valor agregado que se comercializan con marcas aguas abajo.

La pura circunstancia que sólo una parte de la producción adquirida por los procesadores se destine a la elaboración de estos productos es indicativa de que, debiendo corresponder ello a un comportamiento racional, la contribución de tales productos en las utilidades de los procesadores es superior a la que obtendrían transformando la leche cruda en *commodities* lácteos transables. En consecuencia, resulta forzoso concluir que el uso

159

marginal de esta producción será la elaboración de tales *commodities*, esto es, secar la leche para transformarla en leche en polvo entera. De hecho, alrededor de un tercio de la leche cruda se transforma en leche en polvo.

**V.2.4. El valor de la leche cruda en su uso marginal equivale al precio de mercado de la leche en polvo entera.**

Visto que el uso marginal de la leche cruda es secarla para transformarla en leche en polvo entera y que su precio debe ser igual al valor de dicho uso marginal, se desprende que el precio de la leche cruda debe equivaler al precio de mercado de la leche entera en polvo.

Ahora bien, deben considerarse en esta equivalencia dos cuestiones importantes.

La primera, es que la igualdad planteada obviamente requiere previamente que se lleven los equivalentes a una condición que permita compararlos. En este caso, ello requiere que la leche en polvo se exprese en litros de leche cruda equivalente. Por lo tanto, la comparación de precios debe hacerse entre una tonelada de leche en polvo entera con 7.890 litros de leche cruda, que son los necesarios para producirla<sup>40</sup>.

La segunda cuestión apunta a que la leche entera en polvo constituye el resultado del uso marginal de la leche cruda en Chile, pero al mismo tiempo es, en sí misma, un producto elaborado, por lo que su precio considera costos tanto de transformación como de comercialización adicionales al costo de la leche cruda como insumo. En consecuencia, la equivalencia entre el precio de mercado de la leche cruda y el precio de mercado de la leche en polvo entera debe ser en términos netos de los costos de transformación y comercialización de esta última.

**V.2.5. El precio de mercado de la leche en polvo entera es igual al precio internacional.**

En seguida y como es bien sabido, la leche en polvo es un *commodity* transable a nivel internacional, de lo que se sigue dada la capacidad de arbitraje de los mercados internacionales, el precio de mercado de la leche en polvo es necesariamente el mismo que el precio internacional.

**V.2.6. Nivel de precio de compra competitivo en el mercado de la leche cruda.**

De todo lo expuesto, surge entonces con claridad que -dentro de un mercado caracterizado por un proceder competitivo de sus agentes- si el precio de la leche cruda debe coincidir con el precio de mercado de la leche entera en polvo y sabemos que en este caso, el precio de mercado de la leche en polvo coincide o debe ser el mismo que su precio internacional, entonces, el precio competitivo de mercado de la leche cruda debe

<sup>40</sup> Según el factor de conversión establecido por ODEPA en su Boletín de la Leche.

160

necesariamente ser igual al precio internacional de la leche en polvo entera expresada en litros de leche cruda equivalente menos sus costos de transformación y comercialización.

**V.2.7. Si la compra de leche cruda es competitiva, la demanda y oferta internas no afectan su precio. Solo determinan las cantidades exportadas.**

Los párrafos precedentes conducen inevitablemente a constatar que la situación de competencia en el mercado nacional de la leche cruda se está viendo amagada por circunstancias que constituyen una grave distorsión.

En efecto, ya sabemos que la equivalencia entre el precio de la leche cruda y el precio internacional de la leche en polvo es una condición necesaria para evaluar como lícito el comportamiento de los compradores en este mercado y es también evidente que tal equivalencia ha estado lejos de producirse, al menos en los últimos ocho años, toda vez que entre estos órdenes de precio se evidencian enormes diferencias de nivel que aumentaron sin explicación alguna a partir de agosto de 2006, al punto que desde ese momento y hasta ahora, el precio interno de compra simplemente ha dejado de seguir las variaciones del precio internacional. Asumido lo anterior, resulta evidente que estos nivel y trayectoria de precios del mercado de compra denotan inequívocamente que no ha existido un comportamiento competitivo de los compradores y, por el contrario, que éstos han ejercido abusivamente un poder de compra para mantener un nivel de precios de la leche cruda sostenidamente inferior al nivel del precio internacional de la leche entera en polvo.

Esta grave alteración de la libre competencia en nuestro mercado lechero no puede persistir ni un momento más y es la causa que motiva la presentación de nuestro libelo.

Para fundar con seriedad el carácter anticompetitivo del resultado descrito, FEDELECHE se propuso comprobar si existían hipótesis distintas al ilícito abusivo que pudieran justificar la severa asimetría largamente imperante entre los precios internos y los precios internacionales.

Se trata, básicamente de comprobar si resultaría posible explicar dicha asimetría por la existencia en la formación del precio interno de la leche cruda de factores asociados a la demanda y oferta interna y por tanto distintos del comportamiento del precio internacional. A esto se destinan fundados razonamientos en el Informe Económico.

Hemos concluido que conforme con la teoría económica más básica, no resulta posible atribuir la asimetría sistemática entre el precio de la leche cruda y el precio internacional de la leche en polvo a factores propios de la dinámica de la oferta y demanda domésticas, ya que en un mercado competitivo, tanto los productores como los procesadores son tomadores del precio de mercado de la leche cruda, que en este caso es el precio internacional de la leche en polvo entera, en los términos ya expresados

261

anteriormente. Por lo tanto, la oferta y demanda interna de leche cruda no puede determinar su precio, sólo determina las cantidades exportadas<sup>41</sup>.

En efecto, fuera de estos costos de transformación y comercialización, en el supuesto de un mercado competitivo, no es posible que otros factores asociados a la oferta y la demanda de la leche cruda afecten su precio. Éste viene siempre determinado por los precios internacionales netos de los costos ya señalados. No existen factores domésticos que incidan sistemáticamente en la formación de los precios de compra.

Se profundizará más adelante sobre esto, pero desde ya debemos concluir que la economía básica no identifica explicación doméstica alguna –de carácter lícito, ciertamente- para la desalineación de precios, o dicho de otro modo, no existe explicación válida desde el punto de vista de la formación competitiva de los precios, para que los demandantes de leche cruda sistemáticamente no pujen en el mercado de compra, para adquirir leche y procesarla, hasta la zona de indiferencia en que el precio del insumo se asimila al precio del *commodity* internacional, menos sus costos de transformación y comercialización.

### **V.3. Las propias demandadas admiten que el precio internacional debería determinar el precio de compra de la leche cruda.**

La necesaria relación entre el precio de la leche cruda y el precio internacional de la leche en polvo, si la compra de leche cruda fuese competitiva, responde a una cuestión de economía básica que no puede controvertirse en un debate serio.

Tanto es así que incluso las demandadas en distintas instancias han debido admitir que efectivamente el precio internacional debería determinar al precio de compra de la leche cruda. Lo veremos en los acápites siguientes.

#### **V.3.1. Política de precios de Fonterra.**

Una primera y muy importante manifestación de lo expuesto lo constituye la pública política de precios de Fonterra, la cooperativa neozelandesa de productores de leche fresca que es matriz de Soprole, hace pública la forma en que establece el precio a pagar a sus cooperados neozelandeses<sup>42</sup>.

En efecto, dado que Fonterra es por lejos el principal comprador de Nueva Zelanda, ha diseñado y hecho pública una política de precios que intenta emular los resultados de un mercado competitivo de compra, o lo que es lo mismo, ha establecido un mecanismo

<sup>41</sup> En el Informe Económico, (Páginas 10 y ss. y gráfico 3.1.) se explica con detalle como a excepción de un régimen de autarquía, que no es el caso de Chile que opera como economía abierta, la oferta y la demanda derivada domésticas no determinan el precio de equilibrio de la leche cruda, por cuanto siendo el uso marginal de la misma secarla para exportación, por una parte, los productores y procesadores debiesen ser únicamente tomadores del precio internacional del *commodity* y, por lo tanto, la intersección entre la oferta y la demanda derivada domésticas sólo determina la cantidad de leche que se destinará al mercado de elaboración interno aguas abajo y la cantidad que se exportará como leche en polvo entera, que será por su naturaleza el remanente.

<sup>42</sup> La descripción detallada de la política pública de precios de Fonterra, se puede encontrar en el Informe Económico, páginas 13 y ss y cuadro 3.1.

público de fijación del precio de compra que asegure que Fonterra guarde un comportamiento competitivo en el mercado que domina.

Este mecanismo, en lo sustantivo, consiste en que Fonterra diseña un procesador hipotético eficiente que adquiriendo la misma cantidad de leche cruda que la empresa real, elabora una canasta de *commodities* lácteos transables y los exporta a precio internacional. De ese ingreso deduce los costos razonables de elaboración, incluido el costo de capital de las plantas procesadoras, y los costos razonables de la exportación. La diferencia se la paga íntegramente a los productores de leche.

Como puede fácilmente apreciarse, el mecanismo diseñado y aplicado por la empresa matriz de Soprole para la determinación del precio de compra, se encuentra totalmente entregado a los precios internacionales de los *commodities* transables de su canasta, razón por la cual la única conclusión posible en el ámbito de la libre competencia es que, en el concepto de dicha empresa, el resultado de esta metodología es el precio competitivo de la leche cruda, mientras que otro resultado que ignore la vinculación entre el precio de compra de la leche cruda y el precio internacional, se aparta de un proceder competitivo del procesador dominante<sup>43</sup>.

A esta conclusión ha arribado también el profesor de la Universidad de Princeton y Deputy Assistant Attorney General for Economics del Department of Justice de Estados Unidos entre 1989 y 1991, Robert Willig<sup>44</sup>, quien ante la pregunta acerca de si la metodología diseñada y aplicada por Fonterra arroja un nivel de precio de compra consistente con la libre competencia, señala que en un mercado competitivo, el precio de la leche cruda *"[...] es equivalente al precio internacional de la leche en polvo, menos el costo de procesamiento y comercialización (incluyendo depreciación e intereses), y menos una tasa normal de retorno de la inversión"* y que por lo tanto, en un mercado competitivo, *"[...] el precio de la leche cruda que reciben los productores sería empujado al alza por la competencia de los procesadores de productos lácteos, hasta el punto en que los procesadores que venden materias primas lácteas en el mercado global estarían ganando una tasa normal de retorno sobre sus inversiones. El hecho que el precio reflejará todas las rentas económicas de vender materias primas lácteas de Nueva Zelanda en el mercado global [...] es un equilibrio competitivo y las rentas económicas se verían reflejadas en un precio más alto de la tierra que es apta para la actividad lechera"*<sup>45</sup>.

No deja de provocar estupor, Honorable Tribunal, comprobar que hasta ahora ha sido posible que una empresa dominante local como Soprole que es subsidiaria de una empresa internacional dominante en su país de origen, haya podido desacoplarse impunemente por tantos años de la metodología de precios que sí debe aplicar la matriz,

<sup>43</sup> No debe olvidarse que este mecanismo de auto-regulación le viene impuesto a Fonterra por una ley local (Dairy Restructuring Act, "DIRA") que persiguió establecer mecanismos protectores de la libre competencia en el mercado lácteo neozelandés ante la fusión que en 2001 dio origen a dicha empresa.

<sup>44</sup> Vid. análisis completo en el Informe Económico.

<sup>45</sup> Willig R., M. Guérin-Calvert y A.V. Lerner (2011), "The Effectiveness of DIRA in Fostering Competition and Economic Efficiency in New Zealand Dairy Markets". Mimeo (Public Version) Compass Lexecon. Traducción libre.

como recaudo indispensable para garantizar que el mercado donde se desenvuelve tendrá un comportamiento libre de abusos anticompetitivos en esta materia.

Mayor estupor provoca que la propia filial chilena de Fonterra, como veremos en el apartado siguiente, admite abiertamente que el precio doméstico de compra debe seguir al precio internacional de la leche en polvo y sin embargo, abusando abiertamente del poder de compra que le proporciona su posición de privilegio en este mercado, mantiene ostensible y artificialmente desalineados ambos precios, generando un enorme y sostenido perjuicio a nuestros asociados. Más allá del estupor por la impunidad con la que se ha actuado, con esta demanda pretendemos que al menos se haga cesar este evidente ilícito.

### V.3.2. Aseveraciones de Soprole y Nestlé.

#### V.3.2.1.- Soprole.

Ya hemos señalado que esta demandada es la que más abiertamente ha señalado que el mecanismo de control y aseguramiento competitivo del mercado de compra de la leche cruda, radica en la necesaria vinculación entre el precio a productor con el precio internacional de la leche en polvo.

En efecto, existen múltiples testimonios de Soprole en que ha señalado que el precio nacional de la leche cruda se determina con base en el precio internacional del *commodity* respectivo, la leche en polvo, siendo tal mecanismo una prueba y una garantía de que el comportamiento de precios del oligopsonio existente se encuentra bien disciplinado.

Sólo a título ejemplar, en el ya citado procedimiento no contencioso rol NC N° 384-2010, Soprole abundó en alegaciones acerca del modo en que el vínculo entre los precios internacionales y los domésticos de la leche cruda cautelaría la integridad competitiva de este mercado, quedando ésta a recaudo de cualquier abuso de los actores dominantes, ya que no estaría a su alcance sobreponer su poder de compra a la disciplina que impone el mercado internacional y sus consiguientes incentivos económicos para pujar competitivamente.

Así, puede verse que en el escrito de consulta que Soprole presentó a ese H. Tribunal<sup>46</sup>, al referirse precisamente a la determinación del precio de la leche cruda en lo que estimaba era el mercado relevante de las regiones X y XIV, señaló que para tal efecto, se toman precisamente como referencia los precios internacionales de los productos lácteos transables, concluyendo Soprole que *“El precio de compra de leche es representativo de un precio competitivo. Así, en el mercado de la X-XIV Región el mismo se determina en base a distintas variables, con un gran peso de los precios internacionales, por lo que el precio por litro de leche cruda proviene de bases competitivas en que existe plena competencia. En los restantes mercados hacia el norte (se refiere al resto de las regiones lecheras del*

<sup>46</sup> Fs. 194 y ss.

país) *el mismo es representativo del precio existente en el mercado relevante de la X-XIV Región, más costos de transportes y otros alternativos*".

Posteriormente, Soprole ha desarrollado con amplitud la influencia de los precios internacionales en el precio doméstico de compra. Así ocurrió en su intervención ante la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la H. Cámara de Diputados<sup>47</sup>, donde representantes de Soprole explicaron en detalle los principios en virtud de los cuales fijan sus precios de compra de leche cruda.

Conforme con tales principios, la demandada sostuvo que intenta emular con los precios el comportamiento competitivo de un mercado de compra, mediante una metodología marginalista, remunerando al valor del *"ingreso marginal"* y considerando que siendo Chile un mercado superavitario el *"ingreso marginal corresponderá a la exportación"*. Añade Soprole que conforme con ese principio el precio que esta empresa ha pagado, y en general el que se ha pagado en el mercado, *"Está perfectamente correlacionado a la paridad efectiva de exportación"*<sup>48</sup> (...) *Porque al haber un precio afuera al que yo puedo optar, me cambia los equilibrios internos, si el precio FOB afuera sube, yo voy a subir mis precios internos de consumidor hasta que (...) y eso que no exporto. Si bajan, no voy a exportar nada y lo voy a vender en el mercado interno hasta que el precio interno me caiga a la paridad de exportación*".

Lo anterior no obsta a que en el parecer de Soprole, esta correlación admita cierto rezago temporal que estiman en aproximadamente tres meses y que radicaría en que ese lapso representa el intervalo en que esa empresa celebra contratos de venta de sus *commodities* al exterior.

### V.3.2.2. Nestlé.

Otro tanto ha hecho Nestlé.

Por de pronto, así lo sostuvo ante ese H. Tribunal al solicitar la autorización para el Joint Venture o fusión con Soprole. En efecto, en términos generales esta procesadora le indicó a ese H. Tribunal que *"Los precios de adquisición de leche cruda en Chile, sin perjuicio de responder al equilibrio del mercado local, se encuentran razonablemente disciplinados por los precios internacionales de los commodities lácteos"*<sup>49</sup>; lo anterior, por cuanto *"el mercado lácteo nacional se encuentra abierto al comercio internacional dada la política arancelaria chilena y los tratados de libre comercio suscritos"*<sup>50</sup>.

Desarrollando este concepto, Nestlé sostiene que siendo la leche un producto que se transa internacionalmente, básicamente como leche en polvo, ello influye en la determinación de los precios de compra en Chile, poniendo un coto inferior y otro superior

<sup>47</sup> En Sesión N° 141 de 07 de enero de 2014, cuya transcripción se acompaña en un otrosí. Dicha Sesión se convocó especialmente para analizar la fijación de los precios de compra de la leche cruda, según hemos señalado en la introducción de esta demanda.

<sup>48</sup> En otra parte de su intervención, Soprole señaló a los diputados que *"el precio FOB de Chile está explicado en más de un 90% por el precio internacional"*.

<sup>49</sup> Fs. 26.

<sup>50</sup> Fs. 57.

265

a los precios internos, en el sentido de que *“frente a precios internacionales muy bajos de la leche en polvo, precios altos en Chile llevarán a que se sustituya compra nacional por importaciones; y situaciones de precios inusualmente altos en el extranjero instarán a los productores a exportar su producción en lugar de venderla en el país, salvo que se produzca un alza en los precios internos”*<sup>51</sup>.

En el esquema de análisis de Nestlé, esta alza en los precios internos necesariamente debiese producirse en nuestro mercado, ya que ha señalado enfáticamente que *“Las industrias lácteas dependen de los productores de leche cruda”*<sup>52</sup> y por lo mismo *“no es sustentable en el mediano a largo plazo que mediante conductas oportunistas, los primeros (...) pretendan obtener rentas sobre-normales a costa de los segundos, pues ello afectaría, en definitiva, la sustentabilidad de sus propias fuentes de aprovisionamiento de un insumo determinante y los sometería inclusive a enfrentarse a eventualidades de carencias de suministro.”*<sup>53</sup>

Posteriormente, en la comparecencia de esta empresa ante la H. Cámara de Diputados, antes referida, Nestlé relativiza bastante sus dichos sobre la influencia de los precios internacionales en el precio doméstico de compra, lo que demuestra el carácter instrumental de sus asertos: Cuando se trata de alegar la inocuidad de una fusión, Nestlé destaca el carácter disciplinador de los precios internacionales, mientras que cuando debe justificarse ante el escrutinio parlamentario, porque su política de precios en la práctica no se disciplina del modo señalado, arguye la existencia de supuestos factores domésticos independientes que primarían en la formación del precio de compra. Más adelante analizaremos la posición de Nestlé en la sesión especial de la Cámara Baja.

#### **V.4. Principales consecuencias para un mercado competitivo:**

En los dos numerales precedentes, hemos establecido los contornos fundamentales del estándar competitivo para la determinación del precio en el mercado de compra de la leche cruda. Dicho estándar se satisface en la necesaria simetría entre las variaciones de ese precio y las variaciones del precio internacional de la leche entera en polvo.

En los siguientes acápites, revisaremos de qué forma se concreta específicamente el referido estándar y cuáles son sus consecuencias fundamentales.

##### **V.4.1. En un mercado competitivo, las variaciones del precio de compra de la leche cruda deben seguir dólar por dólar a las variaciones del precio internacional de la leche en polvo, aunque ello se produzca con un cierto rezago.**

Hemos señalado anteriormente que el hecho que el precio internacional de la leche en polvo determine el precio doméstico de la leche cruda en un mercado competitivo, no significa que ambos precios deban ser iguales para que se cumpla esta condición de

<sup>51</sup> Fs. 58.

<sup>52</sup> Fs. 80.

<sup>53</sup> Fs. 81.

competencia. Por el contrario, lo normal será que existan diferencias permanentes entre ambos, derivadas de los costos de transformación de la leche cruda en leche en polvo y los de su comercialización. Lo esencial es que las diferencias radiquen precisamente en estas razones de costo y no en la acción autónoma, unilateral o colectiva, de ciertos actores que por ostentar un poder de compra, dispongan de la independencia de comportamiento necesaria para hacerlo. Un mercado competitivo depende de que los actores sean o se comporten como tomadores del precio de mercado de la leche cruda, esto es, del precio internacional de la leche en polvo con las deducciones ya mencionadas.

En consecuencia, el rasero de comportamiento competitivo del mercado, no depende de la igualdad de los precios señalados, sino más bien de que el precio doméstico siga las variaciones del precio internacional. Ahora bien, cabe preguntarse entonces cómo debe operar la simetría entre la evolución del precio internacional y el doméstico; y la respuesta es que el precio doméstico debe seguir dólar por dólar a las variaciones del precio internacional, o peso por peso cuando tales variaciones se transforman al tipo de cambio de mercado.

Lo anterior, Honorable Tribunal, no significa que la reacción del precio doméstico ante una variación del precio internacional sea o tenga que ser instantánea, ni que esta parte demandante pretenda que el mercado de compra de leche cruda sea un mercado spot. La simetría sí debe ser dólar por dólar, pero ello admite temporalmente un cierto rezago. Efectivamente hay elementos propios del mercado interno que hacen razonable estimar una evolución en cierto sentido desfasada respecto del precio internacional. Entre tales elementos puede mencionarse la anticipación mensual de los cambios de precio establecidos en las pautas públicas de cada planta, o la relativa estabilidad contractual entre ciertos productores y determinados proveedores.

En cualquier caso, el rezago no debiese exceder de algunos meses<sup>54</sup>, toda vez que una estabilidad más prolongada del precio de compra necesariamente generará arbitraje físico de leche y ajuste consiguiente de precio; ello, claro, en un mercado competitivo.

**V.4.2. En un mercado competitivo, todo el excedente que se obtenga vendiendo leche cruda transformada en leche en polvo en el mercado internacional, debe percibirlo el productor.**

Junto a la simetría dólar por dólar en la evolución del precio doméstico respecto del precio internacional, se presenta como un carácter distintivo, pero además indispensable para satisfacer un estándar de libre competencia en el mercado doméstico de compra, el que el total de la renta económica que se derivaría de la venta de la leche cruda como leche en polvo en el mercado internacional, se traspase al productor, aunque exista en ello un rezago moderado. En particular, significa que la renta que generen los aumentos del precio internacional, se traspase al excedente de los productores, internalizada en el precio de la leche cruda *"en la puerta del predio"*. Lo anterior, significa simplemente que las rentas de

<sup>54</sup> En el Informe Económico se estima un rezago de cuatro meses.

este mercado se asignen a quien las genera y no a terceros que puedan desviarlas en su favor. Como podrá apreciar ese H. Tribunal, esta sencilla aplicación de los principios económicos de orden distributivo, vista desde un punto de vista jurídico, no es más que una manifestación del principio de interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa.

**V.4.3. Cuando el precio de compra de la leche cruda no sigue dólar por dólar las variaciones del precio internacional, desviándose a la baja, es porque los procesadores están abusando de su poder de compra.**

Si, como hemos desarrollado hasta ahora, para atribuir un carácter competitivo al mercado de compra de la leche cruda es necesario que se trasladen a éste, dólar por dólar, las variaciones del precio internacional de la leche en polvo, debe necesariamente concluirse que un desacople de estos órdenes de precio, necesariamente indica que el funcionamiento del mercado no se ajusta a las exigencias de la libre competencia, esto es, que uno o más de sus agentes ejercen un poder de mercado, o dicho de otro modo, sacan provecho de una posición dominante. Si el desacople del precio doméstico respecto del precio internacional es a la baja, ello permitirá presumir que este aprovechamiento ilícito del poder de mercado lo están efectuando los procesadores que ostentan individual o colectivamente dicha posición de privilegio.

En efecto, la simetría de las variaciones de los precios domésticos y los internacionales que caracteriza a un modelo competitivo de mercado de compra de la leche cruda, constituye precisamente un efecto del comportamiento competitivo de sus agentes respecto de estas variaciones, por cuanto vendedores y compradores de leche cruda deben comportarse como tomadores de un precio de mercado y este precio de mercado es el precio internacional, neto de los costos de transformación y comercialización. En consecuencia, el ajuste interno ante un aumento del precio internacional se producirá a causa del aumento de la compra de leche cruda por parte de los procesadores y consiguiente aumento del precio respectivo, hasta que se llegue al punto de indiferencia económica para el comprador.

Lo indicado significa que la forma en que competitivamente se produce el ajuste del precio doméstico ante una variación del precio internacional, consiste en que los procesadores pujan en el mercado por adquirir más leche de los productores hasta que ello resulta rentable: La puja por comprar leche hasta ese punto, por definición, le resultará rentable a un operador si se comporta competitivamente.

Por el contrario, en el caso que se produzca un desacople a la baja de estos precios, ello será indicativo de que uno o más de los procesadores siéndole rentable pujar por la compra no lo hizo, conservando el precio en un nivel más bajo que el que corresponde a un mercado competitivo. Esta decisión de compra (limitación de la puja), junto con oponerse al comportamiento racional esperable de un operador que actúe conforme con las reglas de la libre competencia, no será nunca sustentable en un mercado que refleje dicho estándar, ya que en este caso, el mercado proporcionará siempre el incentivo a los procesadores a

168

desviarse de una hipotética política restrictiva y aumentar sus ganancias pujando, cuestión que llevará a sus competidores a moverse en el mismo sentido y con ello alinear el precio de mercado con el precio internacional<sup>55</sup>. Es por ello que la falta de puja que explica la desalineación de las variaciones de estos dos precios, denota necesariamente un ejercicio de poder de compra, posible para operadores dominantes.

#### **V.4.4. Si los procesadores capturan alguna parte del excedente del productor de leche cruda, es porque están abusando de su poder de compra.**

Finalmente, de lo razonado en este numeral cabe concluir que, considerando que un desacople a la baja del precio doméstico respecto del precio internacional, implica que el productor no va a captar el todo o parte del excedente que le corresponde, esto es, recibirá un precio más bajo que el competitivo por su leche cruda; y considerando que si los procesadores, o algunos de ellos, fueron capaces de sostener por medio de la auto restricción unilateral de la puja, un precio más bajo que el precio internacional neto de sus costos, ello implica que por esta vía han sido capaces de apropiarse del todo o parte del señalado excedente del productor, apropiación cuya dimensión viene dada por el diferencial entre el precio internacional de la leche en polvo neto de sus costos, que debiesen haber pagado al productor y el precio, inferior, que efectivamente pagaron a este último.

Resulta entonces evidente que la circunstancia de que ciertos procesadores que ocupan una posición de privilegio en el mercado de compra, se apropien del excedente perteneciente al productor, será una prueba concluyente de que el mercado no se comporta competitivamente y que existe un abuso explotativo de posiciones de privilegio, que se perpetra en perjuicio de los productores.

En las secciones que siguen, demostraremos que eso es precisamente lo que ha ocurrido en el mercado de compra de leche cruda en Chile, a causa del abuso por parte de las demandadas de su poder de mercado.

#### **V.5. ¿Cómo se ha determinado el precio de compra de la leche cruda en Chile? Ejercicio del poder de compra de las demandadas.**

Luego de haber constatado un episodio de ejercicio de poder de compra o abuso explotativo en el mercado de la leche cruda, a propósito del procedimiento no contencioso Rol NC N° 384-2010 y precisamente a causa de esto, como hemos dicho antes, FEDELECHE prosiguió la investigación de este mercado, a fin de establecer sus reales condiciones de competencia, y en particular, determinar si la capacidad y aptitud de ejercer de poder de compra podía manifestarse sólo puntual o episódicamente, o si por el contrario, los episodios resultaban indicativos de una situación de abuso estructural.

Según hemos adelantado, la evidencia recogida demuestra la existencia de un abuso estructural de enormes dimensiones. Para efecto de la exposición de esta evidencia, debe

<sup>55</sup> Así lo reconoció expresamente Nestlé en su escrito de Consulta de 2010, agregado a fs. 79 y 80.

distinguirse entre dos periodos; uno que abarca desde septiembre de 2006 a la fecha y otro relativo a la época anterior a septiembre de 2006. El Informe Económico da cuenta de manera exhaustiva de esta evidencia y efectúa un completo análisis de la misma. Expondremos a continuación sus perfiles fundamentales.

#### **V.5.1. Período comprendido desde septiembre de 2006 al presente.**

En este periodo, como ya se adelantó en la introducción, han existido dos episodios de desalineación severa de los precios de compra internos respecto del precio internacional:

##### Episodio de 2006/2008:

Hasta el mes de agosto de 2006, la diferencia entre el precio internacional de la leche en polvo, sin deducir sus costos, y el precio doméstico de la leche cruda se movía en torno a los 500 dólares por tonelada.

A partir de esa fecha y de forma coincidente con un alza abrupta del precio internacional, se produce también un aumento significativo y repentino de la brecha, sobrepasando los 1.000 dólares en enero de 2007 y llegando a superar los 1.500 dólares en el segundo semestre de ese año, manteniéndose por sobre los 1.000 dólares hasta agosto de 2008. Desde septiembre de 2006, la diferencia llega en su punto más alto nada menos que a 2.037 dólares por tonelada y nunca bajó de 348 dólares por tonelada. Más importante aún, durante la mitad de los meses, la diferencia es mayor a US\$750 y como dijimos alcanza los US\$2.037 por tonelada.

En el periodo previo, es decir hasta agosto de 2006, la diferencia fluctuó entre los 71 y los 744 dólares la tonelada.

##### Episodio de 2013/2014:

Un segundo episodio de similares características ha ocurrido desde el primer trimestre de 2013<sup>56</sup>. Nuevamente ante un aumento considerable y abrupto del precio internacional, aumenta también de un modo ostensible la brecha entre éste y el precio doméstico de la leche cruda. En efecto, entre febrero y abril de de 2013, el precio internacional aumento en casi 2.000 dólares por tonelada, de 3.425 dólares a 5.394 dólares, nivel en que se mantuvo durante todo el año siguiente. Coincidentemente, la brecha entre el precio doméstico y el internacional, se elevó también casi de inmediato y abruptamente en abril de 2013 hasta superar los 2.000 dólares, manteniéndose casi siempre por sobre los 1.500 dólares e incluso superando 2.000 por tonelada en diciembre del mismo año.

---

<sup>56</sup> El Informe Económico analiza el mercado hasta el primer trimestre de 2014. En ese momento no había cesado el fenómeno detectado, pero no tenemos tampoco antecedentes de que prosiga hasta el momento de presentación de esta demanda.

170

**Honorable Tribunal; estos episodios demuestran indubitadamente que desde 2006 al presente, las demandadas han abusado de posición de privilegio en el mercado de compra de leche cruda.**

**V.5.1.1. No es posible atribuir las desalineaciones de los precios internos e internacionales a factores competitivamente lícitos.**

Evidentemente, cualquier análisis serio respecto de la licitud del comportamiento de las demandadas a la luz de las exigencias de nuestra legislación antimonopolios, requiere el hacerse cargo de posibles hipótesis que pudieren explicar de un modo consistente con la libre competencia estas graves asimetrías entre las variaciones del precio internacional y el doméstico, vale decir, si existen o no explicaciones que hagan radicar la causa de este fenómeno en circunstancias distintas o alternativas a una la inhibición unilateral de pujar por la compra de leche cruda ante un aumento de los precios internacionales de la leche en polvo.

Al efecto, nos referiremos a las principales explicaciones alternativas posibles, fundamentando el por qué no resultan atendibles en este caso.

a) Costos de transformación y comercialización

Una primera cuestión evidentemente la constituye la posibilidad de atribuir los significativos aumentos de la brecha de precios que hemos descrito a razones de costo, esto es, fundar tal aumento en un alza coetánea proporcional en los costos de transformación y comercialización de la leche en polvo, de modo tal que al deducirlos del precio internacional, arrojen de todos modos un precio neto equivalente al de la leche cruda.

Sin embargo, esta razón debe descartarse desde luego, ya que carecería de cualquier asidero el invocarla. En efecto, conforme con la estimación del Informe Económico<sup>57</sup>, los costos evitables de transformación y comercialización de la leche entera en polvo varían entre los 400 y los 470 dólares por tonelada. No existe en nuestro concepto explicación válida desde el punto de vista de los costos para estas enormes brechas que de pronto llegan hasta a cuadruplicar los costos asociados. ¿Será posible argumentar con seriedad que de un modo abrupto puedan producirse modificaciones tan relevantes en los costos de las empresas procesadoras? Tendría para ello que establecerse una vinculación de los costos con las variaciones del precio internacional del *commodity* exportable, de modo tal que pudiere comprobarse que dicha modificación causa o genera un aumento de tales costos: Pues bien, al menos por nuestra parte, no nos resulta posible identificar ningún efecto no sólo proporcional, sino que ni siquiera relevante del aumento del precio internacional de la leche en polvo en el nivel de los costos de transformación y comercialización de la leche cruda: Corresponderá a las demandadas demostrar lo contrario a ese H. Tribunal.

<sup>57</sup> Que incluye entre sus fuentes al efecto incluso un texto elaborado por la propia demandada Soprole, con el que ésta ha pretendido de explicar la composición y nivel de sus costos a ciertos productores.

ATA

Asimismo, no se aprecia tampoco un comportamiento de las Demandadas que sea consistente con semejante volatilidad de los costos, comportamientos tales como disponer de estructuras de seguros para neutralizar o mitigar tales efectos o la generación de instrumentos de futuros relativos a la transformación de la leche cruda, entre otros.

La realidad es, Honorable Tribunal, que el aumento del precio internacional de la leche en polvo tiene nulos o insignificantes efectos en la estructura y nivel de costos de las procesadoras, de lo que se sigue que esta situación lo que genera fundamentalmente es rentas y sólo rentas. Quién perciben en los hechos esas rentas que deben pertenecer a los productores es la única pregunta relevante que debemos formularnos para juzgar la consistencia del mercado y del comportamiento de sus agentes con la libre competencia y, en definitiva, para resolver el litigio objeto de estos autos contenciosos.

b) Restricciones de capacidad

Otra de las explicaciones hipotéticamente plausibles que pudieren esgrimirse para explicar la enorme brecha que se ha producido en el periodo objeto de análisis, sería atribuirla a la falta de capacidad de procesamiento de leche cruda por parte de los procesadores.

Resultaría natural hacerlo así, por cuanto la ausencia de capacidad de procesamiento explicaría de un modo muy simple la falta de puja, al menos en el corto plazo, con lo que obligadamente la discusión de trasladaría a la cuestión -más especulativa- de si el aumento de los precios internacionales entrega el incentivo económico suficiente para la inversión que aumente la capacidad instalada de procesamiento de leche cruda.

Sin embargo, la evidencia resulta demoledora para descartar esta hipotética explicación.

En efecto, en el Informe Económico se efectúa una documentada estimación de la capacidad instalada ociosa en plantas de elaboración de leche en polvo y quesos, acreditando la conclusión que en el periodo septiembre 2006-abril 2014 existió abundante capacidad ociosa, que hubiese permitido procesar la leche fresca por la que las demandadas dejaron de pujar.

En efecto, el Informe Económico ante la ausencia de cifras oficiales sobre capacidad ociosa, ha debido estimarla. Sin embargo, ello no se ha efectuado de un modo liviano, caprichoso ni sesgado. Antes al contrario, se ha usado como referencia las estadísticas de ODEPA sobre producción y, sobre esa información, se ha asumido que la máxima producción coincide con una tasa de utilización del 100%. Como puede apreciarse, ello incluso tiende a subestimar la capacidad ociosa real<sup>58</sup>, por lo que nuestro cálculo es incluso conservador.

---

<sup>58</sup> Aproximadamente en un 10% respecto de una investigación reciente realizada sobre este punto (Anrique R. y H. Bidegain (2012). Inventario de capacidades de procesamiento de la industria lechera nacional: actualización 2012. Mimeo. Consorcio Lechero y Universidad Austral de Chile).

Pues bien, conforme con el Informe Económico, durante el periodo antes indicado, no sólo existía capacidad instalada ociosa en la industria procesadora, sino que tal capacidad aumentó significativamente respecto del periodo anterior a agosto de 2006, por lo que luego de los aumentos significativos del precio internacional, la capacidad de procesamiento no sólo no se copó sino que se utilizó en menor proporción incluso que en el periodo previo.

En cualquier caso, ha sido una de las propias demandadas (Nestlé) la que ha reconocido sin ambages la existencia de esta capacidad instalada ociosa. Así, en su consulta a ese H. Tribunal en el proceso Rol NC N° 385 de 2010, fojas 65 y ss; dicha empresa efectúa un razonamiento tendiente a demostrar que en el mercado de compra, las barreras a la entrada y a la expansión no son significativas, trayendo en abono de dicho aserto la existencia de holgadas capacidades ociosas de procesamiento de las plantas existentes en ese momento, porcentajes que especifica planta por planta. Parece entonces ser éste un punto pacífico.

c) Bajo porcentaje de exportaciones de la producción chilena

Por otra parte, uno de los argumentos esgrimidos por la demandada Nestlé para intentar relativizar la incidencia del precio internacional de la leche en polvo en la formación de los precios domésticos de compra, ha sido el bajo porcentaje de la producción láctea que se destina a exportaciones en Chile. Señala Nestlé que en comparación con otros países productores como Nueva Zelanda o Uruguay, los porcentajes dedicados en el nuestro a la exportación serían muy menores y por tanto, el equilibrio de precio interno no depende aquí del precio internacional del mismo modo que en otros estados exportadores<sup>59</sup>.

El razonamiento señalado denota sensibles carencias teóricas en el plano de los rudimentos económicos, toda vez que es ampliamente conocido que el efecto de la variación de los precios internacionales en la evolución de los precios domésticos es por completo independiente de las cantidades físicas que se exporten. Así lo explica el Informe Económico<sup>60</sup> y así por lo demás lo señaló la demandada Soprole en la misma sesión de la Cámara de Diputados, minutos después de la intervención de los personeros de Nestlé. En efecto, en la intervención del asesor de Soprole señor Carlos Poblete<sup>61</sup>, esa compañía fue categórica en señalar que *“Basta que el mercado esté abierto para que discipline al mercado interno”*, razón por la cual resulta indiferente la cantidad que una empresa o la industria en general exporte. Cómo puede apreciarse, hay toda una lección básica de comercio internacional que le da Soprole a Nestlé. Ambas procesadoras necesitan sin embargo una lección, también básica, de comportamiento competitivo y respeto por nuestra legislación antimonopolios. Confiamos en que ese H. Tribunal se hará cargo de ello.

<sup>59</sup> Vid. intervención de don Francisco Frei, Director de Asuntos Corporativos y Comunicaciones de Nestlé ante la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la Cámara de Diputados. Páginas 19 y 20 de la transcripción que acompañamos en el primer otrosí.

<sup>60</sup> Págs. 20 y 21.

<sup>61</sup> Pág. 25 de la transcripción.

173

d) Factores aleatorios

Cómo hemos podido percatarnos a lo largo de este libelo, las demandadas, en particular Nestlé, atribuyen de un modo bastante inespecífico la formación del precio de compra de la leche fresca a una multiplicidad de factores (más de 20 se ha llegado a decir<sup>62</sup>), con la pretensión de relativizar o minimizar la dependencia que debe tener este proceso respecto de la evolución de los precios internacionales.

Pareciera, en ocasiones, que Nestlé quiere hacernos creer que la formación de los precios de compra es una cuestión sólo al alcance de iniciados y que casi se ubica en el plano de la alquimia. No sólo arroja una cifra elevada, pero indeterminada de factores que se superpondrían –sólo en Chile- al efecto de los precios internacionales, reconocido éste por la economía más básica, sino que tampoco precisa de modo alguno como operaría este abigarrado y variopinto conjunto de factores sobre el nivel de precio doméstico. Es más, la demandada ni siquiera se permite concedernos el que tales factores influyan de un modo estable sobre el precio, sino que para hacer más etérea su curiosa explicación alternativa a la que de un modo simple y claro nos proporciona la ciencia económica, sostiene Nestlé que en cada momento distinto se produce una confluencia particular de estos factores que pueden cambiar al momento siguiente, y al siguiente, y al siguiente<sup>63</sup>.

Esta atribución de causalidad a factores múltiples que pudieren alinearse aleatoriamente, generando situaciones más o menos fortuitas, fuera por completo del control, alcance e incluso conocimiento del procesador y que le impone a éste un determinado nivel de precios en diversos momentos, carece de cualquier fundamento serio desde un punto de vista económico. En el Informe Económico<sup>64</sup>, se aclara desde ya que estos eventos aleatorios, ocultos y misteriosos no pueden prolongarse por periodos tan extensos como los episodios de desacoplamiento de precios más arriba descritos, por cuanto necesariamente serán arbitrados en el corto plazo. Concluye el informe económico que por lo expuesto, la posible existencia de factores más o menos incógnitos y volátiles que pudiesen explicar una evolución asimétrica de los precios de compra respecto de los precios internacionales, termina por constituir otro indicio más de que la compra de leche cruda no se comporta competitivamente.

Creemos que, al menos, la sola posibilidad de que una empresa dominante se permita formular ante una comisión de la Cámara de Diputados en sesión especial y pública, una explicación tan caprichosa e inverosímil como esta referencia a factores azarosos, es un signo del poder de mercado que han detentado por años las demandadas, que les permite actuar sin mayores aprensiones, con este grado de arbitrariedad.

<sup>62</sup> Consulta de Nestlé en autos Rol NC N° 385-2010, fs. 57.

<sup>63</sup> “las principales variables que la compañía considera para establecer los mecanismos y definir un precio de la leche **en su minuto dado**, son variables que por lo demás **dependen del momento y la coyuntura** a la ponderación que ellos tienen, **no siempre son las mismas**. Pero ahí hay una lista de diez o doce variables que entran en consideración **cada vez** que se debe definir una situación de precios de leche”. Intervención de don Marcelo Alonso, Gerente de Estrategia y Política Agropecuaria de Nestlé ante la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la Cámara de Diputados. Página 6 de la transcripción. Énfasis agregado.

<sup>64</sup> Pág. 19.

**V.5.1.2. Las demandadas no pujaron en el mercado de la leche cruda. Su conducta necesariamente atenta contra la libre competencia.**

Descartadas las posibles explicaciones descritas más arriba para justificar la asimetría a la baja de los precios de compra de leche cruda, sólo cabe atribuir este fenómeno a una abstención voluntaria de la puja por comprar más leche ante un aumento del precio internacional, que en condiciones competitivas debiese necesariamente producir esa puja en el mercado.

En efecto, no existiendo una carencia de capacidad instalada de procesamiento, sólo cabe a un operador competitivo pujar por la adquisición de mayores volúmenes de leche cruda para procesarlos y así obtener la rentabilidad asociada. Eso es así, porque ante un aumento del precio internacional de la leche en polvo, si es que por cualquier motivo los procesadores no adquiriesen en su conjunto mayores cantidades de leche; a cualquiera de ellos les resultaría rentable desviarse individualmente de esta conducta y pujar por más leche, a fin de maximizar el mayor diferencial producido entre el precio doméstico y el internacional<sup>65</sup>. Del mismo modo, ante tal desviación los demás procesadores también deberían pujar por más leche cruda, con lo cual presionarían al alza el precio doméstico, neutralizando el efecto de la desviación, pero aumentando el total de la leche procesada y la utilidad normal asociada a este procesamiento.

Si por cualquier motivo que no sea la falta de capacidad instalada, este comportamiento no se produce y los operadores se abstienen voluntariamente de pujar ante un aumento de precio internacional, ello denota necesariamente un comportamiento estratégico de los mismos, en particular de aquéllos que, como las tres demandadas, a causa de su participación de mercado, pueden desviarse e impedir de un modo eficaz la especulación estratégica de los demás. Dicho de otro modo, si ante un aumento del precio internacional, Soprole, Nestlé o Watts no pujaron por aumentar la compra, suponiendo, esperando, o contando con que los otros tampoco lo harían y que por ello todos gozarían del beneficio de las rentas monopsónicas asociadas a mantener bajo el precio de compra de leche cruda, ello sólo puede significar que los tres han hecho prevalecer una racionalidad estratégica y no una competitiva: ello constituye por definición un ejercicio del poder de compra que las Demandadas ostentan.

**V.5.2. Antes de septiembre de 2006: No existe evidencia robusta de que no se haya abusado del poder de compra.**

Honorable Tribunal, en el trabajo de investigación del mercado de la leche cruda, que se ha desarrollado por años y con estricto rigor económico, se ha arribado con plena certeza a la conclusión que en el periodo que comienza en agosto de 2006 y hasta 2014, se ha abusado del poder de compra que ostentan las demandadas. Así lo terminaremos de acreditar en este proceso contencioso.

<sup>65</sup> La estimación de la utilidad asociada a esa hipotética desviación se realiza en el Informe Económico.

135

Este análisis del mercado de compra, naturalmente ha incluido regresiones relativas al periodo anterior a agosto de 2006, respecto del que por ahora no hemos arribado a conclusiones, esto es, no hemos encontrado evidencia de situaciones inequívocas de abuso explotativo en dicho periodo, pero tampoco encontramos evidencia robusta de que durante el mismo, las demandadas hayan guardado fidelidad con su deber calificado, que como dominantes les corresponde, de respetar las reglas legales de una libre y sana competencia, las que precisamente por la presencia de operadores dominantes, se encuentran en un estado de mayor fragilidad.

### **V.5.3. Nestlé admite que no se ha comportado competitivamente en el mercado de compra de leche cruda.**

Tratamiento especial merecen ciertas explicaciones intentadas por Nestlé para justificar la artificial depresión del precio que paga a productor de leche cruda, ya que ellas constituyen una suerte de confesión de que ejerce su poder de compra.

Nos referimos en particular a lo que ha argüido esta demandada en orden a que la existencia de contratos de largo plazo entre productores y procesadores, al menos ralentizaría de un modo determinante la incidencia de las variaciones en el precio internacional en los precios domésticos de compra.

En efecto, en su consulta al H. Tribunal, Nestlé afirmó<sup>66</sup> que el ajuste de precios internacionales no se produce automáticamente, toda vez que “(...) *existen componentes del precio interno que no responden directamente a las fluctuaciones de los precios internacionales (como la variabilidad de costos de transporte, el tipo de cambio, etcétera); por otro lado, porque existen ciertas relaciones de largo plazo entre los productores nacionales de leche y la industria procesadora de productos lácteos, que hacen que una mirada compartida de largo plazo lleve a privilegiar precios estables que favorezcan la previsibilidad y continuidad en el suministro, por sobre fluctuaciones severas de precios que puedan terminar afectando la estabilidad en el desarrollo de la industria (...)*”. Énfasis agregado.

Como bien se señala en el Informe Económico<sup>67</sup>, la sola aseveración de Nestlé en orden a dar cuenta de una capacidad de estabilizar los precios, implica un reconocimiento del alcance de su poder de mercado, y la circunstancia de estabilizarlos implica un ejercicio abusivo del mismo, toda vez que en un mercado realmente competitivo el arbitraje impide estas estabilizaciones.

Nótese como Nestlé afirma que con su actividad como agente comprador, no solamente estabiliza sus precios de compra, sino que es capaz de determinar el “*desarrollo de la industria*”, típica manifestación de la independencia de comportamiento que caracteriza a los operadores dominantes de un mercado.

<sup>66</sup> Rol NC 385-2010, Fs. 58.

<sup>67</sup> Pag. 21.

176

Pero como si esto fuese poco, pocas páginas después, Nestlé se contradice abiertamente respecto de la existencia de contratos de largo plazo. En efecto, a fojas 78 de su consulta, esta demandada sostiene que *“Frente a una eventual circunstancia de abuso, lo cierto es que los productores no enfrentan barreras de cambio, (...) tienen la libertad de modificar los destinatarios de su producción, pues los contratos formales con un plazo fijo no son el estándar de la industria, y menos lo son las exclusividades. La contratación entre productores y procesadoras, que se da en algunas ocasiones, especialmente en los casos de productores de gran tamaño, constituye más bien la forma que tienen las empresas procesadoras de poder asegurar la entrega de la cantidad de leche necesaria para abastecer sus respectivas plantas, cuando ella es determinante”*. Énfasis agregado

Es decir, de un modo abrupto, el factor de los contratos a largo plazo, pasa en el razonamiento de Nestlé de ser un obstáculo para el ajuste del precio de compra a las variaciones internacionales a ser simplemente una suerte de accidente infrecuente que además no apunta a regular los precios sino que sólo a asegurar las cantidades de leche que serán provistas dentro de un plazo.

Un vez más, apreciamos como Nestlé carece de cualquier pudor para instrumentalizar su discurso conforme con conveniencias incompatibles entre sí: Cuando quiere relativizar los efectos de los precios internacionales, menciona los contratos a largo plazo como un factor crucial, pero cuando ha querido que ese H. tribunal apruebe una operación de concentración que hubiese acrecentado su poder de mercado, descarta la incidencia de este factor, para intentar demostrar que su posición de privilegio puede ser eludida por los productores, cambiándose libremente de proveedor. Esta combinación argumentativa entre defender lo indefendible y además hacerlo incurriendo en gruesas contradicciones, refleja en el discurso como Nestlé emplea sus anchas la independencia de comportamiento que le proporciona su posición dominante.

## **VI EL EJERCICIO DE PODER DE COMPRA DE LAS DEMANDADAS CONSTITUYE UN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE PREVISTO Y SANCIONADO POR EL ARTÍCULO 3º LETRA B) DEL D.L. 211**

Las conductas ejecutadas por las demandadas y descritas en el Capítulo V son constitutivas del ilícito anticompetitivo previsto y sancionado por el artículo 3º letra b) del Decreto Ley N° 211, en tanto importan la explotación abusiva, por parte de las procesadoras de leche, de una posición dominante en el mercado: la evidencia empírica demuestra que no se han comportado competitivamente y que por el contrario han ejercido poder de compra sistemático y permanente, extrayendo explotativamente rentas a costa del excedente de los productores. Dichos actos han tenido por objeto restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado de compra de leche cruda a nivel nacional.

Dispone el artículo 3º del Decreto Ley N° 211: *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas*

señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: (...) b) **la explotación abusiva de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo otros abusos semejantes**". Énfasis agregado.

Aplicados al caso que nos ocupa, los requisitos legales se configuran plenamente.

Respecto de la posición dominante, tal como dijimos ya al inicio de esta presentación durante el año 2013, la recepción de leche cruda por parte de la industria láctea mayor fue de 2.149.151.656 litros. De ellos, el 57% fue comprado por las empresas demandadas en estos autos, lo que refleja la alta participación de mercado que ostentan conjuntamente.

Por otra parte su poder de compra es aún mayor, toda vez que Colún no cuenta para tales efectos. El verdadero poder de compra que ostentan las demandadas llega al 76% y demuestra un mercado oligopsónico altamente concentrado.

Esta situación de dominancia se confirma desde antiguo en este mercado. Ese mismo H. Tribunal ya lo ha confirmado en la muchas veces citada Sentencia N° 7, señalando que *"si bien en el mercado de la leche fresca no hay barreras de entrada o salida, la escasez de oferta compradora, representada por cuatro o cinco empresas procesadoras, obliga a precaver que estas empresas, que en conjunto tienen una posición dominante en el mercado, celebren convenios expresos o tácitos para coordinar sus políticas de precios"* (Consideración Cuadragésimo Sexta, énfasis agregado). Dicha consideración dejó claramente establecido que las empresas procesadoras, ostentaban en forma colectiva una posición dominante.

Cuestión adicional es determinar si ha existido un abuso por parte de quienes ostentan la posición de dominio, punto que para esta parte no admite discusión: Soprole, Nestlé y Watt's, en forma sistemática y permanente han impedido que el mercado de compra de leche cruda en Chile funcione de manera competitiva. Lo anterior ha sido logrado ejerciendo su poder de compra en directo beneficio propio y en directo perjuicio de los productores y del mercado lácteo en general.

Se trata en este caso de un típico caso de abuso explotativo, en virtud del que los dominantes mediante un acto deliberado, como es la simultánea negativa a pujar por leche ante un aumento del precio internacional, ejercen su poder de compra, con miras a efectuar una exacción de rentas de los productores, quienes sufren los efectos de este abuso colectivo.

La sanción del abuso de posición dominante no tiene necesariamente por objeto restablecer el mercado respectivo a un estado de alta competencia, pero sí que la competencia existente en ese mercado, por imperfecta que sea, no se vea más deteriorada o

178

disminuida por la actividad anormal de quien o quienes ocupen posiciones dominantes y así evitar la lesión o el riesgo a la libre competencia, con los eventuales daños para el mercado afectado y la sociedad en general. El parámetro de comparación de una práctica antijurídica constitutiva del abuso es la de una conducta que no hubiere podido llevarse a cabo en un mercado razonablemente competitivo. Dichas conductas anormales constitutivas de abusos pueden consistir en la obtención de ventajas extraordinarias en relación a las que se obtendrían en un ambiente de suficiente competitividad, en el perjuicio grave irrogado a consumidores, proveedores, o competidores actuales y potenciales que carezca de una justificación objetiva, etc.

Las ventajas extraordinarias obtenidas por las demandadas son evidentes: en el caso de Soprole, abusar de su poder de compra durante el período septiembre 2006 a abril de 2013, le significó quedarse con una renta económica de algo más de US\$232 millones; en el caso de Nestlé, con una renta económica de US\$188 millones; y, en el caso de Watt's con una renta económica de US\$ 114 millones. De haber pujado las demandadas por comprar leche cruda en este período, como habría sucedido en un mercado competitivo, toda esa renta – US\$737,8 millones de dólares- hubiese quedado en manos de los productores, sus legítimos titulares.

Estos comportamientos configuran el ilícito infraccional previsto y sancionado por el artículo 3º, letra b) del Decreto Ley N° 211, que por su extensión geográfica y temporal, y el porcentaje del mercado al que han afectado, resultan de especial gravedad, razón por la que solicitamos se apliquen respecto de las demandadas las medidas correctivas, preventivas y las sanciones que a continuación se indicarán.

En subsidio de lo anterior, y para el caso que este Honorable Tribunal estime que no se configura la hipótesis de la letra b) del artículo 3º del D.L. 211, sírvase S.S. aplicar la hipótesis de vulneración genérica del artículo 3º del D.L. 211.

## VII PERJUICIOS A LOS PRODUCTORES

Tal como se ha expuesto a lo largo de esta demanda, ha quedado demostrado que el ejercicio del poder de compra sistemático y permanente de las Demandadas, es decir, su abuso explotativo, les ha resultado muy lucrativo. Por el contrario, a los productores les ha significado perjuicios realmente considerables.

También ha quedado demostrado que estos perjuicios han consistido en que una buena parte de la renta económica de la leche cruda comprada entre septiembre de 2006 y abril de 2014, en vez de ser traspasada a los productores a través de los precios que recibieron por su leche, quedó en manos de las empresas procesadoras. Y esto, H. Tribunal, sucedió porque las Demandadas ejercieron su poder de compra. De haberse ellas comportado competitivamente, todo el mercado lo habría hecho y los productores, legítimos titulares de esa renta, la habrían percibido íntegramente.

139

Finalmente, también ha quedado demostrado que una estimación conservadora de los perjuicios causados a los productores a causa de este abuso de posición dominante de Soprole, Nestlé y Watt's, indica:

- a) **Que durante este período, la renta económica que los productores dejaron de recibir, es decir, su perjuicio, es de US\$ 737,8 millones de dólares. Si hubiesen competido, el precio medio por litro durante el período hubiese sido alrededor de \$213,7/ℓ. Sin embargo, el precio promedio efectivamente pagado fue poco más de \$182,2/ℓ, esto es, de \$31,5/ℓ menos.**
- b) **Que en el caso de Soprole, se quedó con algo más de US\$232 millones de dólares de esa renta; en el caso de Nestlé con US\$188 millones de dólares; y en el caso de Watt's con US\$114 millones de dólares.**

### VIII MULTA

La presente demanda solicita al H. Tribunal que imponga a las demandadas la multa máxima que establece la ley, esto es, 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o la menor que considere procedente conforme al mérito del proceso.

La imposición de la multa solicitada se encuentra plenamente justificada si se considera que las conductas en cuestión han lesionado a todos los agentes que participan en el mercado de compra de leche cruda en el territorio nacional, y que estos actos de abuso han sido ejecutados de manera sistemática y permanente.

Del mismo modo, cabe señalar que las demandadas han obtenido un enorme beneficio económico de las conductas anticompetitivas objeto de esta demanda.

A este respecto, nuestro H. Tribunal, en diversos pronunciamientos, ha manifestado que la multa necesariamente debe implicar un costo mayor al beneficio que espera el demandado le reporten las conductas sancionadas. Considérese, a modo ejemplar, la siguiente jurisprudencia:

*“Centésimo sexagésimo: Que, en primer lugar, este Tribunal considera que la multa debe implicar a CCF al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras artificiales al mercado acreditadas en esta sentencia. En efecto, resulta razonable que CCF se haya beneficiado de las conductas que este Tribunal consideró como contrarias a la libre competencia, puesto que se mantuvo con una alta participación de mercado durante un período prolongado, lo que le permitió obtener mayores ventas, y a un mayor precio, que en un escenario más competitivo.”<sup>68</sup>*

En el mismo sentido, se debe destacar la prevención consignada en la Sentencia N° 100/2010, en la cual se señaló expresamente que una multa deber ser al menos equivalente al beneficio económico obtenido con la infracción, pues en el caso contrario “ello

<sup>68</sup> Sentencia N° 90/2009, del 14 de diciembre de 2009.

180

*fomentaria la ocurrencia de prácticas contrarias a la libre competencia en vez de disuadirlas”.*<sup>69</sup>

En conclusión, sólo mediante la imposición de una multa de 20.000 UTA, esta cumpliría su finalidad sancionatoria e inhibitoria.

**POR TANTO**, de conformidad a lo expuesto y a lo que disponen los artículos 1, 2, 3, 18 y siguientes del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables,

**A ESTE HONORABLE TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PIDO:** Se sirva tener por interpuesta demanda en contra de Soprole, Nestlé y Watt’s, todas ellas ya individualizadas, acogerla en todas sus partes, y, en definitiva:

- 1) Declarar que la compra de leche cruda, a lo menos desde septiembre del año 2006 en adelante, o desde la época que el Tribunal determine, no ha sido competitiva y que ello se debe a que las Demandadas han ejercido poder de compra;
- 2) Declarar que, a consecuencia de lo anterior, Soprole, Nestlé y Watt’s, han infringido el artículo 3° inciso segundo letra b) del DL 211; y, en subsidio, declarar que han infringido el artículo 3° inciso primero del DL 211;
- 3) Ordenar a las Demandadas el cese inmediato de esta conducta atentatoria de la libre competencia y que se abstengan de ejecutarla en el futuro;
- 4) Ordenar a las Demandadas comportarse en la compra de leche cruda de manera consistente con un mercado competitivo;
- 5) Disponer todas las medidas que considere necesarias para asegurar que las Demandadas cumplan e implementen efectivamente la sentencia, de modo que la compra de leche cruda en el mercado nacional opere competitivamente, y de esta forma toda conducta de compra no competitiva sea denunciada y sancionada eficazmente;
- 6) Sancionar a cada una de las empresas demandadas con la multa máxima a beneficio fiscal que establece la ley de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o con aquella que el Tribunal estime procedente de acuerdo al mérito del proceso; y, por último,
- 7) Condenar en costas a las Demandadas.

**EN EL PRIMER OTROSI:** Solicito al H. Tribunal tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

<sup>69</sup> Sentencia N° 100/2010, del 21 de julio de 2010.

AAA

1.- Informe Económico denominado “Un análisis de la compra de leche cruda en Chile”, preparado por los profesores señores Fernando Díaz, Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza.

2.- Copia simple de la transcripción de la Sesión N° 141, de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural, de fecha 7 de enero de 2014. ✓

**EN EL SEGUNDO OTROSI:** Solicito al H. Tribunal tener por acompañada, con citación, copia simple de las escrituras públicas en que consta mi personería para actuar en representación de FEDELECHE y que son las siguientes:

1.- Acta de la Asamblea Extraordinaria de la Federación Gremial Nacional de Productores de Leche Fedeleche F.G., de fecha 30 de agosto del año 2004, otorgada en la Notaría de Valdivia de doña Carmen Podlech Michaud; ✓

2.- Acta de Directorio de la Federación Gremial Nacional de Productores de Leche Fedeleche F.G., de fecha 1 de agosto del año 2013, otorgada en la Notaría de Santiago de don Raúl Undurraga Laso. ✓

**EN EL TERCER OTROSI:** Sírvase H. Tribunal tener presente que hacemos expresa reserva de toda y cualquier acción indemnizatoria que pudiera corresponder a los productores de leche cruda con motivo del ilícito competitivo de las Demandadas. Lo anterior, en función de lo dispuesto por el artículo 30° del D.L. N° 211, que señala que la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil y que al momento de resolver sobre la indemnización de perjuicios, el tribunal civil fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación del D.L. N° 211.

**EN EL CUARTO OTROSI:** En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7 de fecha 25 de mayo de 2006, acompaño en este acto CD-Rom que contiene la versión electrónica de la presente demanda y del Informe Económico acompañado bajo el número 1) del primer otrosí de esta presentación. ✓

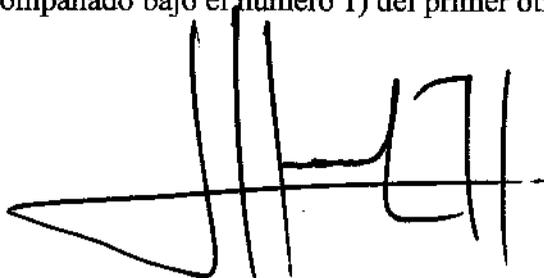
**EN EL QUINTO OTROSI:** Solicito al H. Tribunal tener presente que designo abogados patrocinantes y apoderados a los abogados habilitados don **Álvaro Jana Linetzky** y don **Guillermo de la Jara Cárdenas**. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto también confiero poder a la abogada habilitada doña **Mariana Castro Lledó**, todos los anteriores

domiciliados para estos efectos en Avenida Andrés Bello 2711, Piso 8, comuna de las Condes, Santiago, quienes podrán actuar conjunta, separada e indistintamente, quienes firman este escrito en señal de aceptación.

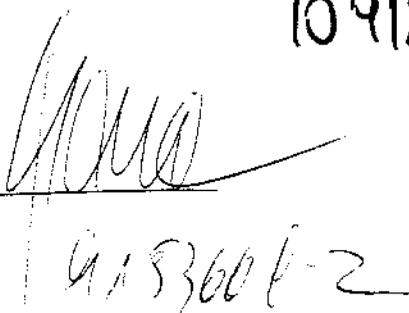
**EN EL SEXTO OTROSI:** Sírvase H. Tribunal ordenar se ponga en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica la presente demanda, a través de oficio dirigido al Sr. Fiscal Nacional Económico, a fin de que adopte las acciones que estime pertinentes.

**EN EL SÉPTIMO OTROSI:** Solicito al H. Tribunal designar en calidad de ministros de fe para practicar todas y cada una de las actuaciones procesales a que haya lugar a los receptores judiciales señora **Marianela Ponce Hermosilla**, domiciliada para estos efectos en Paseo Rosa Rodríguez N° 1375, Oficina N° 313, de la jurisdicción de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, y, don **Jorge Reyes Muñoz**, domiciliado para estos efectos en calle Salesianos N° 1179, oficina N° 2, de la jurisdicción de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel. Dentro de las actuaciones procesales se incluyen la notificación de la presente demanda, de la resolución que reciba a prueba, citación de testigos y todas aquellas originadas durante el transcurso del proceso.

**EN EL OCTAVO OTROSÍ:** De conformidad con lo dispuesto por el numeral Segundo del Auto Acordado N° 7/2006, sobre la presentación de instrumentos en formato electrónico, vengo en solicitar al Honorable Tribunal conceda a esta parte el plazo de 5 días para los efectos de acompañar las bases de datos utilizados en la elaboración del Informe Económico acompañado bajo el número 1) del primer otrosí de esta presentación.



10912804-10



9183604-2

9.277.247-0



8.536.934-2